

NUOVE AUTONOMIE

RIVISTA QUADRIMESTRALE DI DIRITTO PUBBLICO

Anno XXXIV – Nuova serie

Numero Speciale 1/2026

DIRITTI E RISORSE

INDICE

PIERDOMENICO LOGROSCINO, NICOLA PIGNATELLI	
<i>Introduzione</i>	3
MARIA DICOSOLA	
<i>Cittadinanza e fenomeni migratori tra integrazione e selezione</i>	9
LAURA FABIANO	
<i>I diritti politici nella società digitale</i>	41
MARCELLO SALERNO	
<i>Istruzione e risorse: profili costituzionali</i>	71
VALENTINA CIACCIO	
<i>Previdenza, risorse e Corte costituzionale</i>	115
PIERMASSIMO CHIRULLI	
<i>Salute e risorse: il caso della farmacia dei servizi</i>	135

BRUNO BRANCATI

- Alcune prospettive sulla libertà di attività economica privata e il caso delle concessioni balneari* 165

EMANUELE COCCHIARA

- Internet tra divari territoriali, nuovi diritti e vincoli di bilancio* 195

MARCO RAHO

- La sicurezza nazionale tra diritti e risorse* 223

NICOLA D'ANZA

- I livelli essenziali delle prestazioni nel contesto dei processi di differenziazione regionale* 253

GIANLUCA BELLOMO

- Autonomie territoriali e amministrazione premiale: il caso «Bandiera Blu» tra autovincoli e regolazione indiretta* 275

IGNAZIO LAGROTTA

- Risorse economico-finanziarie e responsabilità costituzionale "intergenerazionale"* 299

COSIMO PIETRO GUARINI

- La responsabilità amministrativa per danno all'immagine della p.a. nel "dialogo" tra Corte costituzionale e magistratura contabile* 321

INTRODUZIONE

di Pierdomenico Logroscino e Nicola Pignatelli

La presente raccolta di scritti è il frutto delle riflessioni maturate nell'ambito del ciclo di seminari sul tema “Diritti e risorse”, che abbiamo organizzato nel nostro corso di Diritto pubblico (anno accademico 2024/2025 – corso di laurea in Economia aziendale) nell'Università degli Studi di Bari “Aldo Moro”.

Una iniziativa scientifica volta a indagare una delle questioni più complesse e centrali del costituzionalismo contemporaneo: il rapporto tra diritti fondamentali e risorse pubbliche, intese in senso ampio, e, più in generale, il problema della sostenibilità dei diritti. Tale questione, non relegabile alla dimensione economico-finanziaria, investe il nucleo stesso della forma di Stato costituzionale, chiamata a confrontarsi con la tensione tra universalismo dei diritti e limitatezza delle risorse disponibili.

Il ciclo di seminari è stato caratterizzato da una logica dialettica. Gli studiosi e i docenti hanno dialogato con gli studenti affrontando i temi non soltanto nella loro dimensione teorica ma anche nei profili applicativi e giurisprudenziali. Ne è scaturito un percorso di riflessione articolato, i cui esiti sono raccolti nei contributi che compongono il presente volume.

Una prima linea comune che emerge dai saggi è la consapevolezza della natura strutturale del rapporto tra diritti e risorse. Come evidenziato nel contributo di Valentina Ciaccio sulla previdenza, “*tutti i diritti [...] costano*” e risultano inevitabilmente condizionati dalla disponibilità di risorse economicamente limitate. Tale affermazione, lungi dal ridimensionare la portata dei diritti, impone piuttosto di ripensarne le modalità di garanzia in un contesto segnato dalla scarsità.

Questa tensione emerge con particolare evidenza nei diritti sociali. Marcello Salerno, nel suo contributo sul diritto all'istruzione, sottolinea come tale diritto non sia soltanto destinatario di risorse, ma costituisca esso stesso una risorsa strategica per il sistema-paese, incidendo sullo sviluppo economico, sulla coesione sociale e sulla qualità della democrazia. Analogamente, Piermassimo Chirulli, analizzando il caso della farmacia dei servizi, evidenzia come la concreta attuazione del diritto alla salute sia

costantemente condizionata dalla disponibilità e dalla distribuzione delle risorse, in un quadro in cui la Corte costituzionale ha individuato limiti invalicabili nella tutela del nucleo essenziale.

Il rapporto tra diritti e risorse non si esaurisce, tuttavia, nella dimensione dei diritti sociali tradizionali. Esso attraversa anche ambiti più recenti, come dimostra il contributo di Emanuele Cocchiara sul diritto di accesso a Internet, in cui la qualificazione della rete come spazio di esercizio della personalità conduce a configurare nuovi diritti sociali, la cui attuazione è strettamente legata a politiche pubbliche e vincoli di bilancio.

La pluralità dei contributi consente certamente di ricostruire un quadro ampio delle tematiche affrontate nel ciclo seminariale, le quali possono essere ricondotte ad alcune principali direttrici.

Una prima direttrice riguarda i diritti sociali e la loro sostenibilità. Oltre ai già richiamati contributi su istruzione, salute e previdenza, si colloca in questa prospettiva anche l'analisi di Nicola D'Anza sui livelli essenziali delle prestazioni (LEP), che evidenzia come la determinazione di standard uniformi di tutela rappresenti una condizione necessaria per garantire l'eguaglianza sostanziale in un contesto di crescente differenziazione territoriale.

Una seconda direttrice concerne le trasformazioni dei diritti nella società contemporanea. Laura Fabiano, nel suo contributo sui diritti politici nella società digitale, mette in luce la crisi delle forme tradizionali della rappresentanza e le nuove sfide poste dalle tecnologie digitali, che incidono sui processi di formazione del consenso e sulla tenuta delle garanzie costituzionali. In parallelo, il tema della cittadinanza, affrontato da Maria Dicosola, evidenzia la tensione tra integrazione e selezione nei processi di attribuzione dello *status civitatis*, mostrando come le scelte normative riflettano diverse concezioni della comunità politica.

Una terza direttrice riguarda i rapporti tra diritti, sicurezza e poteri pubblici. Il contributo di Marco Rhao sulla sicurezza nazionale mette in evidenza la difficoltà di definire un chiaro statuto giuridico di tale nozione, specie in contesti emergenziali, e il rischio che l'utilizzo di strumenti ordinari in chiave eccezionale incida sulla garanzia dei diritti fondamentali.

Una quarta area tematica attiene ai rapporti tra diritti, economia e organizzazione pubblica. In tale ambito si colloca il contributo di Bruno Brancati, che analizza la libertà di iniziativa economica privata alla luce della scarsità delle risorse e dell'impatto del diritto eurounitario, eviden-

ziando le tensioni tra logiche di mercato e esigenze di regolazione pubblica. Analogamente Gianluca Bellomo esamina l'evoluzione degli strumenti di azione amministrativa, mettendo in luce il passaggio da modelli autoritativi a forme di amministrazione premiale e incentivante, particolarmente rilevanti nel settore ambientale.

Infine, il contributo di Cosimo Pietro Guarini sulla responsabilità per danno all'immagine della pubblica amministrazione evidenzia come l'uso inefficiente delle risorse pubbliche si traduca in una lesione dell'interesse collettivo, incidendo sulla fiducia dei cittadini e sul buon andamento dell'amministrazione.

Dall'analisi complessiva dei contributi emerge una linea comune che consente di superare una visione semplicistica del rapporto tra diritti e risorse come contrapposizione tra esigenze incompatibili.

I diritti sono risorse perché sono strumenti essenziali dello sviluppo della persona: dell'individuo ma non meno delle comunità, in cui questi svolge la propria personalità e si realizza, e per tal via dell'intera comunità statale. Sono dunque volano fondamentale dello sviluppo collettivo.

Questo è il presupposto logico della forma di unità politica che ha per pilastri la libertà e l'eguaglianza dei cittadini e, sempre più, degli uomini in quanto tali: lo Stato costituzionale. Per presupposto logico ma anche quale valore fondante o principio diretta espressione di esso, del personalismo, e comunque perno intorno a cui ruota il suo funzionamento.

Diffusi e gravi sono tuttavia due errori che vengono da due opposte banalizzazioni dei valori liberali. Quella libertaria "ego-centrante", che fa avvertire i diritti – i propri o quelli per i quali si ha particolare trasporto – come pretese assolute, indipendenti, cioè, da ogni contesto: da quello economico, da quello organizzativo e ancora proprio da quello dei diritti: degli *altri diritti* e dei *diritti degli altri*. Quella liberistica o liberal-rigoristica ultracompetitiva che fa avvertire come assoluti la capacità e i vincoli finanziari, sicché, pur di non superarne i confini o per rientrarvi, sarebbe legittima se non proprio immediatamente necessaria la compressione dei diritti anche indiscriminata: anche, cioè, fino a tangerne il loro nucleo essenziale.

Tra i diritti fondamentali come anche tra la concretizzazione di essi e la stabilità finanziaria – che *molto* ha a che fare con i *diritti nel tempo*: di chi è già presente e delle generazioni future – non vi può essere una gerarchia astratta e definitiva. Va impedita ogni tirannia, se si vuol usare un'immagine celebre e sempre vivida. Per questo gli ambiti di applicazione e dunque

i limiti che li definiscono non possono essere tracciati che nel contesto: nella concretezza della competizione con gli altri diritti, con i diritti degli altri, anche con quelli di coloro che ancora non ci sono.

Ecco che in ogni discorso sui diritti funzione centrale l'assume il bilanciamento. Un bilanciamento che non può svolgersi nell'arbitrio, ma che dev'essere guidato, anzi è proprio giuridicamente vincolato ai principi supremi dell'ordine a Stato costituzionale: eguaglianza, solidarietà, ragionevolezza. Essi segnano la direzione costituzionale che le scelte allocative del legislatore e dell'amministrazione sono tenute a seguire.

Il ruolo della Corte costituzionale è dunque centrale e inevitabilmente finisce per essere ulteriore elemento di convergenza nell'attraversare trasversalmente i contributi.

Nel campo della sanità, la Corte ha elaborato la nozione di "*spesa costituzionalmente necessaria*", volta a garantire la tutela del diritto alla salute anche in contesti di scarsità di risorse. In materia previdenziale, essa ha sviluppato un articolato sindacato sulle misure di contenimento della spesa, volto a garantire il rispetto dei principi di adeguatezza e proporzionalità. Analogamente, nel contesto del regionalismo differenziato, la Corte ha individuato nei LEP lo strumento essenziale per assicurare livelli uniformi di tutela dei diritti su tutto il territorio nazionale e, quindi, a tutti i cittadini, quale che sia l'area o la regione di residenza.

Il ruolo della Corte si configura, dunque, come quello di un garante dell'equilibrio tra diritti e risorse, chiamato a definire i limiti entro cui si possono esercitare le scelte di indirizzo politico.

Un ulteriore profilo di particolare rilievo, in tutti i contributi, è certamente rappresentato dalla dimensione intergenerazionale del rapporto tra diritti e risorse.

Ignazio Lagrotta sottolinea come il costituzionalismo contemporaneo sia sempre più orientato a considerare gli interessi delle generazioni future, introducendo una prospettiva temporale che impone di valutare le conseguenze di lungo periodo delle scelte pubbliche. Proprio per questo, la gestione delle risorse non può essere orientata esclusivamente alla soddisfazione dei bisogni presenti, ma deve tener conto della necessità di preservare le condizioni per l'esercizio dei diritti anche da parte delle generazioni future.

Le riflessioni sviluppate nei contributi consentono di individuare alcune linee di sviluppo del dibattito.

In primo luogo, emerge l'esigenza di elaborare una nozione costituzionale di sostenibilità, capace di integrare le dimensioni economica, sociale e ambientale dei diritti. In secondo luogo, le trasformazioni tecnologiche e sociali richiedono un continuo adattamento delle categorie giuridiche, al fine di garantire l'effettività dei diritti in contesti inediti. In terzo luogo, il crescente intreccio tra ordinamento nazionale ed europeo impone di considerare il rapporto tra diritti e risorse in una prospettiva multilivello.

Il volume che qui si introduce restituisce la ricchezza di un percorso scientifico e didattico che ha saputo coniugare pluralità di approcci e unità di tema.

I contributi, pur nella diversità degli oggetti di indagine, convergono nel mettere in luce la complessità del rapporto tra diritti e risorse e la necessità di affrontarlo attraverso strumenti interpretativi capaci di coglierne la dimensione sistemica.

In tal senso, il ciclo di seminari e la presente raccolta offrono un contributo al dibattito attuale, confermando come la questione della sostenibilità dei diritti sia destinata a rimanere al centro della riflessione giuridica nei prossimi anni.

Cittadinanza e fenomeni migratori tra integrazione e selezione

di Maria Dicosola

SOMMARIO: 1. Fenomeni migratori, integrazione e diritto alla cittadinanza. – 2. Cittadinanza alla nascita, territorio e integrazione. – 3. Cittadinanza alla nascita, ius sanguinis e selezione. – 4. La naturalizzazione tra integrazione e selezione. – 4.a. Il diritto alla naturalizzazione in Germania e Portogallo e la cittadinanza per dichiarazione in Belgio. – 4.b. I limiti alla discrezionalità della naturalizzazione. – 4.c. La naturalizzazione discrezionale. – 5. Osservazioni conclusive.

1. *Fenomeni migratori, integrazione e diritto alla cittadinanza*

Le migrazioni internazionali, motivate dagli squilibri sociali, economici e tecnologici tra i Paesi del Sud e del Nord del mondo, rappresentano un fenomeno strutturale e in continua crescita¹. Tali trasformazioni, che rappresentano fattori di evoluzione e al contempo tensione nelle democrazie costituzionali contemporanee, richiedono l'adozione di strategie di gestione non solo dei flussi migratori ma anche dell'integrazione degli immigrati nella comunità statale². In tale contesto, il riconoscimento di un diritto alla cittadinanza alle persone nate o residenti sul territorio occupa un ruolo cruciale³.

Il diritto alla cittadinanza si afferma nel processo di internazionalizzazione dei diritti umani, avviato a seguito della Seconda Guerra Mondiale, nel quale la dignità è posta quale principio morale⁴ fondamentale dell'intera teoria dei diritti⁵. Tale processo, d'altra parte, si realizza di pari

¹ Secondo i dati dello United Nations, Department of Economic and Social Affairs, *International Migrant Stock*, se nel 2000 il numero totale dei migranti internazionali era di poco superiore a 174 milioni, nel 2024 questo dato è quasi raddoppiato (oltre 304 milioni).

² G. CERRINA FERRONI, V. FEDERICO, *Percorsi di integrazione nelle società multiculturali*, in Id. (a cura di), *Strumenti, percorsi e strategie dell'integrazione nelle società multiculturali*, Napoli, 2018, 13-41.

³ Sul punto, sia consentito il rinvio a M. DICOSOLA, *Il diritto alla cittadinanza. Problemi e prospettive*, Santarcangelo di Romagna, 2022.

⁴ J. HÄBERMAS, *The Concept of Human Dignity and the Realistic Utopia of Human Rights*, in *Metaphilosophy*, 2010, 464-480.

⁵ Come sostenuto da A. BARACK, *Human Dignity. The Constitutional Value and the Constitutional Right*, Cambridge, 2015. Analogamente, C. DUPRÉ, *The Age of Dignity. Human*

passo con il ripensamento delle categorie della sovranità, che da esclusivo attributo della nazione, recuperando gli ideali rivoluzionari settecenteschi, torna ad assumere carattere popolare. In tale rinnovato contesto, oltre all'affermazione delle tesi dell'irrelevanza della cittadinanza per il godimento dei diritti fondamentali⁶ e del superamento del concetto stesso di cittadinanza⁷, si ribalta la teoria ottocentesca della cittadinanza quale presupposto per l'esercizio dei diritti, per riconoscere che la cittadinanza, quale «diritto ad avere diritti»⁸, è essa stessa oggetto di un diritto, come affermato dall'art. XIX della Dichiarazione americana dei diritti e dei doveri dell'uomo e dall'art. 15 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo.

Il diritto alla cittadinanza si inserisce dunque pienamente nel paradigma dignità-diritti del secondo dopoguerra⁹. Come sostenuto dalla Corte interamericana dei diritti dell'uomo nel 2014, in effetti, il diritto alla cittadinanza non solo è strettamente interconnesso con tutti i diritti umani,

Rights and Constitutionalism in Europe, Oxford-Portland-Oregon, 2015, nonché G. ROLLA, *Profili costituzionali della dignità umana*, in E. CECCHERINI (a cura di), *La tutela della dignità dell'uomo*, Napoli, 2008, 57-78. In tal senso, come sostenuto da P. Ridola, nelle Costituzioni italiana e tedesca, il principio di dignità precede lo stesso riconoscimento delle libertà: P. RIDOLA, *La dignità dell'uomo e il "principio libertà" nella cultura costituzionale europea*, in ID., *Diritto comparato e diritto costituzionale europeo*, Torino, 2010, 97-138.

⁶ D. AMIRANTE, voce *Cittadinanza (teoria generale)*, in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, 2003. Analogamente, V. ONIDA, *Lo statuto costituzionale del non cittadino*, in AA.VV., *Lo statuto costituzionale del non cittadino. Atti del XXIV Convegno annuale Cagliari, 16-17 ottobre 2009*, Napoli, 2010, 3-24. Con particolare riferimento al caso italiano, sottolinea il sempre minore rilievo della distinzione tra cittadini e stranieri, con riferimento al godimento dei diritti M. LUCIANI, *Cittadini e stranieri come titolari dei diritti fondamentali*, in *Rivista critica di diritto privato*, 1992, 203 ss.

⁷ Kelsen si domanda se la cittadinanza sia ancora un istituto necessario: H. Kelsen, *Teoria generale del diritto e dello stato*, ed. originale Harvard, 1945, ed. consultata Milano, 1978, 246. La questione dell'attualità del concetto di cittadinanza nello Stato contemporaneo è oggetto di ampio approfondimento in dottrina. Si veda L. FERRAJOLI, *Dai diritti del cittadino ai diritti della persona*, in D. ZOLO (a cura di), *La cittadinanza. Appartenenza, identità, diritti*, Roma-Bari, 1999, 263-292; G. BERTI, *Cittadinanza, cittadinanza e diritti fondamentali*, in *Rivista di diritto costituzionale*, 1997, 3-18. V. anche P. HÄBERLE, *La cittadinanza come tema di una dottrina europea della Costituzione*, in *Rivista di diritto costituzionale*, 1997, 19-35, secondo il quale «il concetto tedesco Staatsangehörigkeit è da archiviare».

⁸ Secondo la celebre definizione coniata da H. ARENDT, *Le origini del totalitarismo*, Torino, 1948.

⁹ P. HÄBERLE, *La cittadinanza come tema di una dottrina europea della Costituzione*, cit., in part. 31.

ma è esso stesso parte del diritto all'identità della persona, inteso come l'insieme degli attributi e delle caratteristiche che permettono l'individuazione della persona nella società¹⁰, «constanziale ai diritti umani e alla dignità»¹¹.

La scelta dei criteri di attribuzione della cittadinanza, e in particolare del diritto alla cittadinanza, è cruciale nel contesto delle trasformazioni politiche, sociali e demografiche¹² generate dai fenomeni migratori, presupponendo specifiche e contrapposte concezioni dell'idea di nazione, che si riflettono nelle funzioni che alla cittadinanza si intende attribuire¹³. In effetti, le regole di acquisto della cittadinanza *iure soli*¹⁴ – legate all'idea della nazione in senso *demos* – ne esaltano la funzione integrativa, favorendo l'integrazione tra cittadini e persone nate sul territorio indipendentemente dai legami familiari, al contrario del criterio dello *ius sanguinis*, che – coerentemente con l'idea della nazione *ethnos*¹⁵ – ne rafforza la funzione selettiva, limitando il diritto di appartenenza allo Stato¹⁶ ai discendenti di cittadini. Con riferimento all'acquisto della cittadinanza dopo la nascita, si può ritenere che la naturalizzazione discrezionale, attribuita sotto forma di concessione da parte dello Stato, sia espressione di una funzione selettiva della cittadinanza, al contrario di sistemi in base ai quali la legge preveda

¹⁰ Inter-American Court of Human Rights, *Case of Expelled Dominicans and Haitians v. Dominican Republic*, 2014, par. 266.

¹¹ Inter-American Court of Human Rights, *Gelman v. Uruguay*, 2011.

¹² E. GROSSO, *Una cittadinanza funzionale. Ma a cosa? Considerazioni sull'acquisto della cittadinanza iure soli, a partire da una suggestione di Patricia Mindus*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2015, pp. 1-26.

¹³ Per la teoria funzionale della cittadinanza, si rinvia a P. MINDUS, *Cittadini e no. Forme e funzioni dell'inclusione e dell'esclusione*, Firenze, 2014.

¹⁴ Fondata sulla nozione della cittadinanza come vincolo feudale di fedeltà tra l'individuo e il sovrano nella *common law* tradizionale, a partire dal *Calvin's case* del 1608 (*Calvin's Case*, [1572] Eng.R. 64, (1572–1616) 7 Co.Rep. 1a, 77 E.R. 377). Sul punto, cfr. P.J. PRICE, *Natural Law and Birthright Citizenship in Calvin's Case (1608)*, in *Yale Journal of Law and the Humanities*, vol. 9, 1997, pp. 73-145.

¹⁵ Sulla base della classica contrapposizione tra cittadinanza etnoculturale e cittadinanza in senso politico proposta da R. Brubaker, che, pur riferita a modelli superati dalle riforme successive, conserva la sua attualità sul piano teorico: R. BRUBAKER, *Cittadinanza e nazionalità in Francia e Germania*, Bologna, 1997.

¹⁶ Appartenenza allo Stato e partecipazione alla comunità politica, in effetti, sono i due elementi che concorrono alla definizione giuridica del concetto di cittadinanza. Cfr. in tal senso G. BISCOTTINI, voce *Cittadinanza*, in *Enc. Dir. Giuffrè*, VII, 1960; R. CLERICI, voce *Cittadinanza*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, III, 1989.

limiti alla discrezionalità legislativa che possono giungere sino a configurare un diritto alla naturalizzazione.

Alla luce di tali premesse, nelle pagine che seguono, sarà oggetto di analisi l'evoluzione delle regole sull'acquisto della cittadinanza – con particolare riferimento all'acquisto della cittadinanza alla nascita e alla naturalizzazione – in alcune esperienze paradigmatiche nell'ambito dei sistemi costituzionali della tradizione liberale. Si è scelto di limitare l'indagine a tali ordinamenti in considerazione delle comuni radici storiche, filosofiche e costituzionali degli Stati considerati, oltre che della condivisione di simili vicende sociali che hanno influenzato – ed influenzano – in tale area politico-giuridica, la disciplina giuridica della cittadinanza.

2. *Cittadinanza alla nascita, territorio e integrazione*

Il riconoscimento di un diritto alla cittadinanza sulla base dello *ius soli* puro ha rappresentato il tradizionale strumento giuridico di integrazione nel Regno Unito e negli Stati Uniti, Paesi nei quali l'immigrazione e il multiculturalismo hanno rappresentato un elemento essenziale della costruzione dell'identità nazionale¹⁷. In particolare, negli Stati Uniti, la *citizenship clause*, codificata dal XIV Emendamento, continua a riconoscere il diritto alla cittadinanza sulla base del solo presupposto della nascita del territorio, nonostante la progressiva evoluzione in senso securitario delle politiche migratorie. Nel Regno Unito, l'introduzione dello *ius soli* condizionato, a partire dalla riforma del 1981, non impedisce tuttavia che la cittadinanza continui ad esplicare una funzione integrativa.

Negli Stati Uniti, la *birthright citizenship*, concepita come strumento di soluzione della questione razziale¹⁸, ha sin da subito assunto una valenza integrativa anche nei confronti degli immigrati¹⁹. Sin dal caso *United States*

¹⁷ Secondo la classificazione di G. CERRINA FERRONI, V. FEDERICO, *Percorsi di integrazione nelle società multiculturali*, cit., il Regno Unito e gli Stati Uniti, insieme al Canada, costituiscono sistemi “geneticamente” multiculturali.

¹⁸ Come sostenuto da E. GROSSO, *Cittadinanza e territorio. Lo ius soli nel diritto comparato*, Napoli, 2015, in part. pp. 15-23.

¹⁹ Sul nesso tra cittadinanza e multiculturalismo, cfr. G.L. NEWMAN, *Citizenship*, in M. TUSHNET, M.A. GRABER, S. LEVINSON (a cura di), *The Oxford Handbook of The U.S. Constitution*, Oxford – New York, 2015, 587-606.

v. *Wong Kim Ark*²⁰, infatti, è riconosciuta la cittadinanza a chiunque sia nato sul territorio americano, in quanto espressione di un diritto, indipendentemente dalla nazionalità o dallo *status* giuridico dei genitori²¹. Il forte radicamento storico e politico della *citizenship clause*, oltre che la sua codificazione in una norma di rango costituzionale, ha impedito che trovasse realizzazione qualsiasi tentativo di modifica in senso restrittivo della *birthright citizenship*²².

A differenza del caso degli Stati Uniti, le regole di acquisto della cittadinanza non sono in genere oggetto di disciplina costituzionale, né tra i diritti fondamentali previsti nei testi costituzionali è incluso il diritto alla cittadinanza, con l'eccezione della Costituzione portoghese²³. Analogamente, nella giurisprudenza costituzionale, con l'eccezione degli Stati Uniti e del Regno Unito, la giurisprudenza costituzionale omette qualsiasi riferimento esplicito al diritto all'acquisto della cittadinanza.

Nel regno Unito, il territorio continua a costituire un elemento essenziale per l'acquisto della cittadinanza, nonostante l'evoluzione in senso selettivo segnata dall'adozione del *British Nationality Act* del 1981, adottato allo scopo di riformare il sistema arcaico e complesso che regolava la cittadinanza, in considerazione dei crescenti flussi migratori²⁴, nel contesto della crisi del modello multiculturale britannico²⁵. A tal fine, la legge sosti-

²⁰ Corte Suprema, 169 US 649 (1898).

²¹ Si riferisce alla cittadinanza in termini di diritto già M. B. WOODWORTH, *Citizenship of the United State under the Fourteenth Amendment*, in *American Law Review*, 1896, 535-555.

²² A partire dagli anni ottanta, sono state avanzate proposte di introduzione di un diritto alla cittadinanza alla nascita, condizionato alla regolarità dello status dei genitori, sulla base dello studio di P.H. SCHUCK, R.M. SMITH, *Citizenship Without Consent: Illegal Aliens in the American Polity*, New Haven, 1985.

²³ Ulteriore eccezione è rappresentata dal caso irlandese, dove la costituzionalizzazione del diritto alla cittadinanza si comprende, come nel caso statunitense, alla luce delle peculiarità del contesto sociale. Le regole per l'acquisto della cittadinanza, infatti, sono state inserite nell'art. 2 nel 1998, come previsto dal *Good Friday Agreement*, nell'ambito delle soluzioni per il conflitto etnico-religioso che aveva frantumato la comunità irlandese.

²⁴ Sull'influenza dell'immigrazione sull'evoluzione, in senso progressivamente restrittivo, della legislazione sulla cittadinanza nel Regno Unito, cfr. N. BLAKE, *British Nationality Law*, in B. NASCIBENE (ed.), *Nationality Laws in the European Union*, cit., pp. 679-714; C. SAWYER, H. WRAY, *Country Report: United Kingdom*, EUDO Citizenship Observatory, 2014, RSCAS/EUDO-CIT-CR 2014/1; A. TORRE, *Cittadinanza, immigrazione e condizione degli stranieri nel Regno Unito*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2003, 781-799.

²⁵ Sulla crisi e le trasformazioni del modello multiculturale britannico si v. C. MARTINELLI, *Il modello multiculturale britannico, tra radici storiche e criticità sopravvenute*, in G. CER-

tuiva il criterio dello *ius soli* puro con lo *ius soli* condizionato alla nascita da almeno un genitore cittadino ovvero *settled*²⁶ sul territorio britannico²⁷. In presenza di tali condizioni, la cittadinanza britannica è tuttora riconosciuta quale diritto dell'individuo, che deve essere garantito senza discriminazioni né in violazione del diritto alla vita privata e familiare, come affermato dall'Alta corte di giustizia di Inghilterra e Galles nel caso *K v. the Secretary of State for the Home Department* del 2018²⁸.

In Francia, le regole di acquisto della cittadinanza si pongono in un rapporto complesso con gli obiettivi dell'assimilazione e dell'integrazione degli stranieri, in un Paese caratterizzato da profonde contraddizioni sul piano sociale²⁹, nel contesto dei fenomeni migratori, che hanno segnato le trasformazioni sociali di tale Paese sin dal XIX secolo. In effetti, il doppio *ius soli* – secondo il quale è considerato automaticamente cittadino chiunque sia nato sul territorio da genitori stranieri a loro volta nati nello stesso Paese – è previsto sin dalla legge del 1851, mentre risale al 1889 il riconoscimento automatico della cittadinanza ai nati sul territorio, indipendentemente dallo status dei genitori, al compimento del diciottesimo anno d'età³⁰. Sebbene l'intento originario del legislatore fosse quello di espandere i soggetti obbligati all'adempimento dei doveri di cittadinanza nei confronti dello Stato, il riconoscimento automatico della cittadinanza ha finito, attraverso un processo di eterogenesi dei

RINA FERONI, V. FEDERICO (a cura di), *Strumenti, percorsi e strategie dell'integrazione nelle società multiculturali*, cit., 317-343.

²⁶ Si intende *settled* la persona residente nel Regno Unito senza restrizioni, provvista di carta di soggiorno di lungo periodo o residenza permanente secondo le norme comunitarie.

²⁷ British Nationality Act, art. 1.

²⁸ High Court of Justice, Queen's Bench Division, Administrative Court, *The Queen on the Application of K, A Child, by her Litigation friend MT, v. The Secretary of State for the Home Department*, 22.3.2018, [2018] EWHC 1834 (Admin).

²⁹ Come mette in evidenza E. GROSSO, *Dall'assimilazione desiderata all'identità rivendicata. Ascesa e crisi del modello francese di integrazione di fronte all'inedita sfida del multiculturalismo*, in G. CERRINA FERONI, V. FEDERICO (a cura di), *Strumenti, percorsi e strategie dell'integrazione nelle società multiculturali*, cit., 297-316.

³⁰ A partire dagli anni ottanta, ha trovato spazio un acceso dibattito sull'abrogazione sull'acquisto automatico della cittadinanza, che ha condotto ad un contraddittorio processo di riforme, segnato dai cambi di maggioranza parlamentare, all'esito del quale, tuttavia, la misura è stata confermata. Su tale processo, v. G. ARAVANTINO LEONIDI, *Evoluzione storica e aspetti giuridici problematici del diritto di cittadinanza in Francia*, in *Democrazia e sicurezza*, 2018, 91-123.

fini, per favore, di fatto, l'integrazione degli stranieri con background migratorio.

Un analogo processo di espansione del diritto all'acquisto della cittadinanza alla nascita ha interessato anche altri Paesi dell'Unione Europea, nel contesto della loro trasformazione in Paesi di immigrazione.

La Germania rappresenta un caso emblematico in tal senso. Le regole di acquisto della cittadinanza alla nascita, infatti, fondate sul criterio dello *ius sanguinis* sin dalla legge federale del 1913, sono state modificate con l'introduzione del criterio dello *ius soli* condizionato nel 2000, in seguito alla storica sentenza-monito del Tribunale costituzionale del 1999³¹, nell'intento di rafforzare la funzione integrativa della cittadinanza³² e liberalizzarne le regole di acquisto³³. Sulla base di tale criterio, la cittadinanza tedesca è attribuita non solo a chi sia nato da genitori cittadini, ma anche a coloro che siano nati sul territorio da genitori stranieri regolarmente soggiornanti sul territorio da almeno otto anni.

Sulla base dei medesimi presupposti, anche in Lussemburgo, nei Paesi Bassi, in Belgio e in Portogallo, il principio dello *ius sanguinis* è stato modificato, secondo un approccio integrativo, nel senso dell'estensione del diritto alla cittadinanza alla nascita a favore degli stranieri nati sul territorio. In tali ipotesi, il diritto alla cittadinanza è riconosciuto sulla base dello *ius soli* condizionato³⁴ e/o del criterio del doppio *ius soli*³⁵.

³¹ BVerfGE 83, 37, 31 ottobre 1990. Si è trattato di un momento di radicale rottura nell'evoluzione del diritto della cittadinanza in Germania, come evidenziato da senso N. BOUCHE, *La réforme de 1999 du droit allemand de la nationalité*, in *Revue internationale de droit comparé*, 2002, 1035-1072.

³² Come si legge nella motivazione generale della legge di riforma e dichiarato nella conferenza stampa di presentazione del Ministro degli interni, citati da V. PLACIDI, *Sviluppi nella disciplina tedesca in materia di cittadinanza*, in uad. cos*Quaderni costituzionali*, 2003, 91-112. Sull'integrazione come obiettivo della riforma del 2000, la dottrina è ampia. Si veda: H. HOFFMANN, *The Reform of the Law on Citizenship in Germany: Political Aims, Legal Concepts and Provisional Results*, in *European Journal of Migration and Law*, 2004, 195-204; H. E. HARTNELL, *Belonging: Citizenship and Mitigation in the European Union and in Germany*, in *Berkeley Journal of International Law*, 2006, 330-400.

³³ M.M. HOWARD, *Germany's Citizenship Policy in Comparative Perspective*, in *German Politics & Society*, 2012, 39-51. Con le revisioni del 2004 e del 2007, tuttavia, l'approccio liberale della riforma veniva fortemente ridimensionato: cfr. in tal senso S. GREEN, *Much Ado About Not-Very-Much? Assessing Ten Years of German Citizenship Reform*, in *Citizenship Studies*, 2012, 173-188.

³⁴ Previsto in Portogallo (Legge sulla cittadinanza, art. 1 c. 1[e]).

³⁵ Previsto nei Paesi Bassi (Legge sulla cittadinanza, art. 3.3), in Lussemburgo (Legge sulla cittadinanza, art. 4), in Belgio (Cod. civ., art. 11) e in Portogallo (Legge sulla cittadinanza, art. 1 c. 1[f]).

Il criterio del doppio *ius soli* per l'acquisto della cittadinanza alla nascita è previsto anche in Spagna³⁶. L'introduzione della regola, tuttavia, che risale al 1954, quando la Spagna si caratterizzava come un Paese di emigrazione più che di immigrazione, non rispondeva all'obiettivo dell'espansione del diritto alla cittadinanza in senso integrativo, ma era volta ad impedire il perpetuarsi di diverse generazioni di stranieri permanentemente residenti in Spagna.

3. *Cittadinanza alla nascita, ius sanguinis e selezione*

Restano indifferenti rispetto al fenomeno migratorio le regole di acquisto della cittadinanza alla nascita in Austria e in Italia, dove il criterio prevalente resta lo *ius sanguinis* puro, sulla base della teoria della nazione etnoculturale. La progressiva trasformazione dell'Austria in Paese di immigrazione non ha condotto, come nel caso della Germania, all'espansione della cittadinanza in funzione integrativa, ma, al contrario, nel contesto della difficoltà di avvio e delle problematiche delle politiche di integrazione³⁷, ha sollecitato riforme che hanno reso via via più rigorose le regole relative alla naturalizzazione³⁸, sulla base dell'idea secondo la quale l'acquisto della cittadinanza sia il risultato – e non il presupposto – di una compiuta integrazione³⁹.

Analogamente, nel caso italiano, la legge n. 91/1992⁴⁰, sebbene adottata nel contesto della trasformazione dell'Italia da Paese di emigrazione in Paese di immigrazione, lasciava sostanzialmente immutato l'impianto

³⁶ Codice civile, art. 17 c. 1(b).

³⁷ A. PIN, *Immigrazione e integrazione in Austria. Il difficile equilibrio tra esigenze economiche e istanze identitarie*, in G. CERRINA FERONI, V. FEDERICO (a cura di), *Strumenti, percorsi e strategie dell'integrazione nelle società multiculturali*, cit., 595-621.

³⁸ Per un'analisi comparata del contesto che ha condotto all'opposto percorso dell'evoluzione della legislazione sulla cittadinanza in Germania e Austria, si veda A. LUDVIG, *Why should Austria be Different from Germany? The Two Recent Nationality Reforms in Contrast*, in *German Politics*, 2004, 499-515.

³⁹ Cfr. sul punto R. BAUBÖCK, D. CINAR, *Nationality Law and Naturalisation in Austria*, in R. HANSEN, P. WEIL (eds.), *Citizenship, Immigration and Citizenship Law in the European Union*, New York, 2001, 255-272.

⁴⁰ Legge 5 febbraio 1992, n. 91, GU Serie Generale n. 38, 15.2.1992.

“familistico”⁴¹ della legislazione previgente⁴². Non veniva infatti introdotta alcuna riforma dei criteri di acquisto della cittadinanza allo scopo di favorire l’integrazione degli stranieri, nella convinzione che il fenomeno dell’immigrazione non andasse regolamentato in una prospettiva di lungo periodo⁴³. In particolare, secondo la legge, non è previsto alcun diritto di acquisto della cittadinanza alla nascita *iure soli*⁴⁴, mentre è molto agevole l’acquisto della cittadinanza alla nascita per discendenza da genitori cittadini e, fino alla riforma del 2025, ascendenti in linea retta⁴⁵.

La legge n. 74 del 2025 ha introdotto limiti al diritto all’acquisto della cittadinanza *iure sanguinis*, prevedendo una presunzione di “non acquisto” della cittadinanza rispetto ai nati all’estero in possesso di un’altra cittadinanza, salvo che «un ascendente di primo o secondo grado possieda o possedesse al momento della morte esclusivamente la cittadinanza italiana» ovvero «un genitore o adottante» sia «stato residente in Italia per almeno due anni continuativi successivamente all’acquisto della cittadinanza italiana e prima della data di nascita o adozione del figlio»⁴⁶.

⁴¹ Secondo la definizione di G. ZINCONI, *Familismo legale. Come (non) diventare cittadini italiani*, Roma-Bari, 2006.

⁴² Nei primi commenti alla riforma, che non fu accolta con pieno favore dalla dottrina, già si segnalava come la legge non fosse rivoluzionaria: T. BALLARINO, *Note introduttive*, in T. BALLARINO, B. NASCIBENE (a cura di), *Legge 5 febbraio 1992, n. 91. Nuove norme sulla cittadinanza. Commentario*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 1993, 1-6, in part. 2. Si sottolineava infatti come la legge si limitasse a riordinare la disciplina alla luce delle sentenze della Corte costituzionale e delle riforme legislative parziali adottate negli anni precedenti: B. NASCIBENE, *Note introduttive*, *ivi*, 6-11.

⁴³ Sul punto cfr. F. PASTORE, *La comunità sbilanciata. Diritto alla cittadinanza e politiche migratorie nell’Italia post-unitaria*, rapporto del Centro Studi di Politica Internazionale – CeSPI, 2002, disponibile all’indirizzo internet <https://www.cespi.it> (ultimo accesso 19 gennaio 2021). Sulla mancata considerazione, nel dibattito pubblico italiano, del rapporto tra cittadinanza e immigrazione, cfr. M.C. LOCCHI, *Lo ius soli nel dibattito pubblico italiano*, in *Quaderni costituzionali*, 2014, 483-503. Sull’inadeguatezza della legislazione italiana a rispondere alle esigenze di inclusione delle comunità di stranieri regolarmente e da lungo tempo soggiornanti in Italia, alla luce del diritto comparato, cfr. D. PORENA, *C’è spazio anche in Italia per una concezione “culturalista” della cittadinanza? Brevi profili comparatistici e spunti di riflessione in vista di una revisione della legislazione nazionale*, in *Federalismi.it*, 2012, 1-24.

⁴⁴ Tale omissione è in contrasto con «il carattere di società aperta disegnata dalla Costituzione», come rilevato da C. PINELLI, *I “nuovi italiani” e lo spazio della politica costituzionale*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 2013, 37-47, in part. 46.

⁴⁵ Il criterio dello *ius sanguinis* è quello prevalente: legge n. 91/92, art. 1.

⁴⁶ Nuovo art. 3-bis della l. n. 91/92.

L'intervento riformatore risponde all'obiettivo di ridurre i casi di abuso di domande di riconoscimento della cittadinanza – agevolate dalla facilità di ricostruzione delle linee di discendenza attraverso sistemi informatici – da parte di persone nate e residenti all'estero, frequentemente in Paesi dell'America Latina, spesso soggetti a crisi economiche e politiche, senza alcun legame effettivo con l'Italia, per il solo fine di ottenere i vantaggi derivanti dal possesso della cittadinanza italiana, tra i quali in primo luogo il riconoscimento della cittadinanza europea. L'acquisto della cittadinanza per discendenza senza alcun limite, in effetti, solleva dubbi in merito alla ragionevolezza e proporzionalità della legge del 1992 e al rispetto come rilevato dalla Corte Costituzionale nella sentenza n. 142 del 2025.

Ad ogni modo, la nuova disciplina, introducendo un'ipotesi di revoca implicita della cittadinanza, pur perseguendo il legittimo obiettivo di introdurre criteri di acquisto della cittadinanza che assicurino la sussistenza del presupposto di un *genuine link* tra individuo e territorio, solleva tuttavia molteplici dubbi di costituzionalità, oltre che per il possibile abuso dei presupposti della decretazione d'urgenza in tale materia, alla quale la disciplina è stata affidata, anche con riferimento divieto di revoca ex art. 22 Cost., inquadrato nel contesto dell'assetto complessivo della Costituzione italiana, sui quali sarà chiamata a pronunciarsi la Corte Costituzionale⁴⁷.

La legge sulla cittadinanza italiana del 1992, pertanto, già nata “vecchia”, è stata oggetto di più di centocinquanta disegni di legge di revisione, che tuttavia non hanno mai visto la luce, molti dei quali volti ad attribuire rilievo, ai fini dell'acquisto della cittadinanza, alla nascita sul territorio ovvero alla frequenza di corsi di studio in Italia⁴⁸.

⁴⁷ Le questioni di legittimità costituzionale sono state sollevate con le ordinanze del Tribunale di Torino, Sezione Specializzata in materia di Immigrazione, Protezione Internazionale e libera circolazione dei cittadini UE, 25 giugno 2025, del Tribunale di Mantova, sezione civile, 24 ottobre 2025 e del Tribunale di Campobasso, 5 febbraio 2026. Per un'analisi approfondita, nelle more della pubblicazione della sentenza, si rinvia a G. SCARCHILLO (a cura di), *La cittadinanza italiana per discendenza (“iure sanguinis”). Riflessioni sugli aspetti di legittimità costituzionale della Legge 74/2025*, Pacini giuridica, Pisa, 2026.

⁴⁸ Meritano di essere segnalati, in particolare, il c.d. disegno di legge Amato, del 2009, di proposta governativa – su cui si veda L. MELICA, *Il d.d.l. “Amato” di riforma delle norme in materia di cittadinanza. Politiche di inserimento e “lealtà” ai valori costituzionali*, in *Associazione italiana dei costituzionalisti – Dibattiti*, 31 ottobre 2006, disponibile all'indirizzo internet https://www.associazionedeicostituzionalisti.it/old_sites/sito_AIC_2003-2010/dibattiti/attualita/melica.html (ultimo accesso: 18 gennaio 2021) – e il d.d.l. S. 2092. Il progetto, di origine parlamentare, è stato presentato alla Camera dei Deputati il 13 otto-

Con riferimento all'acquisto della cittadinanza per nascita sul territorio, è stata a più riprese proposta l'introduzione del criterio dello *ius soli* condizionato, riprendendo quanto disposto dal Codice civile del 1865. Secondo i progetti, avrebbe acquistato la cittadinanza italiana chi fosse nato sul territorio da genitori stranieri ma residenti da un numero minimo di anni, ovvero in possesso di un permesso di soggiorno permanente. Inoltre, con il criterio del c.d. "*ius culturae*", è stato proposto di riconoscere la cittadinanza al minore straniero, nato o giunto in Italia in tenera età, che abbia frequentato regolarmente uno o più cicli di studio, ovvero un percorso professionale, nel sistema scolastico italiano⁴⁹. Le proposte di introduzione tanto del criterio dello *ius soli* condizionato quanto di quello dello *ius culturae*⁵⁰ si collocano nella prospettiva dell'espansione del diritto positivo alla cittadinanza, subordinato alle condizioni stabilite dalla legge, quale strumento di integrazione delle comunità straniere residenti stabilmente in Italia⁵¹. Tuttavia, forti ostacoli di natura ideologica⁵² e teorica, legati alla convinzione che la cittadinanza debba costituire il coronamento di un percorso di avvenuta integrazione e non già il presupposto di quest'ultima⁵³, si sono tradotti nella mancata adozione di tutti i progetti

bre 2015 ed è decaduto in quanto non approvato dal Senato prima dello scioglimento delle Camere il 28 dicembre 2017. Il d.d.l. ha suscitato un ampio dibattito in dottrina. Per un commento in prospettiva comparata, si veda A. BARAGGIA, *La cittadinanza "composita" in alcune esperienze europee. Spunti di riflessione per il caso italiano*, in *Federalismi.it*, 2017, 1-25.

⁴⁹ Sullo *ius culturae*, così come previsto in particolare dalla proposta di legge AC 105, presentata alla Camera dei Deputati il 23 marzo 2018, cfr. D. PORENA, *Le buone ragioni dello ius culturae: note a margine dell'ennesimo tentativo di revisione della legge sulla cittadinanza*, in *Rivista dell'Associazione dei costituzionalisti*, 2020, 228-249.

⁵⁰ Sui diversi progetti di riforma, cfr. E. CODINI, *La cittadinanza. Uno studio sulla disciplina italiana nel contesto dell'immigrazione*, Giappichelli, Torino, 2017, in part. 164-168.

⁵¹ Sull'opportunità di tale approccio integrativo, cfr., con particolare attenzione al d.d.l. S 2092, A. RAUTI, *Lo ius soli in Italia: alla vigilia di una possibile svolta?*, in *Rivista dell'Associazione italiana dei costituzionalisti*, 2017, 1-36.

⁵² Ostacoli di natura ideologica hanno impedito l'ampliamento in senso espansivo del diritto alla cittadinanza sia in Italia che in Spagna. Tuttavia, mentre in Italia è rilevante la mancanza di consenso politico sulle possibili riforme, al contrario in Spagna costituisce un fattore rilevante il consenso su una concezione dominante di tipo restrittivo sulla cittadinanza. Cfr. in tal senso F. PASETTI, *The politics and policies of citizenship in Italy and Spain, an ideational account*, in *Journal of Ethnic and Migration Studies*, 2019, 1-22.

⁵³ Cfr. in tal senso V. LIPPOLIS, *Il significato della cittadinanza e le prospettive di riforma della legge n. 91 del 1992*, in *Rassegna Parlamentare*, 2010, 151-164. Secondo l'A., in particolare, deve essere privilegiata l'idea della cittadinanza premiale, quale coronamento della com-

appena menzionati. Come è stato sostenuto, in particolare, alla luce di tali problematiche, non si deve ritenere configurabile un diritto ad una specifica cittadinanza⁵⁴, che sarebbe invece sottinteso ai criteri dello *ius soli* condizionato e dello *ius culturae*.

Come accennato, nonostante la previsione del criterio del doppio *ius soli*, che affianca il criterio dello *ius sanguinis*⁵⁵, anche la legislazione spagnola è indifferente al fenomeno migratorio, a causa del ritardo con il quale nel Paese si sono registrati flussi migratori in entrata⁵⁶. Per questa ragione, i criteri di acquisto della cittadinanza spagnola non hanno subito modifiche sostanziali anche quando, a partire dagli anni ottanta e novanta dello scorso secolo, la Spagna è sì è rapidamente trasformata in Paese di immigrazione⁵⁷. Limitato è stato il dibattito sulla liberalizzazione dei criteri

più integrazione dell'immigrato, piuttosto che quella della cittadinanza promozionale.

⁵⁴ Tali obiezioni sono state espresse con chiarezza dalla dottrina, con particolare riferimento al d.d.l. S 2092. Cfr. in tal senso, C. SBAILÒ, *La cittadinanza non è un diritto. Qual è l'obiettivo della riforma?*, in *Forum DPCE online*, 10 luglio 2017, disponibile all'indirizzo internet <http://www.dpceonline.it/> (ultimo accesso 19 gennaio 2021). Nello stesso senso, G. CERRINA FERONI, *Ius soli. surreale la tempistica, da ripensare i contenuti*, *Forum DPCE online*, 18 luglio 2017, disponibile all'indirizzo internet <http://www.dpceonline.it/>. Con particolare riferimento alle problematiche dell'interazione tra legislazione sull'immigrazione e sulla cittadinanza, si veda L. MELICA, *Le "nuove" norme in materia di cittadinanza ed il loro impatto sull'ordinamento italiano*, *Forum DPCE online*, 14 luglio 2017. Al contrario, come sostenuto nello stesso forum, l'introduzione di tali meccanismi di acquisto della cittadinanza sarebbero opportuni in quanto non introdurrebbero un diritto automatico alla cittadinanza italiana, ma un sistema che collegherebbe integrazione sociale e acquisto della cittadinanza: S. CECCANTI, *Cittadinanza: le due contraddizioni del collega Sbailò e una legge da approvare*, *Forum DPCE online*, 11 luglio 2017, disponibile all'indirizzo internet <http://www.dpceonline.it/>, nonché C. Marchese, *Cittadinanza e ius soli: una soluzione di compromesso*, *Forum DPCE online*, 19 luglio 2017, disponibile all'indirizzo internet <http://www.dpceonline.it/>.

⁵⁵ Attualmente previsto dal Codice civile, art. 17 c. 1.

⁵⁶ Fenomeno che condiziona anche l'evoluzione degli strumenti giuridici di regolamentazione delle diversità culturali. Sul punto, cfr. R. SCARCIGLIA, *Immigrazione e diversità culturale in Spagna. Modelli di integrazione fra diritto pubblico e politiche dell'Unione Europea*, in G. CERRINA FERONI, V. FEDERICO (a cura di), *Strumenti, percorsi e strategie dell'integrazione nelle società multiculturali*, cit., 393-419.

⁵⁷ Sull'evoluzione storica della legislazione sulla cittadinanza in Spagna, si veda J.C. FERNÁNDEZ ROZAS, A. ALVAREZ RODRÍGUEZ, *Le droit espagnol de la nationalité*, in B. NASCIMBENE (ed.), *Nationality Laws in the European Union. Le droit de la nationalité dans l'Union Européenne*, Milano, 1996, 207-261, in part. 207-213, nonché R. RUBIO MARÍN, *Spain*, in R. BAUBÖCK, E. ERSBØLL, K. GROENENDIJK, H. WALDRAUCH (eds.), *Acquisition and Loss of*

di acquisto della cittadinanza alla nascita e le proposte volte ad ampliare il criterio dello *ius soli*, nell'ottica della sua funzione integrativa si sono arenate nel dibattito parlamentare⁵⁸.

4. *La naturalizzazione tra integrazione e selezione*

Nonostante la progressiva evoluzione della naturalizzazione da atto concessorio, puramente discrezionale, a modalità di acquisto della cittadinanza standardizzata, fondata su criteri oggettivi⁵⁹, resta ancora rilevante non solo la discrezionalità del legislatore nella definizione dei criteri per l'acquisto della cittadinanza dopo la nascita, ma anche dell'amministrazione statale nella loro interpretazione e applicazione nei singoli casi concreti⁶⁰.

Tanto emerge considerando che le leggi sulla cittadinanza non configurano mai la naturalizzazione in termini di diritto, salvo rarissime eccezioni. Inoltre, anche in tali ultime ipotesi, il diritto all'acquisto della cittadinanza dopo la nascita resta sottoposto a condizioni che presuppongono un margine, sia pur minimo, di discrezionalità dell'amministrazione nella loro interpretazione. Al contrario, è frequente che la giurisprudenza ribadisca come, a differenza dell'acquisto della cittadinanza alla nascita, la naturalizzazione non costituisca l'oggetto di un diritto.

Appare emblematico, in tal senso, il caso degli Stati Uniti, dove, all'ampio riconoscimento del diritto alla cittadinanza per nascita sul ter-

Nationality. Policies and Trends in 15 European States, vol. 2: *Country Analyses*, Amsterdam, 2006, 477-515, in part. 480-489, e R. RUBIO MARÍN, I. SOBRINO, A. M. PÉREZ, F.J.M. FUENTES, *Country Report on Citizenship Law: Spain*, EUDO Citizenship Observatory, 2015, RSCAS/EUDO-CIT-CR 2015/4, 1-43, in part. 6-19.

⁵⁸ Nonostante la previsione del criterio del doppio *ius soli*, dunque, l'impostazione delle regole sull'acquisto della cittadinanza spagnola, dunque, restano restrittive, come rilevano C. FINOTTELLI, M.C. LA BARBERA, *When the exception becomes the rule: The Spanish Citizenship Regime*, in *Migration Letters*, 2013, 245-253.

⁵⁹ A. FAHRMEIR, *Citizens in limbo. Naturalization concepts between privilege and membership in 19th-century Western Europe and the United States*, in *Citizenship Studies*, 2021, 456-473.

⁶⁰ R. Brubaker, infatti, distingue due modelli di naturalizzazione, la naturalizzazione discrezionale e la naturalizzazione di diritto, a seconda della maggiore o minore ampiezza della discrezionalità degli organi preposti al suo riconoscimento: R. BRUBAKER, *Citizenship and Naturalization: Policies and Politics*, in ID. (ed.), *Immigration and the Politics of Citizenship in Europe and North America*, Washington, 1989, 99-127.

ritorio non corrisponde la previsione di alcun diritto alla cittadinanza per naturalizzazione, ritenuta, al contrario, un privilegio, soggetto alla discrezionalità del Congresso⁶¹, sulla base della *plenary power doctrine*⁶².

Analogamente, in buona parte dei Paesi nei quali le regole di acquisto della cittadinanza alla nascita hanno subito un'evoluzione in senso integrativo, non è in genere riconosciuto alcun diritto alla naturalizzazione, sebbene la discrezionalità dell'amministrazione sia stata limitata dall'introduzione di condizioni di naturalizzazione, di carattere linguistico-culturale, che, sulla base del modello offerto dagli Stati Uniti, hanno trovato ampia diffusione soprattutto a partire dagli anni ottanta dello scorso secolo. Per la medesima finalità, inoltre, è in genere ammesso il diritto di ricorso, nella maggior parte dei casi presso le Corti amministrative, contro le decisioni di diniego della naturalizzazione.

Il rapporto tra condizioni di naturalizzazione, discrezionalità e funzione selettiva o integrativa della cittadinanza, ad ogni modo, è articolato e complesso, in quanto la loro verifica può rispondere all'obiettivo di rendere più restrittive le condizioni di accesso alla cittadinanza, sulla base di una concezione etnoculturale della nazione, ovvero può essere funzionale all'integrazione degli stranieri nella comunità dei cittadini. La funzione integrativa, a sua volta, può essere tesa a verificare, da una parte, l'esistenza della semplice volontà di integrazione del richiedente, o, dall'altra, dell'avvenuta integrazione del richiedente nella società ospitante. Se nel primo caso l'attribuzione della cittadinanza dopo la nascita risponde all'obiettivo di favorire in senso ampio l'integrazione degli stranieri residenti più o meno stabilmente sul territorio, nel secondo, al contrario, la naturalizzazione è considerata in termini di «*premio*» riconosciuto al termine di un processo di integrazione avvenuto con successo⁶³. La limitazione della

⁶¹ Supreme Court of the United States, *Schneiderman v. United States*, 320 U.S. 118, 131 (1943). Sul punto, cfr. P.J. SPIRO, *Questioning Barriers to Naturalization*, in *Georgetown Immigration Law Journal*, 1999, 479-519.

⁶² Sull'evoluzione storica della *plenary power doctrine*, cfr. P.J. CHARLES, *The Plenary Power Doctrine and the Constitutionality of Ideological Exclusions: An Historical Perspective*, in *Texas Review of Law & Politics*, 2010, 61-126.

⁶³ In proposito, si rinvia a G. MILANI, *Cittadini jure linguae. Test linguistici e cittadinanza in Europa*, Milano, 2017. In particolare, l'A. classifica i regimi di naturalizzazione dei Paesi dell'Unione Europea sulla base del rapporto tra test linguistici e naturalizzazione, distinguendo tra il modello selettivo, il modello della lingua come prova della completa assimilazione e il modello della lingua come prova della volontà di integrazione.

discrezionalità dell'amministrazione con riferimento alle regole di acquisto della cittadinanza, d'altra parte, è un fenomeno generalizzato, che si osserva negli ordinamenti nei quali le regole di acquisto della cittadinanza alla nascita sono state riformate non solo in senso integrativo, ma anche in senso selettivo, o non sono state sottoposte ad alcuna riforma.

Non è un caso, in effetti, che, nei Paesi della tradizione liberale, la diffusione delle condizioni di naturalizzazione si sia verificata nel contesto della crisi delle politiche multiculturali e della diffusione delle misure di contrasto al terrorismo in seguito agli attentati del 2001.

Restano residuali, infine, i Paesi nei quali la naturalizzazione resta un atto puramente discrezionale.

4.a. *Il diritto alla naturalizzazione in Germania e Portogallo e la cittadinanza per dichiarazione in Belgio*

Solo in Germania e in Portogallo sono previste, oltre alla naturalizzazione discrezionale, anche specifiche ipotesi nelle quali, integrate le condizioni stabilite dalla legge, lo straniero matura un diritto alla naturalizzazione. L'introduzione di tali modalità di acquisto della cittadinanza si colloca nel contesto dell'evoluzione in senso integrativo delle regole di acquisto della cittadinanza, corrispondendo ad analoghe riforme con riferimento all'acquisto della cittadinanza alla nascita.

In particolare, la legge tedesca sulla cittadinanza, come riformata nel 2000, nell'ottica del rafforzamento della funzione integrativa della cittadinanza in uno Stato concepito come Paese di immigrazione⁶⁴, distingue tra la naturalizzazione discrezionale e il diritto alla naturalizzazione.

Il diritto alla naturalizzazione si matura a fronte del possesso di condizioni oggettive che includono la residenza legale in Germania per almeno 8 anni – a fronte dei 15 previsti prima della riforma – e il possesso di un permesso di residenza permanente, l'adesione ai valori della Costituzione,

⁶⁴ Sul rapporto tra riforma delle regole sulla naturalizzazione e immigrazione, cfr. M. ANIL, *No More Foreigners? The Remaking of German Naturalization and Citizenship Law, 1990-2000*, in *Dialectical Anthropology*, 2005, 453-470, nonché, in senso critico, J. HALFMANN, *Immigration and Citizenship in Germany: Contemporary Dilemmas*, in *Political Studies*, 1997, 260-274. Sulla concreta attuazione della legislazione attualmente in vigore, si veda A. FARAHAT, *Naturalisation Procedures for Immigrants – Germany*, EUDO Citizenship Observatory, RSCAS/EUDO-CIT-NP 2013/6, 2013.

la possibilità di provvedere al proprio sostentamento e la mancanza di condanne penali. Inoltre, come stabilito dalla legge federale, il candidato deve dimostrare di possedere un'adeguata conoscenza della lingua e del sistema giuridico e culturale tedesco. Nel 2019, infine, è stata introdotta l'ulteriore condizione in base alla quale i richiedenti sono tenuti a dimostrare la loro integrazione nello "stile di vita di tedesco"⁶⁵.

Qualora il candidato dimostri di possedere i requisiti richiesti, matura un diritto alla naturalizzazione, che non può essere negato, se non in presenza di motivi concreti e giustificabili per ritenere che lo straniero partecipi o sostenga, ovvero abbia partecipato o sostenuto, ad attività volte a sovvertire il sistema costituzionale libero e democratico della Germania, a mettere a repentaglio l'esistenza o la sicurezza della Federazione o di un Länd, ad impedire illegalmente agli organi costituzionali l'esercizio delle loro funzioni, ovvero a mettere in pericolo gli interessi esteri della Germania attraverso l'uso della violenza, o attività preparatorie alla violenza⁶⁶, come confermato dalla Corte federale amministrativa⁶⁷. In caso di diniego, è consentito il ricorso giurisdizionale presso le Corti amministrative.

In Portogallo, a seguito della riforma del 2006, è possibile distinguere tra ipotesi di naturalizzazione discrezionale e casi di diritto alla naturalizzazione. In presenza di tali presupposti individuati dall'art. 6 della legge sulla cittadinanza, l'individuo matura un diritto alla naturalizzazione, rispetto al

⁶⁵ Il controverso emendamento è stato adottato a seguito di una discussa decisione della Corte federale amministrativa (BVerwG 1 C 15/17, 29.5.2018), che aveva ritenuto che la poligamia non fosse in contrasto con la condizione dell'adesione ai valori della Costituzione

⁶⁶ Sul carattere vincolato della naturalizzazione, in presenza delle condizioni prescritte dalla legge, cfr. S. GREEN, *Beyond ethnoculturalism? German citizenship in the new millennium*, in *German Politics*, 2000, 105-124.

⁶⁷ BVerwG 5 C 20.05, 22.2.2007. Nel caso di specie, la Corte riconosceva il diritto alla cittadinanza ad un richiedente di nazionalità turca che aveva dichiarato di essere iscritto al Partito dei Lavoratori del Kurdistan (PKK). In considerazione del fatto che il richiedente aveva sostenuto solo la fase pacifica delle rivendicazioni del partito, a partire dal 1999, non ricorrevano, a giudizio della Corte, le condizioni per ritenere che il diritto alla cittadinanza dovesse essere negato. Nel caso BVerwG 5 C 22.08, del 19.2.2009, invece, la Corte federale amministrativa confermava il carattere di diritto della naturalizzazione ex art. 10 legge sulla cittadinanza, condizionato alla capacità di sostentamento del richiedente. Nel caso BVerwG 5 C 33.05, del 29.3.2007, si specificava come la condizione della mancanza di condanne penali ai fini del diritto alla naturalizzazione non abbia intento punitivo ma miri a negare un diritto.

quale l'amministrazione non può esercitare alcun margine di discrezionalità⁶⁸, né in negativo, non potendo negare la cittadinanza in presenza di tali requisiti, né in positivo, non essendo legittima la naturalizzazione concessa in loro assenza⁶⁹. Uno specifico diritto alla naturalizzazione è riconosciuto inoltre ai minori nati in Portogallo, qualora siano integrate le condizioni di cui all'art. 6 c. 2 della legge sulla cittadinanza, nonché ai minori che siano nati sul territorio portoghese da genitori stranieri ma residenti in Portogallo, indipendentemente dalla regolarità del titolo, al momento della nascita, e siano residenti sul territorio da almeno cinque anni, indipendentemente dalla legalità del titolo di soggiorno⁷⁰. Hanno diritto alla naturalizzazione, infine, i minori e i giovani accolti in strutture protette.

È riconosciuta in termini analoghi la cittadinanza belga per dichiarazione, ex art. 12 *bis* del Codice della cittadinanza che, a differenza della naturalizzazione, non ha carattere discrezionale, pur non essendo formalmente definita in termini di diritto. Tuttavia, mentre la norma, così come formulata nel 1984 e riformata nel 2000, si fondava sulla base del principio per cui la cittadinanza è il presupposto dell'integrazione dello straniero nella società, la riforma del 2012 ne ha modificato in senso restrittivo il contenuto e, subordinando il riconoscimento del diritto alla verifica del possesso di specifiche condizioni di naturalizzazione, inverte il rapporto tra cittadinanza e integrazione⁷¹.

Infatti, nel Codice del 1984 la cittadinanza per dichiarazione era riservata a tutti gli stranieri, sulla base di una generica *volonté d'integration*, presupposto peraltro eliminato nella riforma del Codice del 2000⁷². La

⁶⁸ Sulla discrezionalità nelle procedure di naturalizzazione, cfr. C. HEALY, *Naturalisation Procedures for Immigrants. Portugal*, EUDO Citizenship Observatory, 2013, RSCAS/EUDO-CIT-NP 2013/27.

⁶⁹ Cfr. Tribunal central administrativo sul, sentenza del 27 maggio 2010.

⁷⁰ Lei da nacionalidade n. 37/1981, art. 6 c. 5.

⁷¹ Sull'evoluzione delle regole di acquisto della cittadinanza nell'ambito delle politiche dell'integrazione in Belgio, cfr. V. FEDERICO, "Come" integrare "chi" in uno Stato federale complesso. *L'esperienza del Belgio*, in G. CERRINA FERONI, V. FEDERICO (a cura di), *Strumenti, percorsi e strategie dell'integrazione nelle società multiculturali*, cit., 485-511.

⁷² La legge del 2000, sulla base di un approccio opposto a quello seguito da buona parte dei legislatori europei, rendeva ancora più liberale l'acquisto della cittadinanza belga e le regole di acquisto della cittadinanza dopo la nascita in Belgio, coerentemente con le regole di acquisto della cittadinanza alla nascita, si collocavano tra le più integrative in Europa, come rilevato da M.-C. FOBLETS, S. LOONES, *BELGIUM*, in R. BAUBÖCK, E. ERSBÖLL, K. GROENENDIJK, H. WALDRAUCH (eds.), *Acquisition and Loss of Nationality. Poli-*

legge di riforma del 2012⁷³, invece, sostituendo la manifestazione della *volonté d'intégration* da parte dell'interessato con la verifica di specifiche condizioni di integrazione⁷⁴, ha segnato un'inversione di tendenza rispetto a tale processo evolutivo⁷⁵.

Sulla base dell'art. 12 *bis* del *Code de la nationalité* attualmente in vigore, dunque, possono ottenere la cittadinanza per dichiarazione gli stranieri maggiorenni, nati e soggiornanti in Belgio, ovvero ivi residenti da almeno 5 anni, che dimostrino di conoscere una delle tre lingue nazionali, o che abbiano compiuto un ciclo di studi o di formazione professionale, o infine che abbiano seguito uno degli appositi corsi di integrazione. Anche l'acquisto della cittadinanza per matrimonio, che per effetto della stessa riforma è confluito in quest'ultimo meccanismo, è subordinata al rispetto delle medesime condizioni.

In tutti i casi considerati, dunque, il diritto alla naturalizzazione – in termini espliciti o impliciti – non è concepito in termini assoluti, ma è condizionato dal rispetto dei presupposti stabiliti dalla legge. La naturalizzazione di diritto, pertanto, non costituisce il presupposto per l'integrazione dell'individuo, quanto il risultato dell'avvenuta integrazione. Inoltre, la necessità della verifica del rispetto delle condizioni stabilite dalla legge induce a preservare un certo margine di discrezionalità dell'amministrazione nella decisione di concessione della cittadinanza, sia pure sottoposto a rigide limitazioni. In tutti i Paesi considerati, dunque, pare potersi individuare un'ipotesi di forte limitazione della discrezionalità dell'amministrazione nell'attribuzione della cittadinanza dopo la nascita, piuttosto che di diritto alla naturalizzazione. Tale tendenza è ancora più evidente in gran parte dei Paesi della tradizione liberale, che non definiscono in alcun modo la naturalizzazione in termini di diritto, pur prevedendo, in varia misura, limiti della discrezionalità dell'amministrazione nell'attribuzione della cittadinanza dopo la nascita.

cies and Trends in 15 European States. Volume 2: Country Analyses, Amsterdam, 2006, 63-104.

⁷³ *Loi du 4 décembre 2012 modifiant le Code de la nationalité belge afin de rendre l'acquisition de la nationalité belge neutre du point de vue de l'immigration*.

⁷⁴ Tra le quali, in modo particolare, la verifica di competenze linguistiche. Cfr. in tal senso G. MILANI, *Test linguistici e cittadinanza. Tendenze e controtenenze in Belgio*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2014, 76-91.

⁷⁵ Sul complesso rapporto tra volontà di integrazione e cittadinanza in Belgio, cfr. D. DE JONGHE, M. DOUTREPONT, *Obtention de la nationalité et volonté d'intégration*, in *Courrier hebdomadaire du CRISP*, 2012, 1-76.

4.b. I limiti alla discrezionalità della naturalizzazione

Come anticipato, sulla base del modello degli Stati Uniti, in buona parte dei Paesi della tradizione liberale la naturalizzazione è concessa sul presupposto del possesso di condizioni di integrazione, in genere oggetto di verifica in un test di cittadinanza, sulla base dell'idea secondo la quale la cittadinanza costituisca il "premio" per un compiuto processo di naturalizzazione.

Negli Stati Uniti, la naturalizzazione, che non è coperta da disciplina costituzionale, è attribuita, dopo cinque anni di residenza regolare sul territorio, agli stranieri che dimostrino di possedere *good moral character* e di aderire ai valori della Costituzione⁷⁶. Il richiedente è inoltre tenuto a dimostrare un'adequata conoscenza della lingua inglese, nonché degli elementi essenziali della storia e della forma di governo degli Stati Uniti⁷⁷.

La verifica della sussistenza di tali condizioni, effettuata nell'ambito di un test – introdotto per la prima volta con la legge sulla cittadinanza del 1906⁷⁸ – costituisce ad ogni modo il presupposto di una decisione che resta discrezionale e configura la naturalizzazione in termini di privilegio. È sulla base del *plenary power doctrine*, dunque, che estremamente limitate sono anche le possibilità di successo in caso di ricorso giurisdizionale contro il diniego della naturalizzazione fondato su condizioni considerate in contrasto con la Costituzione. Infatti, nonostante alcune limitate aperture nella giurisprudenza della Corte suprema più recente⁷⁹, è consolidato il principio per cui le Corti, chiamate esclusivamente a dare attuazione alla legge in tema di immigrazione e naturalizzazione, non possono interferire con la volontà del legislatore in materia di naturalizzazione⁸⁰.

In Francia, Lussemburgo e nei Paesi Bassi, il processo di evoluzione

⁷⁶ U.S. Code, art. 1427.

⁷⁷ U.S. Code, art. 1423.

⁷⁸ P.J. SPIRO, *Questioning Barriers to Naturalization*, in *Georgetown Immigration Law Journal*, 1998-1999, 479-519.

⁷⁹ D. LUDWIN, *Can Courts Confer Citizenship? Plenary Power and Equal Protection*, in *Immigration and Nationality Law Review*, 1999, pp. 521-551; P.J. SPIRO, *Explaining the End of Plenary Power*, in *Georgetown Immigration Law Journal*, 2002, 339-363.

⁸⁰ Supreme Court of the United States, *United States v. Ginsberg*, 243 U.S. 472 (1917); *Schneiderman v. United States*, 320 U.S. 118, 131 (1943). Come affermato in *Galvan v. Press*, 347 U.S. 522 (1954), la *plenary power doctrine* si fonda su precedenti talmente consolidati da non poter essere oggetto di *overruling*.

delle regole di acquisto della cittadinanza alla nascita in considerazione delle trasformazioni demografiche è stato completato, parallelamente, dalla riduzione della discrezionalità dell'amministrazione nella decisione relativa all'attribuzione della cittadinanza per naturalizzazione.

In particolare, in Francia, già la legge del 1927, infatti, prevedeva che la naturalizzazione fosse subordinata all'assimilazione dell'aspirante cittadino. Tale condizione è stata ulteriormente rafforzata con le riforme del 2003⁸¹ e del 2011⁸², adottate nell'intento di restringere le vie d'accesso alla cittadinanza francese a causa di preoccupazioni legate, come nel caso della riforma del 1993, alle difficoltà di integrazione delle comunità di stranieri. In sintesi, sulla base della legislazione attualmente in vigore⁸³, gli aspiranti cittadini – che devono aver compiuto almeno 18 anni, devono aver stabilito la propria residenza permanente in Francia per almeno 5 anni, non devono aver subito condanne penali e devono essere in buona salute – devono dimostrare un sufficiente grado di assimilazione nella comunità francese, che si dimostra attraverso la conoscenza della lingua francese⁸⁴ e la condivisione dei valori repubblicani, tra i quali il principio di laicità occupa un ruolo di primo piano.

Analogamente, in Lussemburgo, la discrezionalità della concessione è limitata dalla verifica delle condizioni stabilite dalla legge, introdotte con la riforma del 2008, e dal diritto di ricorso contro l'eventuale provvedimento di diniego. Può infatti richiedere la cittadinanza per naturalizzazione lo straniero maggiorenne residente in Lussemburgo da almeno cinque anni, che abbia superato un esame di lingua lussemburghese e che abbia frequentato con successo il corso *Vivre ensemble au Grand-Duché de Luxembourg*, volto all'integrazione dei futuri cittadi-

⁸¹ Loi n. 2003-1119, 26 novembre 2003, *relative à la maîtrise de l'immigration, au séjour des étrangers en France et à la nationalité*.

⁸² Décret n. 2011-1265, 11 ottobre 2011, *relatif au niveau de connaissance de la langue française requis des postulants à la nationalité française au titre des articles 21-2 et 21-24 du code civil et à ses modalités d'évaluation*; Loi n. 2011-672, 16 giugno 2011, *relative à l'immigration, à l'intégration et à la nationalité*.

⁸³ Codice civile, art. 21.

⁸⁴ Con particolare riferimento alla lingua quale condizione di assimilazione, A. FORNEROD, *La langue française en droit de la nationalité et en droit des étrangers*, in *Revue française de droit administratif*, 2008, 1097-1109.

ni⁸⁵. Sebbene la naturalizzazione non costituisca un diritto, è ammesso ricorso innanzi alla giurisdizione amministrativa contro l'eventuale atto di diniego⁸⁶.

Con riferimento ai Paesi Bassi, la legge sulla cittadinanza del 1984, nell'introdurre per la prima volta l'acquisto della cittadinanza per naturalizzazione, richiedeva agli aspiranti cittadini di dimostrare la loro integrazione nella società olandese e un adeguato livello di conoscenza della lingua. A tal fine, gli aspiranti cittadini erano tenuti a sostenere un colloquio con un funzionario comunale, il cui livello di difficoltà ad ogni modo non costituiva in genere un ostacolo per l'acquisto della cittadinanza. Il margine di discrezionalità dell'amministrazione nell'attribuzione della cittadinanza per naturalizzazione restava molto limitato e veniva concesso il diritto di ricorso contro decisioni di diniego. L'espansione del diritto alla cittadinanza – collocato nell'ambito delle politiche del multiculturalismo, era dunque evidente.

Tuttavia, il cambiamento di prospettiva in merito alle politiche di integrazione della popolazione straniera nei Paesi Bassi, alla luce del fallimento delle politiche del multiculturalismo denunciate, sul piano politico, nel rapporto del Consiglio scientifico per le politiche governative del 1989, e, sul piano dottrinale, nel celebre articolo dello storico Paul Scheffer, dal titolo *La tragedia multiculturale*⁸⁷, ha interessato, nei primi anni duemila, anche le regole sulla naturalizzazione. Si colloca infatti in tale contesto la legge di riforma della cittadinanza del 2003, attualmente in vigore, secondo la quale la naturalizzazione è riservata agli stranieri maggiorenni che possiedano un permesso di residenza a tempo indeterminato e siano residenti da almeno cinque anni. Per ottenere la cittadinanza, il richiedente non deve costituire un pericolo per l'ordine pubblico, la morale pubblica, la salute o la sicurezza del Regno e deve essersi adoperato per rinunciare alla precedente cittadinanza⁸⁸. Secondo la disposizione, per la concessione della cittadinanza per naturalizzazione, i richiedenti devono essere considerati assimilati nella società olandese⁸⁹: il grado di assimilazione si deduce in primo luogo dalla conoscenza sufficiente della lingua olandese,

⁸⁵ Loi du 8 mars 2017 sur la nationalité luxembourgeoise, art. 14.

⁸⁶ Loi du 8 mars 2017 sur la nationalité luxembourgeoise, art. 74-75.

⁸⁷ P. SCHEFFER, *Het multiculturele drama*, in *NRC Handelsblad*, 29.1.2000, disponibile sul sito internet: <https://retro.nrc.nl/W2/Lab/Multicultureel/scheffer.html>.

⁸⁸ Rijkswet op het Nederlanderschap, art. 7-13.

⁸⁹ Rijkswet op het Nederlanderschap, art. 8 lett. d).

ovvero della diversa lingua in uso in una delle isole che rientrano nel territorio olandese e sulla quale il richiedente abbia posto la sua residenza, oltre che di ulteriori elementi, di carattere più ampiamente culturale, il cui possesso, a partire dal 2002, è attestato dal superamento di un esame, volto alla verifica di una conoscenza sufficiente dei valori fondanti della società olandese, nonché della capacità di parlare, comprendere e scrivere correttamente l'olandese⁹⁰.

Nel Regno Unito, l'evoluzione in senso selettivo delle regole di acquisto della cittadinanza è compensata dai limiti alla discrezionalità dell'amministrazione nella concessione della naturalizzazione. Ad ogni modo, nella prassi amministrativa, l'interpretazione dei presupposti stabiliti dalla legge è soggetta a criteri restrittivi, che non invertono dunque la tendenza alla progressiva restrizione del diritto all'acquisto della cittadinanza. Secondo il *British Nationality Act*, in particolare, l'acquisto della cittadinanza per naturalizzazione non costituisce oggetto di un diritto ma è affidato ad una decisione discrezionale del Segretario di Stato⁹¹, sulla base delle condizioni stabilite dalla legge, che, a partire dal 1981, sono state progressivamente inasprite.

Possono infatti richiedere la cittadinanza per naturalizzazione gli stranieri residenti da almeno cinque anni sul territorio che abbiano superato il *Life in the UK citizenship test*, introdotto dal *Nationality, Immigration and Asylum Act* del 2002. Il progressivo rafforzamento delle condizioni per ottenere la naturalizzazione, se, da una parte, ha modificato in senso restrittivo le politiche di integrazione attraverso la cittadinanza⁹², dall'altra ha consentito di razionalizzare tale procedura. Infatti, sebbene l'eventuale decisione di diniego della cittadinanza per naturalizzazione – in quanto atto discrezionale – resti sottratta all'obbligo di motivazione, può essere tuttavia oggetto di ricorso per *judicial review*⁹³.

⁹⁰ Si tratta di un obbligo imposto dal decreto reale sul test di naturalizzazione, *Staatsblad*, 2002.

⁹¹ Cfr. in tal senso H. WRAY, cit., in part. 6-8.

⁹² Cfr. in tal senso D. KOSTAKOPOULOU, *Matters of Control: Integration Tests, Naturalisation Reform and Probationary Citizenship in the United Kingdom*, in *Journal of Ethnic and Migration Studies*, 2010, 829-847.

⁹³ Come stabilito nel caso Court of Appeal (Civil Division), *R. v. The Secretary of State for the Home Department ex parte Ali Fayed*, 13 novembre 1996, [1996] EWCA Civ 946. Come noto, nel Regno Unito, in ossequio al principio di sovranità parlamentare, non è previsto alcun sistema di giustizia costituzionale assimilabile né al *judicial review* sul model-

In Spagna, sebbene le regole di acquisto della cittadinanza non abbiano subito alcuna evoluzione in ragione dei fenomeni migratori, sono previsti limiti alla discrezionalità della naturalizzazione. In particolare, la naturalizzazione per residenza⁹⁴ può essere richiesta dagli stranieri residenti in via continuativa, ininterrotta e regolare da almeno dieci anni sul territorio. Il richiedente deve inoltre dimostrare buona condotta, un sufficiente grado di integrazione nella società spagnola⁹⁵ e superare un esame di lingua castigliana⁹⁶. Tutti questi presupposti costituiscono ad ogni modo l'oggetto di una valutazione discrezionale delle autorità del Registro di stato civile, che deve tuttavia essere motivata⁹⁷ e può essere oggetto di ricorso in sede giurisdizionale⁹⁸.

4.c. *La naturalizzazione discrezionale*

In alcuni Paesi, la naturalizzazione è tuttora concepita come atto pienamente discrezionale dell'amministrazione. In particolare, la discrezionalità non è soggetta a limitazioni nei casi, rari, nei quali la legge sulla cittadinanza non preveda presupposti per la naturalizzazione, come in Italia, ovvero i criteri di naturalizzazione previsti dalla legge siano soggetti ad un'interpretazione ampia da parte delle autorità preposte alla naturalizzazione, come è possibile osservare in Austria. In entrambi i casi – che si distinguono anche per il termine particolarmente lungo di residenza sul territorio per la richiesta di naturalizzazione – all'esclusione del diritto alla naturalizzazione, concepita in termini assolutamente discrezionali, corrisponde la mancata espansione delle regole di acquisto della cittadinanza alla nascita in considerazione dei fenomeni migratori.

lo statunitense né ai modelli misti previsti in Europa continentale. Si è tuttavia affermato il potere delle Corti di annullare atti amministrativi adottati in violazione dei principi di giustizia naturale. Per un inquadramento del tema, si rinvia a N. PARPWRTH, *Constitutional & Administrative Law*, 10^a ed., Oxford, 2018, 261-346, nonché I. LOVELAND, *Constitutional Law, Administrative Law, and Human Rights. A Critical Introduction*, 8^a ed., Oxford, 353-434.

⁹⁴ Código Civil, art. 22.

⁹⁵ Art. 22 c. 4 Cod. civ.

⁹⁶ Introdotta con il Real Decreto 1004/2015.

⁹⁷ Come stabilito dalla stessa Corte Suprema: Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso), sent. n. 2105/2014, 26.5.2014.

⁹⁸ Sulla discrezionalità della naturalizzazione per residenza, si veda F.J.M. FUENTES, A.M. PÉREZ, *Naturalisation Procedures for Immigrants. Spain*, EUDO Citizenship Observatory, 2013, RSCAS/EUDO-CIT-NP 2013/19, 1-8, in part. 4-6.

In Italia, la legge n. 91/1992 conferma l'impostazione familistica della legge del 1912, anche con riferimento alla cittadinanza dopo la nascita, in quanto all'ampia discrezionalità della concessione della naturalizzazione corrispondono margini di discrezionalità molto più ridotti in relazione all'acquisto della cittadinanza per matrimonio, che, fino alla riforma del 2018⁹⁹, si configurava formalmente in termini di diritto, esigibile una volta decorsi i termini stabiliti dalla legge.

L'art. 9 della legge sulla cittadinanza del 1992 infatti definisce la naturalizzazione in termini di atto concessorio e la subordina al solo presupposto della residenza legale sul territorio da almeno dieci anni¹⁰⁰, in luogo dei cinque previsti dalla legislazione previgente¹⁰¹. Il termine è ridotto a cinque anni per gli apolidi¹⁰² e i rifugiati¹⁰³ e a quattro per i cittadini dell'Unione Europea¹⁰⁴. Emerge dunque un intento protettivo nei confronti della comunità nazionale e il disinteresse per l'uso della cittadinanza quale strumento per l'integrazione degli stranieri¹⁰⁵.

È stato necessario attendere il 2018 perché fosse introdotto come presupposto per la naturalizzazione, oltre alla durata minima della residenza, l'accertamento di un'adeguata conoscenza della lingua italiana¹⁰⁶. Tale presupposto, tuttavia, nel formalizzare un orientamento già emerso nella giurisprudenza amministrativa¹⁰⁷, come emerge dagli obiettivi generali del

⁹⁹ Decreto legge 4 ottobre 2018, convertito in legge 1 dicembre 2018, n. 132.

¹⁰⁰ Il termine è stato oggetto del recente referendum dell'8-9 giugno 2025, volto alla sua abrogazione e sostituzione con un termine di cinque anni, tuttavia non valido per il mancato raggiungimento del quorum di partecipazione.

¹⁰¹ Legge n. 91/1992, art. 9 f).

¹⁰² Legge n. 91/1992, art. 9 e).

¹⁰³ Legge n. 91/1992, art. 16 c. 2.

¹⁰⁴ Legge n. 91/1992, art. 9 d).

¹⁰⁵ Sebbene tale intento non sia stato dichiarato esplicitamente nei lavori preparatori della riforma e da parte dei rappresentanti dell'Esecutivo al momento dell'adozione, come rilevato da R. CLERICI, *Art. 9*, in T. BALLARINO e B. NASCIMBENE (a cura di), *Legge 5 febbraio 1992, n. 91. Nuove norme sulla cittadinanza*, commentario, cit., 49-54.

¹⁰⁶ Che, come stabilisce l'art. 9.1 legge n. 91/1992, introdotto dall'art. 14 c. 1 lett. a) *bis* del d.l. 4 ottobre 2018, n. 113, c.d. "decreto sicurezza", non può essere inferiore al livello B1 del quadro comune europeo di riferimento per la conoscenza delle lingue.

¹⁰⁷ Secondo il quale la mancanza di padronanza della lingua italiana poteva costituire un motivo di diniego della naturalizzazione ed era ragionevole richiedere un livello superiore all'A2 del quadro di riferimento europeo richiesto per il permesso di soggiorno permanente: Tar Lazio-Roma, sez. II *quater*, 20 marzo 2015, n. 4384; Cons. Stato, sez. III, 15 giugno 2015, n. 2961. Su quest'ultima pronuncia, si veda il commento, in senso

decreto legge, c.d. “decreto sicurezza”, nel quale la norma era inserita, veniva introdotto non con la finalità di ridurre la discrezionalità dell’amministrazione in senso integrativo, ma allo scopo di rendere più selettivo l’acquisto della cittadinanza per naturalizzazione.

Sebbene la carenza di condizioni legislative di naturalizzazione sia stata progressivamente integrata dalle Corti amministrative, queste ultime non hanno mai ritenuto configurabile un diritto alla cittadinanza nell’ordinamento italiano¹⁰⁸. Al contrario, la valutazione dei presupposti per la naturalizzazione è considerato un atto altamente discrezionale¹⁰⁹. Secondo le Corti, infatti, è possibile ritenere che si configuri un’aspettativa giuridicamente tutelata ma non un diritto soggettivo alla naturalizzazione¹¹⁰, che l’amministrazione può concedere qualora ne ravvisi l’opportunità¹¹¹. Si tratta in effetti di un atto che risponde all’interesse pubblico dello Stato ad accogliere stabilmente un nuovo cittadino¹¹² e presuppone la capacità di quest’ultimo di assumersi tutti i doveri e gli oneri derivanti dallo *status* di cittadino¹¹³.

L’inserimento dello straniero nella comunità nazionale è considerato dunque un atto di alta amministrazione, ampiamente discrezionale, da considerarsi legittimo quando lo straniero possieda ogni requisito ritenuto idoneo a valutare il suo inserimento nella comunità nazionale¹¹⁴. In particolare, nell’ambito di tale valutazione discrezionale, riveste un ruolo particolarmente significativo la verifica dell’effettiva integrazione del richiedente nella comunità nazionale¹¹⁵, non solo a livello sociale, ma

critico, di M. PIAZZA, *Cittadinanza con conoscenza dell’italiano e perfetta integrazione nella comunità nazionale: diventare italiani per esserlo o esserlo per diventare italiani?*, in *Giur. Cost.*, 2015, 1707 ss.

¹⁰⁸ Tar Lazio, sez. II *quater*, n. 04384/2015; Id., n. 10983/2015; Id., n. 02915/2016.

¹⁰⁹ Si veda ad es. Cons. Stato, sentt. n. 258/1993, 798/1999 e 2494/2009, nonché, più di recente, sez. VI, 10 gennaio 2011, n. 52, e Cons. Stato, sez. III, 11 maggio 2016, n. 1874.

¹¹⁰ Cons. Stato, sez. IV, n. 798/1999.

¹¹¹ Cons. Stato, I sez., parere n. 914/66; Tar Lazio, sez. II *quater*, n. 8040/2015.

¹¹² Cfr. Cons. Stato, sez. VI, n. 196/2005, in cui si afferma, in particolare, che la concessione della cittadinanza «*implica l’accertamento di un interesse pubblico da valutarsi in relazione ai fini della società nazionale e non già il semplice riconoscimento dell’interesse privato di chi si risolve a chiedere la cittadinanza per comodità di carriera, di professione o di vita*». Analogamente, Cons. Stato, sez. VI, n. 1788/09; Tar Piemonte, sez. II, n. 1336/2012.

¹¹³ Tar Lazio, sez. II *quater*, n. 02915/2016.

¹¹⁴ Cons. Stato, sez. VI, n. 4748/2008.

¹¹⁵ Cons. Stato, sez. VI, n. 282/2010.

anche sul piano economico. Con riguardo all'integrazione sociale, è oggetto di verifica la condotta complessiva del richiedente¹¹⁶ e particolare attenzione è riservata all'assenza non solo di precedenti penali¹¹⁷, ma anche, più in generale, di potenziali rischi per la sicurezza dello Stato¹¹⁸. Sul piano dell'integrazione economica, la richiesta di naturalizzazione è subordinata alla verifica dell'effettiva capacità del richiedente di provvedere al proprio sostentamento, affinché quest'ultimo possa assolvere ai doveri di solidarietà sociale che dallo *status* di cittadino derivano¹¹⁹.

Il controllo giudiziario dell'atto di diniego della cittadinanza, pertanto, sebbene ammesso, può essere tuttavia solo di natura estrinseca e formale, potendo avere ad oggetto l'esistenza di un adeguato supporto istruttorio, la veridicità dei fatti e la logicità, coerenza e ragionevolezza della motivazione¹²⁰. Non vi è invece alcuno spazio per ricorsi relativi al merito della decisione¹²¹, che resta ampiamente discrezionale¹²².

D'altra parte, il carattere fortemente discrezionale dell'attribuzione della cittadinanza per naturalizzazione¹²³, oltre ad essere stato confermato anche dal Ministero dell'interno nella circolare K 60.1 del 5 gennaio 2007, emerge chiaramente dallo stesso tenore letterale dell'art. 9 della legge n. 91/1992, secondo il quale «*La cittadinanza italiana può essere concessa (...) allo straniero che risiede legalmente da almeno dieci anni nel territorio della Repubblica*».

Sebbene, come chiarito dalla stessa giurisprudenza, la discrezionalità

¹¹⁶ Cons. Stato, sez. III, 5544/2014; Id., n. 1718/2015.

¹¹⁷ Cons. Stato, n. 1736/2018; Tar Lazio, sez. I *ter*, n. 6824/2018.

¹¹⁸ I ricorsi contro il diniego della naturalizzazione per motivi di sicurezza pubblica sono frequentemente oggetto di rigetto: si veda Tar Lazio, sez. II *quater*, n. 10983/2015; Id. n. 02915/2016; Id., sez. I *ter*, 5775/2018.

¹¹⁹ Cons. Stato, sez. IV, n. 14747199; Id., sez. VI, n. 4862/2010; Id., sez. VI, 766/2011; Id., sez. VI, n. 974/2011; Id., sez. III, n. 00060/2015; Tar Lazio, sez. I *ter*, n. 6993/2018.

¹²⁰ Cons. Stato, n. 3006/2011; Id., sez. VI, n. 4862/2010; Tar Lazio, sez. I *ter*, n. 7212/2018; Id., n. 7213/2018; Id., sez. II *quater*, n. 01354/2014; Tar Lombardia, sez. IV, n. 111/2015; Tar Lazio, sez. I *ter*, n. 5469/2018.

¹²¹ Cons. Stato, sez. III, n. 657/2017.

¹²² Tali problematiche sono evidenziate da P. LOMBARDI, *Giudice amministrativo e cittadinanza: quale contributo per un concetto giuridicamente sostenibile?*, in *Federalismi.it*, 2018, 1-21.

¹²³ Sulle problematiche dell'alta discrezionalità della concessione della naturalizzazione, incompatibili con il riconoscimento di un diritto alla cittadinanza dopo la nascita, alla luce della giurisprudenza citata, cfr. le riflessioni di E. CODINI, *La cittadinanza*, cit., 96-110. Si veda anche, nello stesso senso, D. PORENA, *Il problema della cittadinanza. Diritti, sovranità e democrazia*, Torino, 2011, 225-228.

dell'amministrazione non sia assolutamente priva di limiti, dovendo essere esercitata sulla base di elementi oggettivi e verificabili¹²⁴, nel rispetto dei principi di ragionevolezza e proporzionalità¹²⁵, la mancanza di condizioni predeterminate per l'acquisto della cittadinanza per naturalizzazione, con l'eccezione della verifica delle conoscenze linguistiche, resta uno dei principali limiti della legislazione italiana sulla cittadinanza¹²⁶. In effetti, la mancata approvazione dei numerosi progetti di riforma, che traevano spunto dai modelli offerti dal diritto comparato¹²⁷, ha impedito di ridurre il margine di discrezionalità dell'amministrazione nella concessione della naturalizzazione e di rafforzarne il carattere di diritto in presenza delle condizioni stabilite dalla legge.

In Austria, la legge prevede alcuni presupposti per il riconoscimento della naturalizzazione, sia discrezionale¹²⁸ che di diritto¹²⁹. Ad ogni modo, la decisione finale sulla eventuale concessione della cittadinanza è, in entrambe le ipotesi, fortemente discrezionale¹³⁰. Come nel caso della cit-

¹²⁴ Cons. Stato, sez. VI, n. 4035/2011; Id., 01037/2011.

¹²⁵ Cons. Stato, sez. VI, n. 3456/2006; Id., n. 52/2011; Id., sez. III, n. 2920/2013; Id., sez. VI, n. 1788/09.

¹²⁶ Come rilevato da T. BALLARINO, *Note introduttive*, in T. BALLARINO e B. NASCIMBENE (a cura di), *Legge 5 febbraio 1992, n. 91. Nuove norme sulla cittadinanza*, cit., 5, il quale, in un primo commento della legge appena adottata, già si domandava se non «sarebbe stato meglio configurarla [la naturalizzazione] come un vero e proprio “diritto” della persona affidandone la gestione ad organi come i Tribunali amministrativi regionali (eventualmente integrati in qualche modo opportuno)».

¹²⁷ Sul punto, cfr. G. MILANI, *Cittadinanza e integrazione. La disciplina italiana in prospettiva comparata*, in E. Ceccherini (a cura di), *I diritti ai tempi delle crisi. Nuove esigenze di ponderazione*, Napoli, 2018, 131-155. Con riferimento alle problematicità del test di naturalizzazione proposto nel disegno di legge Amato, cfr. V. ZAMBRANO, M. CAVALLO, *Test di naturalizzazione e giuramento di fedeltà alla repubblica dei “nuovi cittadini”: un binomio pericoloso in calce al d.d.l. “Amato” recante nuove norme sulla cittadinanza*, in *Rivista della cooperazione giuridica internazionale*, 2007, 73-89. In relazione alla mancata inclusione della disciplina della naturalizzazione nel d.d.l. A.S. 2092, si veda, in senso critico, C. VAGGINELLI, *Cittadinanza: una riforma a lungo attesa*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 20 luglio 2016, 1-14, in part. 10-12.

¹²⁸ Legge n. 311/1985, artt. 10 ss.

¹²⁹ Legge n. 311/1985, art. 1 a).

¹³⁰ Sull'evoluzione della legislazione sulla naturalizzazione e sugli aspetti procedurali, si veda J. STERN, G. VALCHARS, *Naturalisation Procedures for Immigrants. Austria*, EUDO Citizenship Observatory, RSCAS/EUDO-CIT-NP 2013/4, 2013, nonché M. STILLER, *Pathways to Citizenship for Foreigners in Austria*, International Organization for Migration, 2019.

tadinanza alla nascita, dunque, la trasformazione dell'Austria da Paese di emigrazione in Paese di immigrazione non si è tradotta nell'espansione delle politiche di acquisto della cittadinanza dopo la nascita, non solo attraverso la riduzione dei margini di automaticità della naturalizzazione di diritto, ma anche attraverso il progressivo rafforzamento delle condizioni per l'accesso alla naturalizzazione.

In particolare, la naturalizzazione discrezionale può essere concessa a seguito di dieci anni di residenza legale ed ininterrotta nel territorio, qualora il richiedente non abbia subito condanne penali, anche per reati di natura finanziaria, e non sia imputato in alcun procedimento penale. Inoltre, la cittadinanza può essere concessa sempre che tale atto non danneggi le relazioni internazionali dell'Austria e verificato che, sulla base della condotta del richiedente, quest'ultimo manifesti un atteggiamento positivo nei confronti dell'Austria e non rappresenti un pericolo per l'ordine pubblico o la sicurezza. È inoltre necessario dimostrare un'adeguata conoscenza della lingua tedesca e, a partire dalla riforma del 2005, è necessario superare un test concernente gli elementi essenziali del sistema democratico e della storia austriaca e della provincia di residenza. Ad ogni modo, tali condizioni costituiscono esclusivamente i presupposti di una decisione che resta discrezionale. Come specificato dalla Corte costituzionale, infatti, nell'ordinamento austriaco non si configura alcun diritto alla naturalizzazione, che resta il risultato di un atto discrezionale, adottato sulla base del bilanciamento tra gli interessi del richiedente all'acquisto e gli interessi pubblici che potrebbero condurre al diniego della cittadinanza¹³¹.

La distinzione tra la naturalizzazione discrezionale e quella di diritto – di cui sono destinatari il coniuge o i figli minori di un cittadino austriaco, coloro ai quali sia stato riconosciuto il diritto di asilo, i cittadini europei, gli apolidi nati in Austria e coloro che siano residenti sul territorio austriaco da almeno trent'anni – è andata via via riducendosi. Con riferimento ad entrambe le tipologie, infatti, le condizioni di naturalizzazione sono soggette ad un'interpretazione ampia e discrezionale, sulla base della norma secondo la quale qualsiasi decisione di naturalizzazione è adottata in considerazione della condotta generale del richiedente, avuto riguardo all'interesse pubblico alla naturalizzazione e al grado di integrazione di quest'ultimo, tenuto conto in particolare del

¹³¹ VfGH, B3047/95, 14516, 19.6.1996.

suo adattamento alla vita sociale, economica e culturale in Austria e ai valori fondamentali dei Paesi europei¹³².

5. Osservazioni conclusive

Nell'ambito delle trasformazioni sociali e demografiche determinate dai fenomeni migratori negli ordinamenti analizzati in questo studio, le regole sulla cittadinanza giocano un ruolo decisivo. In molti casi, queste ultime sono state oggetto di frequenti – e talvolta contraddittorie – riforme, in considerazione delle funzioni che alla cittadinanza si intendono attribuire. Ad approcci espansivi, volti a favorire l'integrazione degli immigrati nella comunità statale, sul modello della *birthright citizenship* statunitense, si contrappongono così approcci restrittivi, fondati sull'idea che la cittadinanza rappresenti uno strumento di selezione della comunità statale. Fanno eccezione i casi dell'Italia e dell'Austria, le cui regole sulla cittadinanza restano indifferenti al fenomeno migratorio, conservando un approccio fortemente selettivo.

Resta generalmente escluso il riconoscimento di uno specifico diritto alla naturalizzazione, anche nei contesti nei quali invece ampio è il riconoscimento del diritto alla cittadinanza alla nascita, come nel caso degli Stati Uniti, nonostante la tendenza alla limitazione della discrezionalità dell'amministrazione attraverso la standardizzazione delle procedure attraverso l'introduzione di criteri oggettivi di naturalizzazione. D'altra parte, non mancano casi, come quello italiano, nei quali è posta una particolare enfasi, nella giurisprudenza, sul carattere altamente discrezionale della concessione della naturalizzazione.

Si tratta di un'impostazione coerente con l'idea secondo cui la determinazione delle condizioni per il riconoscimento del diritto alla cittadinanza debba essere riservata al legislatore, poiché, come è stato autorevolmente affermato, nello Stato contemporaneo, «*sono le ideologie (o, più semplicemente, le politiche) che condizionano l'elaborazione delle norme giuridiche*»¹³³ in materia di cittadinanza. In effetti, ammessa la coincidenza tra sovranità nazionale e popolare, «*la comunità dei cittadini "costituente" [...] può condizionare la volontà*

¹³² Legge n. 113/1985, art. 11.

¹³³ E. GROSSO, *Sovranità, cittadinanza, nazionalità*, cit.

*dei cittadini costituita»*¹³⁴. Tuttavia, alla luce del profondo ripensamento della stessa categoria della sovranità nelle società pluralistiche contemporanee, fondate sul binomio diritti umani universali-dignità, è lecito domandarsi se la discrezionalità del legislatore in materia di cittadinanza non possa essere sottoposta a limiti costituzionali, volti a consentire che il diritto alla cittadinanza, inteso quale diritto all'identità giuridica, non possa essere riconosciuto agli individui, nel contesto sociale nel quale si sviluppi la loro personalità, nel rispetto del principio di non discriminazione.

¹³⁴ *Ibidem*, p. 67.

Abstract

L'articolo indaga l'evoluzione delle regole di acquisto della cittadinanza alla nascita e dopo la nascita nel contesto dei fenomeni migratori in alcuni casi paradigmatici nell'ambito dei Paesi della tradizione liberale. Emerge un quadro complesso e problematico, nel quale la determinazione delle condizioni per il riconoscimento del diritto alla cittadinanza, ad eccezione del caso statunitense, è generalmente affidato alla discrezionalità del legislatore, che la esercita in considerazione delle funzioni – integrativa o selettiva – che alla cittadinanza intende attribuire.

Sulla base di tale analisi, lo scritto si interroga sull'eventualità che, alla luce del profondo ripensamento della stessa categoria della sovranità nelle società pluralistiche contemporanee, fondate sul binomio diritti umani universali-dignità, la discrezionalità del legislatore in materia di cittadinanza non possa essere sottoposta a limiti costituzionali, volti a consentire che il diritto alla cittadinanza, inteso quale diritto all'identità giuridica, non possa essere riconosciuto agli individui, nel contesto sociale nel quale si sviluppi la loro personalità, nel rispetto del principio di non discriminazione.

Citizenship and migration between integration and selection

This article examines the evolution of the rules on the acquisition of citizenship, both by birth and naturalisation, within the context of migration, focusing on paradigmatic examples from liberal democracies. The analysis reveals a complex and challenging landscape where, with the notable exception of the U.S. case, the right to citizenship is often recognised through legislation, thus reserving wide discretion to the Parliament. This discretionary power is wielded according to the specific function, either integrative or selective, that citizenship is meant to serve.

Based on this analysis, the article enquires whether, given the profound reconsideration of sovereignty in contemporary pluralistic societies founded on the principles of universal human rights and human dignity, such legislative discretion on citizenship should be constrained by constitutional limits. The purpose of these limitations would be to allow the right to citizenship, conceived as the right to a legal identity, to be granted

to individuals within the social fabric where their personality is formed, consistent with the principle of non-discrimination.

I diritti politici nella società digitale

di Laura Fabiano

SOMMARIO: 1. Polverizzazione identitaria e crisi della forma di Stato democratico rappresentativa. – 2. ICT, costruzione del consenso politico. – 3. ICT ed evoluzione dell'intermediazione partitica. – 4. Manipolazione digitale del consenso politico e giustizia costituzionale: la sentenza n. 32 del 2024 della Corte costituzionale rumena. – 5. Il regolamento Europeo 2024/900 in materia di *targeting* e trasparenza della pubblicità politica. – 6. Tecnologia e diritti politici: la sfida delle garanzie costituzionali nell'ecosistema digitale.

1. *Polverizzazione identitaria e crisi della forma di Stato democratico rappresentativa*

Alla fine del XX secolo, la caduta del Muro di Berlino e la crisi dell'impero sovietico hanno innescato un processo piuttosto rapido di omologazione di una parte del mondo all'economia capitalista ed al modello liberaldemocratico, in un contesto segnato dal tramonto (parziale) delle ideologie e dall'erosione delle culture comunitarie¹. Questo passaggio epocale ha alimentato teorie che annunciavano la “fine della storia”², le quali erano destinate tuttavia a rivelarsi, col tempo, profondamente fallaci³. Non era la prima volta che l'umanità si lasciava trasportare da un simile fervore illusorio: anche la transizione dal Settecento all'Ottocento era già stata percepita come un'epoca di profonde trasformazioni, così come lo stesso era accaduto nel passaggio dall'Ottocento al Novecento, segnato da un'attesa fiduciosa di progresso – espressa simbolicamente nell'Esposizione universale di

¹ Sull'errore occidentalocentrico in tale processo evolutivo cfr. L. LEANTE, *Il contagio occidentale e lo scontro delle civiltà*, in *il Mulino*, n. 1, 1998, 19 ss.

² F. FUKUYAMA, *La fine della storia e l'ultimo uomo*, Milano, Rizzoli, 1992.

³ Come noto, lo stesso Fukuyama ha, negli anni, rivisto parti importanti della propria tesi: cfr. F. FUKUYAMA, *Fiducia. Come le virtù sociali contribuiscono alla creazione della prosperità*, Milano, Rizzoli, 1996; F. FUKUYAMA, *L'uomo oltre l'uomo. Le conseguenze della rivoluzione biotecnologica*, Milano, Mondadori, 2002. Sul tema cfr. le riflessioni di A. SOMMA, *Comparazione giuridica, fine della storia, e spoliticizzazione del diritto*, in M. BRUTTI, A. SOMMA, *Diritto: Storia e comparazione. Nuovi propositi per un binomio antico*, Max Planck Institute for European Legal History, 2018, 509 ss. Cfr. inoltre P. LEMIEUX, *The End of History and The Last Man and Liberalism and Its Discontents*, reperibile all'url <https://www.cato.org/regulation/fall-2022/fukuyama-interesting-books-some-baggage>.

Parigi del 1889 – ben presto disillusa dal trauma collettivo della Prima guerra mondiale⁴.

Così come le esperienze pregresse, dunque, lo Stato democratico contemporaneo ha conosciuto, nello scorrere dei decenni, un'evoluzione intensa, tuttora in corso, che ne ha evidenziato alcuni profili di crisi, i quali risiedono nella trasformazione della società. Essa, mutando per via della globalizzazione dei mercati, dell'ampiezza e dalla complessità dei flussi migratori⁵, della polverizzazione delle identità sociali e dell'evoluzione tecnologica, sollecita, invero, nuove ed articolate risposte⁶.

Con la fine della guerra fredda, a ridosso dell'inizio del nuovo millennio, le tradizionali dicotomie politico ideologiche che avevano caratterizzato gli assetti statali occidentali dei primi decenni del Novecento, hanno ceduto progressivamente il posto a nuovi e plurimi *cleavages* identitari⁷ (le numerose aspirazioni territoriali e culturali, l'identità di genere, le multiformi istanze ambientaliste ecc), innescando una trasformazione del tessuto della rappresentanza politica che si è evidenziata nella crisi del sistema democratico rappresentativo mediato dai partiti tradizionali e nell'insufficienza dello Stato sociale. A tale circostanza si è aggiunta una certa difficoltà nella sostenibilità economica dello Stato sociale (collegata ad un'inevitabile forte pressione fiscale)⁸, la transnazionalità dei mercati

⁴ Sul punto cfr. l'Editoriale della Rivista il Mulino, n. 1, 2025, 3 ss.

⁵ Sul punto cfr. M. LIVI BACCI, *L'era della schizofrenia migratoria*, in *il Mulino*, n. 1, 2025, 29 ss.

⁶ Sulla crisi dello Stato democratico contemporaneo cfr. N. BOBBIO, *Il futuro della democrazia*, Einaudi, Torino, 2010; L. BAZZICALUPO, (a cura di), *Crisi della democrazia*, Milano-Udine, Mimesis, 2014; C. BASSU, G.G. CARBONI (a cura di), *Rappresentanza e globalizzazione. Atti del convegno dell'Associazione di diritto pubblico comparato ed europeo*, Sassari, Università degli Studi, 16 ottobre 2015, Torino, Giappichelli, 2016. Cfr. anche G. CAVAGGION, *La democrazia rappresentativa e le sfide della società multiculturale*, in *federalismi.it* (2 ottobre 2017); A. PANEBIANCO, *La crisi dell'occidente come forma culturale*, in *il Mulino*, n. 1, 2025, 10 ss. Sul medesimo tema, con riguardo più specificatamente alla crisi delle forme di governo fondate sugli istituti della democrazia rappresentativa si rinvia alle riflessioni di M. LUCIANI, *Governo (Forme di)*, in *Enciclopedia del Diritto – Annali*, vol. III, Milano, 2009 ed a P. PICIACCHIA, *La ricerca dell'incerta sintesi fra democrazia rappresentativa e democrazia partecipativa. Riflessioni a margine del Gran Débat National*, in *DPCE on line* n. 3, 3020, 3193 ss. spec. 3197-3198.

⁷ Y. MENY, *Istituzioni e Politica. Le democrazie: Stati Uniti, Francia, Gran Bretagna, Italia e Repubblica Federale Tedesca*, Maggioli, 1995.

⁸ Cfr. N. URBINATI, *Che cosa intendiamo quando parliamo di crisi della democrazia?*, in *il Mulino*, n. 6, 2016, 982 ss.

dell'economia e del lavoro (e dunque la difficoltà nella tenuta delle politiche economiche e nelle scelte sociali riguardanti le politiche del lavoro e gli ammortizzatori sociali)⁹ e la complessità nella gestione di importanti e difficilmente governabili flussi migratori¹⁰.

La rottura dell'isomorfismo tra sistema dei partiti e sistema sociale, che fondava il successo della democrazia rappresentativa, si è tradotta nell'avvertita inadeguatezza dei partiti di massa a rappresentare le nuove multiformi identità di cui si compone la società contemporanea atomizzata¹¹. A ragione di ciò i partiti di massa, – pur nella loro diversa formulazione descritta negli anni cinquanta da Duverger come tripartizione fra “partito-dottrina” (inteso come raggruppamento di uomini accomunati da una stessa visione), partito-classe (come espressione e organizzazione di una classe sociale) e partito-organizzazione (che svolge una funzione di inquadramento, controllo e canalizzazione di elettori, iscritti, militanti)¹² – hanno ceduto progressivamente il posto, nel tempo, a nuove forme di intermediazione politica che si sono declinate tanto nei c.d. partiti pigliatutto¹³ quanto nei partiti elettorali¹⁴. Anche questi ultimi tuttavia hanno rivelato, nello scorrere del tempo, la fragilità intrinseca che li caratterizzava, collegata sia alla semplificazione valoriale necessaria all'aggregazione realizzata al di fuori della dimensione ideologica, sia alla progressiva degenerazione atomistica di quel processo, in sé assolutamente legittimo, di affermazione del diritto alla differenza come naturale evoluzione del principio di eguaglianza inteso in senso sostanziale¹⁵.

⁹ *Ibidem*.

¹⁰ cfr. M. LIVI BACCI, *L'era della schizofrenia migratoria*, cit.

¹¹ Sul tema, con particolare riguardo al caso italiano, cfr. B. CARAVITA, *I circuiti plurali delle decisioni nelle democrazie moderne*, in *federalismi.it*, numero speciale 1/2017. Cfr. anche M. BENTIVOGLI, *Che ne è della Partecipazione Politica?*, in *il Mulino*, n. 1, 2025, 108 ss.

¹² DUVERGER, M. (1951), *Les partis politiques*, Paris, Armand Colin: trad. it., *I partiti politici*, Milano, Edizioni di Comunità, 1961.

¹³ O. KIRCHHEIMER, *The Transformation of the Western European Party System*, in J. LA PALOMBARA, M. WEINER (a cura di), *Political Parties and Political Development*, Princeton, Princeton University Press, 1966, 177-200.

¹⁴ D.M. FARRELL, P. WEBB, *L'organizzazione dei partiti politici nelle campagne elettorali*, in A. MELLONE (a cura di), *Il circuito politico-mediale*, Soveria Mannelli, Rubbettino, 2002, 29 ss. Cfr. anche P. IGNAZI, *Partito e democrazia. L'incerto percorso di legittimazione dei partiti*, Bologna, il Mulino, 2019.

¹⁵ Come efficacemente affermano Giorgio PINO e Alessandra SPENA nella loro introduzione al fascicolo di *Ragion Pratica* 2/2012 dedicato al tema “Diritti, Identità, plurali-

La polverizzazione identitaria e l'atomizzazione sociale hanno reso dunque difficile, se non impossibile, per i partiti, lo svolgimento di quella loro tradizionale funzione di interpreti delle esigenze della società che vorrebbero rappresentare¹⁶ e ciò ha comportato numerose conseguenze: da un lato si è alleggerito il bagaglio ideologico dell'associazionismo partitico e si è frenato, di conseguenza, quel processo di aggregazione sociale intorno ad obiettivi valoriali condivisi che favoriva la formazione e la forza dei partiti tradizionali; parallelamente, in concomitanza con l'evoluzione dei media e della tecnologia informatica e della comunicazione, il discorso politico ha teso, spesso, ad impoverirsi (in consonanza con le tendenze alla semplificazione ideologica già accennata), ed a personalizzarsi (oltre che, frequentemente, a spettacolarizzarsi) sulla scorta di una generale

smo", «se il paradigma fondativo del diritto moderno è stato l'eguaglianza formale (nelle sue molteplici ramificazioni), e se il diritto contemporaneo aveva con difficoltà cercato di innestare sul modello originario la tutela dell'eguaglianza sostanziale, ora una nuova sfida si pone agli istituti politici e giuridici: quella del riconoscimento delle differenze», 330. Sul tema della legittimazione dei partiti politici si rinvia in generale a P. IGNAZI, *Partito e democrazia*, cit.

¹⁶ Sulla crisi dello stato democratico in relazione alla polverizzazione identitaria cfr. P. ROSANVALLON, *Sulla crisi della democrazia*, in *il Mulino*, n. 4, 2020, 692 ss. il quale afferma «Storicamente i partiti politici, in Europa occidentale in particolare, si sono definiti come soggetti in grado di rappresentare gruppi sociali e mondi sociali; che fossero legati a un'adesione religiosa – basti pensare al ruolo svolto dai partiti democratico-cristiani – o che fossero legati a dimensioni più professionali – basti pensare ai partiti operai o rappresentativi del mondo dei colletti bianchi, dei piccoli imprenditori o degli artigiani – i partiti politici hanno sempre avuto legami con mondi sociali costituiti... Questa società che si strutturava attorno a mondi sociali si è disgregata... Quando la società era composta da mondi sociali coerenti era sufficiente delegare per rappresentare tali mondi sociali che avevano una loro coerenza interna, un loro significato. Oggi ciò che è in causa è la leggibilità della società, cioè, essere in grado di raccontare la società. Siamo passati da un mondo nel quale erano all'opera processi di rappresentazione e di delega a uno nel quale ci si attendono processi di rappresentanza narrativa, cioè una rappresentanza in grado di rendere la società leggibile per chi la compone e che permette di rendere presente e visibile nel dibattito pubblico le realtà vissute nella società stessa, realtà che hanno un carattere non semplicemente statico, ma che riguardano le storie degli individui e le loro traiettorie. Tutto ciò produce identità collettive che sono contemporaneamente più frammentate e allo stesso tempo più storiche, più legate ad avvenimenti. Le società sono comunità di prova, comunità di avvenimenti e non semplicemente comunità di posizione. Questo è il primo elemento che caratterizza la cosiddetta crisi democratica», 692-693. Sul punto cfr. anche V. G. MESSINA, *Diritto liquido?: la governance come nuovo paradigma della politica e del diritto*, Milano, 2012.

tendenza contemporanea alla disintermediazione politica¹⁷, illudendo l'individuo di poter partecipare agli affari pubblici del proprio Paese senza la presenza necessaria di un apparato intermedio quale tipicamente per decenni è stato, appunto, il partito politico ed al di là degli strumenti di partecipazione più tipici della democrazia rappresentativa¹⁸.

La risposta alla crisi del modello democratico rappresentativo si è presentata come multiforme, muovendosi da proposte tecnocratiche – le quali in genere vengono predilette quando si fronteggiano situazioni di crisi prevalentemente economica (nell'illusione della coincidenza fra perseguimento del bene comune e dell'efficienza in sé¹⁹ e finendo peraltro per confondere la legittimità tecnica con il tecnicismo oracolare) –, a tentativi di sovvertimento in radice del modello rappresentativo (in quanto avvertito come non più idoneo a garantire l'espressione della volontà popolare). Ulteriore possibile approdo ipotizzato in risposta alla crisi della democrazia rappresentativa è stato, altresì, il perseguimento di modelli di “democrazia immediata”, esito di una sostanziale «rivolta contro i corpi intermedi» e l'emergere del «mito della politica istantanea»²⁰ la quale tuttavia, spesso, corre il rischio di degenerare in derive plebiscitarie e leaderiste²¹ ove «l'intento immediato non è quello di accertare che cosa il popolo

¹⁷ Sulla disintermediazione si rinvia a A. CHADWICK, *Disintermediation*, in M. BEVIR (ed.), *The Encyclopedia of Governance*, London, Sage, vol. I, 2007, 232. Per la dottrina italiana cfr. P. STRINGA, *Che cos'è la disintermediazione*, Roma, Carocci, 2017.

¹⁸ S. COLEMAN, *New Mediaton and Direct Representation: Reconceptualizing Representation in the Digital Age*, in *New Media & Society*, n. 7, 2005, 177-198; C. BIANCALANA, *Disintermediazione e nuove forme di mediazione. Verso una democrazia post-rappresentativa?*, Milano, Fondazione Feltrinelli, 2018; M. CUONO, *In principio era il mercato, poi venne la rete. Disintermediazione, spontaneità, legittimità*, in *Iride*, n. 75, 2015, 305-317; A. TURSI, *La rappresentanza politica nell'epoca delle reti digitali*, in D.G. BIANCHI, F. RANIOLO (cur.), *Limiti e sfide della rappresentanza politica*, Milano, FrancoAngeli, 2017; L. CASINI, *Il futuro dello Stato (digitale)*, in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, n. 2, 2024, 433 ss.; M. BASSINI, *Partiti, tecnologie e crisi della rappresentanza democratica. Brevi osservazioni introduttive*, in *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, n. 3, 2015, 861-878.

¹⁹ Sul punto cfr. M. VOLPI, *Tecnocrazia e crisi della democrazia*, in M. VOLPI (a cura di), *Governi tecnici e tecnici al governo*, Torino, 2017, 1 ss. cfr. anche R. TARCHI, *Riflessioni in tema di forme di governo a partire dalla dottrina Mauro Volpi*, in *DPCE online*, n. 4, 2021, 4259 e ss., spec. 4262-4263.

²⁰ A. CAMPATI, *La «democrazia immediata»: prospettive a confronto*, in *Teoria politica*, Nuova serie Annali [Online], 10 | 2020, 297 ss. URL: <http://journals.openedition.org/tp/1352>, 298.

²¹ Cfr. sul punto M. CALISE, *La democrazia del leader*, Roma-Bari, Laterza, 2016. Acu-

preferisca per poi realizzarlo, bensì quello di capitalizzare la maggior quota possibile di consenso elettorale in vista delle prossime consultazioni popolari»; difatti, «la democrazia elettronica dei populistici non è “diretta” nel senso che fa decidere direttamente al popolo il da farsi, ma solo in quanto genera l’illusione di un rapporto disintermediato e personale tra il popolo e (il capo de)i suoi rappresentanti»²².

Tale ultima opzione (ed i rischi ad essa connessi) è certamente collegata alla citata imponente evoluzione tecnologica cui si assiste negli ultimi decenni, la quale ha profondamente pervaso di sé ogni ambito della vita umana, provocando dei cambiamenti profondi e irrinunciabili nella vita di ogni individuo. Tale sviluppo risulta ad oggi talmente significativo che le generazioni nate in questa nuova fase storica sono state definite (in collegamento a tale evoluzione) generazione 2.0²³ (o addirittura 4.0) ovvero nativi digitali²⁴.

Al pari di tutti i cambiamenti significativi nei modi di vivere e di fare le cose degli esseri umani, sotto numerosi profili, i cambiamenti tecnologici

tamente è stato posto in evidenza come «Nella versione più recente [della democrazia mediata digitale] sembrerebbe allora che gli unici protagonisti siano rimasti il capo e la folla, laddove il primo “è sempre più dotato di potere, l’altra sempre più ridotta a moltitudine votante, plaudente e persino acclamante, ma del tutto priva di influenza sul potere e sulle decisioni del capo”», A. CAMPATI, *La «democrazia immediata»*, cit. 308. Sottolinea inoltre Alfio Mastropaolo come le «forme di democrazia immediata rifuggano i filtri propri della rappresentanza e preferiscano l’investitura diretta del leader, fuori da ogni contenuto di programma, riducendo le elezioni [...] a un rituale d’acclamazione, che consacra il vincitore quale interprete esclusivo e autentico della volontà del popolo», A. MASTROPAOLO, *Antipolitica. All’origine della crisi italiana*, Napoli, L’Ancora, 2000, 30. T. CASADEI, *Il mito del «popolo della rete» e le realtà del capo. Nuove tecnologie e organizzazioni politiche nel contesto italiano*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, n. 2, 2015, 886.

²² G. GOMETZ, *Populismo digitale e democrazia eterodiretta: il pericolo sta nel mezzo*, in *Ragion Pratica*, n. 1, 2019, 233 ss., spec. 238.

²³ Cfr. https://www.treccani.it/enciclopedia/generazione-2-0_%28altro%29/.

²⁴ L’espressione nativi digitali è stata coniata nel 2001 da Mark Prensky il quale la contrapponeva alla generazione degli immigrati digitali ovvero tutti coloro che, nati in epoche precedenti alla diffusione di determinate tecnologie, le hanno apprese in età adulta. Cfr. M. PRENSKY, *Digital Natives, Digital Immigrants*, in *On the Horizon*, 2001, vol. 9, n. 5, 1-6; si rinvia inoltre a ID., *Digital Natives, Digital Immigrants, part II. Do they really think differently?*, in *On the Horizon*, 2001, vol. 9, n. 6, 1-6; ID., *Listen to the Natives*, in *Educational Leadership*, vol. 63, n. 4, 2005, 8-13. Cfr. per la dottrina italiana anche M. MARTONI, *Datificazione dei nativi digitali, Una prima ricognizione e alcune brevi note sull’educazione alla cittadinanza digitale*, in *federalismi.it*, n. 1, 2020.

cui l'esperienza antropica è ad oggi esposta rappresentano delle immense risorse per l'evoluzione complessiva delle società, oltre che per gli individui singolarmente intesi; nondimeno, l'evoluzione informatico-digitale pone di per sé anche delle nuove ardue sfide in termini di regolazione dei rapporti e di garanzie dei diritti e delle libertà²⁵.

Ciò accade anche in tema di partecipazione politica individuale e collettiva, ove la sempre più pervasiva tecnologia informatico-digitale ed i suoi innumerevoli risvolti e possibili applicazioni rappresentano, contemporaneamente, una ragione alla base dello stato di difficoltà della democrazia rappresentativa ma anche una fra le opportunità considerate più rilevanti ai fini di una possibile evoluzione di tale crisi.

Il presente contributo intende, dunque, analizzare il rapporto fra l'evoluzione tecnologica digitale contemporanea ed i processi di elaborazione dell'opinione politica individuale e collettiva.

Ciò al fine di valutare se, dinanzi ai cambiamenti causati dalla detta evoluzione tecnologica nell'ambito dei processi di partecipazione politica, sia necessario ripensare i parametri costituzionali posti a tutela dei diritti fondamentali collegati alla tutela della correttezza dei processi democratici.

2. ICT e costruzione del consenso politico

Il profondo legame sussistente fra le tecnologie della comunicazione e la costruzione del consenso politico non rappresenta certamente un

²⁵ Sul punto la bibliografia è oramai sterminata e, dunque, ci si limita solo ad alcuni fondamentali riferimenti: S. RODOTÀ, *Tecnopolitica. La democrazia e le nuove tecnologie della comunicazione*, Roma, 1997; V. ZENO-ZENCOVICH, *Informatica ed evoluzione del diritto*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, n. 1, 2003; M. BASSINI, *Internet e libertà di espressione*, Canterano (RM), 2019; P. COSTANZO, *Il fattore tecnologico e le sue conseguenze*, in *Rassegna parlamentare*, n. 4, 2012, 811 ss.; T.E. FROSINI, *Tecnologie e libertà costituzionali*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, n. 3, 2003, 487 ss.; T.E. FROSINI, O. POLLICINO, E. APA, M. BASSINI (a cura di), *Diritti e libertà in Internet*, Firenze, 2017; M. OLIVETTI, *Diritti fondamentali e nuove tecnologie. Una mappa del dibattito italiano*, in *Revista Estudos Institucionais*, vol. 6, n. 2, 395-430, maio/ago, 2020. Sul tema dell'impatto dell'evoluzione tecnologica informatica sul diritto pubblico e sulla tenuta delle garanzie costituzionali si rinvia, inoltre, in generale, ai numerosi interessanti contributi presenti nel vol. 1 del *Liber Amicorum* per Pasquale Costanzo dedicato a *Costituzionalismo, Reti e Intelligenza Artificiale*, in *ConsultaOnLine*, 2020.

dato recente²⁶. Le più significative vicende trasformative della convivenza politica umana sono state difatti caratterizzate spessissimo dall'uso (e abuso) delle tecnologie della comunicazione proprie di ogni epoca: la stampa nel periodo rivoluzionario francese²⁷ e americano²⁸, la radio ed il cinema nei primi anni del Novecento (tanto nelle esperienze di democrazia liberale²⁹ quanto nelle esperienze autoritarie³⁰), la televisione nel secondo dopoguerra³¹. Si è conseguentemente assistito, frequentemente, ad un processo di adattamento del discorso politico alla sintassi mediatica di volta in volta prevalente³².

La tecnologia contemporanea, dunque, come le innovazioni del passato, ha profondamente contribuito all'evoluzione della comunicazione politica ed ha giocato un significativo ruolo nell'accennato processo di crisi dei partiti e della democrazia rappresentativa divenendone contemporaneamente ragione, ma anche possibile risposta³³.

²⁶ cfr. A. MATTELART, *Storia dell'utopia planetaria. Dalla città profetica alla società globale*, Torino, Einaudi, 2003.

²⁷ Sul tema cfr. M. FAJN, *The Circulation of the French Press during the French Revolution: The Case of R. F. Lebois' L'Ami du peuple and the Royalist Gazette française*, in *The English Historical Review*, vol. 87, n. 342, 1972, 100 ss.

²⁸ Si pensi alle lettere pubblicate dai federalisti sui principali giornali americani all'epoca dell'adozione della Costituzione federale e raccolti successivamente nei *federalist papers*.

²⁹ Si pensi ai c.d. discorsi al caminetto di F.D. Roosevelt su cui cfr. L.W. LEVINE, C.R. Levine, *The Fireside Conversations: America Responds to FDR During the Great Depression*, University of California Press, 2010.

³⁰ Si pensi all'utilizzo del cinema a fini propagandistici. Sul tema, nel caso italiano, cfr. M. ARGENTIERI, *L'occhio del regime. Informazione e propaganda nel cinema del fascismo*, Firenze, Vallecchi, 1979. Su tale tematica più in generale cfr. E. S.S. HERMAN, N. CHOMSKY, *La fabbrica del consenso*, Il Saggiatore, 2023.

³¹ Cfr. F. ANIANA, *Potere politico e mass media*, Carocci, Roma, 2012.

³² Non è dunque una sorpresa constatare come all'emersione di nuove opportunità offerte dalle tecnologie della comunicazione corrisponde una parallela evoluzione nelle forme della intermediazione politica così come è agevole verificare come spesso i politici carismatici (soprattutto quando non caratterizzati dalla levatura dello statista) sono efficaci comunicatori. cfr. G. MAZZOLENI, *La comunicazione politica*, Bologna, il Mulino, 2012 il quale, con riguardo alle campagne elettorali recenti afferma che «Le campagne elettorali sono così sempre più diventate *media campaigns*, campagne mediatizzate: la comunicazione, la propaganda, la pubblicità, insomma la sollecitazione del consenso avviene oggi soprattutto attraverso i canali e i linguaggi dei media», 137; cfr. anche M. CASTELLS, *Comunicazione e potere*, Milano, Bocconi, 2009.

³³ Cfr. B. CARAVITA, *Il consenso ai tempi dei social*, in *federalismi.it*, n. 13, 2018; Id.,

Il modo di concepire le opportunità offerte dalle nuove tecnologie si è evoluto nel corso dei decenni in consonanza con l'acquisizione progressiva di una sempre maggiore consapevolezza dei rischi prodotti da un uso sconsiderato (e non adeguatamente normato) delle medesime opportunità tecnologiche. È a ragione di ciò che si evidenzia come, in una prima fase della loro affermazione, i media collegati alla tecnologia della rete Internet hanno generato significative aspettative circa la loro capacità di migliorare la qualità democratica mondiale e le possibilità di espressione del pensiero individuale; nondimeno, in un momento successivo si è posta con maggiore urgenza la necessità di prevedere norme a tutela dei diritti individuali *on line* non solo in senso liberale/liberista, ma anche a garanzie della difesa della dignità umana e della tutela dei diritti fondamentali in senso pieno.

In una prima più risalente fase di affermazione delle tecnologie digitali era difatti diffusa l'opinione per cui, veicolata da tali tecnologie, l'informazione e la libera circolazione delle idee sarebbe stata facilitata determinando una sfera pubblica più vitale, aperta ed inclusiva e caratterizzata da un dibattito pubblico più ampio e pluralista. Si riteneva invero che Internet sarebbe stata un'occasione di espressione per le opposizioni democratiche e progressiste e per la società civile marginalizzata dai media *mainstream* e dalle agende politico-istituzionali³⁴. Ancora nel 2009 e 2010, proteste come quelle in Iran ed Egitto furono definite dalla stampa «Twitter Revolution» per il ruolo fondamentale della piattaforma nel coordinamento degli attivisti ed Hillary Clinton, allora segretario di Stato,

Social Network, formazione del consenso, istituzioni politiche: quale regolamentazione possibile?, in *federalismi.it*, n. 2, 2019; ID. *Davanti ad un mondo che cambia chi è più pericoloso tra Trump e Zuckembreg? Alla ricerca di una risposta che penetri nei meccanismi che governano la nostra vita in rete*, in *federalismi.it*, n. 1, 2021. Cfr. inoltre M. CUNIBERTI, *Tecnologie digitali e libertà politiche*, in *Diritto dell'Informazione e dell'Informatica*, n. 2, 2015; M. SORICE, *I Media e la Democrazia*, Carocci, Roma, 2014.

³⁴ Ancora nel 2010 Larry Diamond, professore di sociologia di Stanford, in un articolo intitolato *Liberation Technology*, (in *Journal of Democracy*, vol. 21, n. 3 e consultabile all'url <https://www.journalofdemocracy.org/articles/liberation-technology/>) sosteneva con energia le virtù socializzanti del web (anche in termini politici). Tale approccio inizialmente confermato nell'importante ruolo giocato dalla rete internet nelle c.d. primavere arabe (su cui *Il ruolo dei Social Network nelle Rivolte Arabe*, in *Osservatorio di Politica internazionale*, n. 40, settembre 2011) ha subito un'importante inversione di tendenza dopo quanto accaduto in occasione della prima campagna politica per le elezioni presidenziali di Donald Trump e la campagna referendaria britannica sulla Brexit. Sul tema in generale si rinvia G. GOMETZ, *Democrazia elettronica. Teoria e tecniche*, Pisa, 2017.

in un suo discorso del 2010 al Newseum, enfatizzò il potenziale democratico di Internet nel redistribuire l'informazione e amplificare le voci marginalizzate³⁵.

Tuttavia, nel corso del tempo, deludendo le attese iniziali, si sono progressivamente evidenziati alcuni elementi tecnici e sociologici connessi alle tecnologie informatico digitali (la profilazione degli utenti, il *microtargeting*, l'organizzazione e la selezione algoritmica dei dati ecc.) a fronte dei quali è risultato evidente che le stesse, a ben vedere, più che potenziare la partecipazione e le possibilità di espressione, spesso contribuiscono a condizionare profondamente le scelte comunicative sia in termini di manifestazione dell'opinione sia di accesso all'informazione alterando, dunque, attraverso la dimensione tecnica del mezzo, i contenuti del processo comunicativo sia in entrata sia in uscita³⁶. Si è evidenziata inoltre, con lo scorrere del tempo, la consapevolezza progressiva per la quale l'*agorà* digitale non può in effetti essere considerata semplicisticamente un contesto libero ove può trovare spazio un costituzionalismo spontaneo³⁷, avulso dalle pretese regolative dei poteri pubblici, perché tale ricostruzione non tiene conto «dell'ingresso del potere economico nel cyberspazio, che quelle libertà ha finito per cannibalizzare e soprattutto plasmare secondo i propri fini»³⁸.

Le tecnologie informatiche della comunicazione presentano delle evidenti differenze con i media tradizionali in primo luogo con riguardo al c.d. “modello comunicativo” giacché i media precedenti (tanto la stampa quanto radio e televisione) erano improntati ad un modello c.d. “*one to many*” ed erano orientati ad una comunicazione unidirezionale (ove è ben distinto il ruolo di coloro che esprimono il messaggio e di coloro che lo ricevono); diversamente, le ICT sono strumenti di comunicazione c.d. “*many to many*” e si caratterizzano per il fatto che tutti gli utenti che li

³⁵ Cfr. G. BOCCIA ARTIERI, *La metamorfosi dei Media digitali*, in *il Mulino*, n. 1, 2025, 175 ss.

³⁶ C. R. SUNSTEIN, *#Republic. La democrazia nell'epoca dei social media*, Bologna, il Mulino, 2017; ID., *Republic.com. Cittadini informati o consumatori di informazioni?*, Bologna, 2003. Sul rapporto fra informazione e formazione del consenso in ambito politico cfr. A. PAPA, “*Democrazia della comunicazione*” e *formazione dell'opinione pubblica*, in *federalismi.it*, n. 1, 2017, 9 ss.

³⁷ Su cui criticamente P. CIARLO, *Contro l'idea di Costituzione spontanea*, in *Quaderni costituzionali*, n. 1, 2002, 101 ss.

³⁸ M. BETZU, *I baroni del digitale*, Napoli, 2022, 22.

utilizzano sono allo stesso tempo produttori e riceventi dell'informazione³⁹. Questo, tuttavia, non rende gli stessi utenti padroni della medesima informazione (come invece illusoriamente spesso gli stessi internauti credono) in quanto i media digitali hanno conservato per sé, in modi meno evidenti rispetto al passato (ma non meno penetranti), la fondamentale funzione di essere selezionatori degli argomenti più importanti (la c.d. *agenda setting*)⁴⁰. Ciò avviene, diversamente all'era pre-digitale, secondo un fenomeno definito di "neo-intermediazione" (ovvero in forme automatizzate) tramite processi algoritmici che non sono neutrali⁴¹ e se è vero che la mancata neutralità dei mezzi di comunicazione era fenomeno che accadeva anche all'epoca dei media tradizionali, tuttavia, rispetto a questi ultimi, i processi di selezione dell'informazione contemporanei risultano maggiormente "opachi"⁴².

Le odierne ICT evidenziano, dunque, al medesimo tempo, capacità predittive e manipolative: predittive, in quanto gli algoritmi, grazie al trattamento di una gran massa di dati (*Big Data*) sono capaci di rivelare relazioni (*correlation insights*) tra scelte, comportamenti, gusti, azioni e sulla base di tali informazioni sono in grado di costruire, dei modelli di comportamento individuali e collettivi; manipolativi, perché la profilazione algoritmica contribuisce a selezionare i contenuti determinanti per la formazione dell'opinione pubblica. L'algoritmo definisce gli utenti a partire dai dati che li riguarda – e che essi stessi consapevolmente o inconsapevolmente forniscono – (*profiling*) ed offre loro informazioni selezionate (*targeting*)⁴³. Piuttosto che promuovere un dialogo orizzontale, in una sorta di

³⁹ M. AINIS, *Democrazia digitale*, in *Rassegna parlamentare*, n. 2, 2013. Cfr. anche L. CORCHIA, *La democrazia nell'era di Internet: per una politica dell'intelligenza collettiva*, con un saggio inedito di P. Lévy, Firenze, 2011, 173 ss.; S. RODOTÀ, *Tecnopolitica. La democrazia e le nuove tecnologie della comunicazione*, Roma-Bari, 2004.

⁴⁰ Su tale distorsione cognitiva cfr. G. ORIGGI, *La democrazia può sopravvivere a Facebook? Egalitarismo epistemico, vulnerabilità cognitiva e nuove tecnologie*, in *Ragion pratica*, n. 51, 2018, 445 ss.

⁴¹ GIACOMINI, G., *Verso la neointermediazione. Il potere delle grandi piattaforme digitali e la sfera pubblica*, in *Iride*, n. 3, 2018, 457-468.

⁴² G. GIACOMINI, *Potere digitale. Come Internet sta cambiando la sfera pubblica e la democrazia*, prefazione di Michele Sorice, Milano, 2018; C. CEPERNICH, *Le campagne elettorali al tempo della networked politics*, Roma-Bari, 2017; G. GORI, *Social media ed elezioni. I limiti del diritto e il rischio di una modulated democracy*, in *Informatica e diritto*, n. 1-2, 2017, 203 ss.

⁴³ A. PERRINI, *Microtargeting: cos'è e quali sono gli impatti per la protezione dei dati personali*, consultabile all'url: <https://www.agendadigitale.eu/sicurezza/privacy/microtargeting/>

“*big conversation*”, modello di un’unica ed estesa conversazione globale che abbraccia tutti gli utenti interconnessi si sono dunque progressivamente affermate le “*small conversations*”, una molteplicità di conversazioni svolte all’interno di micro-spazi discorsivi dove gli utenti costruiscono sempre di più le loro sfere pubbliche personali⁴⁴. Ciò conduce al paradosso per il quale, in un contesto come quello della rete *web*, ove circolano continuamente milioni di dati e di informazioni, i singoli individui vengono sostanzialmente chiusi in una bolla informativa realizzata dal filtro algoritmico (*filter bubble*⁴⁵). Si tratta di una “esposizione selettiva” per la quale, privati di fatto della possibilità di un’informazione libera e completa⁴⁶ gli individui tendono ad estremizzare le proprie opinioni con un generale effetto polarizzante⁴⁷ che riguarda l’intera collettività⁴⁸. In questo contesto il

ting-cose-e-quali-sono-gli-impatti-per-la-protezione-dei-dati-personali/ (23 marzo 2020).

⁴⁴ Cfr. G. BOCCIA ARTIERI, *La metamorfosi dei Media digitali*, in *il Mulino*, n. 1, 2025, 175 ss.

⁴⁵ E. PARISER, *Il filtro. Quello che Internet ci nasconde*, Milano, 2012; Cfr. sul tema E. LONGO, *Dai big data alle “bolle filtro”: nuovi rischi per i sistemi democratici*, in *Percorsi costituzionali*, n. 1, 2019, 29-44; M. BIANCA, *La filter bubble e il problema dell’identità digitale*, in *MediaLaws – Rivista di diritto dei media*, n. 2, 2019, 39 ss.

⁴⁶ Afferma efficacemente SUNSTEIN a tal proposito che «se alle persone viene negato l’accesso a pareri contrastanti su argomenti di interesse pubblico e se, da parte loro, c’è come risultato una mancanza di interesse per questi punti di vista, si verifica una mancanza di libertà, qualunque sia la natura delle loro preferenze e scelte», *Republic.com. Cittadini informati o consumatori di informazioni?*, cit., 126.

⁴⁷ L’Agcom, in uno studio pubblicato a novembre 2018 (Agcom, *Rapporto Tecnico. Le strategie di disinformazione online e la filiera dei contenuti fake*, 9 novembre 2018. Il documento è disponibile a seguente link: <https://www.agcom.it/documents/10179/12791484/Documento+generico+09-11-2018+1541763433144/e561edf2-a138-443e-9937-303f-68d92cc3?version=1.0>.) ha rilevato come sussista un rapporto direttamente proporzionale fra la polarizzazione ideologica degli utenti dei *social network* e l’intensità e la frequenza delle loro attività in rete. Accade dunque che gli individui più schierati dal punto di vista ideologico ricorrono ad Internet come mezzo di comunicazione per informarsi sulle scelte politico-elettorali assai più ampiamente rispetto alle persone con scarso livello di polarizzazione ideologica. Sul punto cfr. M.R. ALLEGRI, *Oltre la Par Condicio, comunicazione politico elettorale nei social media, fra diritto e autodisciplina*, Milano, 2020; G. ORIGGI, *La democrazia può sopravvivere a Facebook?*, cit. il quale efficacemente definisce tale condizione “vulnerabilità cognitiva”, 447; O. GRANDINETTI, *La par condicio al tempo dei social, tra problemi “vecchi” e “nuovi” ma, per ora, tutti attuali*, in *MediaLaws – Rivista di diritto dei media*, n. 3, 2019, 92 ss.

⁴⁸ Cfr. sul tema E. LONGO, *Dai big data alle “bolle filtro”: nuovi rischi per i sistemi democratici*, cit.

ruolo svolto dalle grandi aziende tecnologiche è dirimente in quanto esse «dietro l'apparente gratuità dei propri servizi, richiedono all'utente, quale contropartita [...] la cessione (in varia misura e a vario titolo) di dati di eterogenea natura (riguardanti sia la sfera personale sia, più in generale, inclinazioni, gusti e preferenze)»⁴⁹ al fine tanto di potenziare la loro capacità pubblicitaria sul mercato quanto per rivendere questi dati a soggetti terzi⁵⁰.

Il dibattito dottrinale (e nell'opinione pubblica) sul tema si è vivacizzato a partire dal 2016: le interferenze private ed il potenziale distorsivo tipico delle campagne politiche digitali si è difatti reso evidente, in quell'anno, in occasione della prima campagna elettorale di Donald Trump per la corsa alla presidenza degli Stati Uniti D'America ed alla campagna referendaria sulla *Brexit* nel 2016⁵¹. Il tema è successivamente esploso nel 2018, con il noto scandalo *Cambridge Analytica*, in relazione al quale si è evidenziato come, attraverso l'analisi dei dati disponibili sulla rete, un'azienda privata è in grado di interferire incisivamente in una campagna elettorale alterandone la democraticità⁵².

L'erompere della pandemia mondiale da Covid 19 ha costituito, pochi anni più tardi, un'ulteriore vicenda storica a fronte della quale si è reso evidente il potenziale pervasivo immenso delle tecnologie digitali nella vita quotidiana di chiunque e ha posto all'ordine del giorno, come priorità assoluta, la necessità di regolare numerosissimi fenomeni connessi alla rete Internet e risolvere sia tecnologicamente, ma

⁴⁹ B. RABAI, *I Big Data nell'ecosistema digitale: tra libertà economiche e tutela dei diritti fondamentali*, in *Amministrare*, n. 3, 2017, 407.

⁵⁰ Afferma sul punto G. GOMETZ: «Google, Facebook e Amazon in prima fila, che possono davvero interferire nei flussi delle comunicazioni veicolati dalle loro piattaforme, eventualmente decidendo in modo opaco e occulto quali idee/utenti debbano avere maggior visibilità e quali invece debbano essere silenziati o sottoesposti. Possono oggi facilmente ipotizzarsi scenari in cui gli utenti del web ritengono di partecipare al discorso pubblico in posizione di parità, quando invece i loro contributi vengono ordinati e propagati secondo parametri di rilevanza, conformità o adeguatezza a vari standard segretamente definiti dagli amministratori», *Populismo digitale e democrazia eterodiretta: il pericolo sta nel mezzo*, in *Ragion Pratica*, n.1, 2019, 233 ss., spec. 236.

⁵¹ Cfr. P. NORRIS, R. INGLEHART, *Cultural Backlash, Trump, Brexit and Authoritarian Populism*, Cambridge, 2019.

⁵² Sul tema E. ASSANTE, *Cosa ci può insegnare il caso Cambridge Analytica*, in *federalismi.it*, Editoriale, 25 aprile 2018. D. MESSINA, *Il Regolamento (EU) 2016/679 in materia di protezione dei dati personali alla luce della vicenda "Cambridge Analytica"*, in *federalismi.it*, n. 20, 2018.

anche giuridicamente, problematiche da tempo note divenute oramai ineludibili.

Infine, un altro momento emblematico si è verificato il 6 gennaio 2021 con l'assalto a Capitol Hill dopo la fine della prima presidenza Trump; in quella occasione diversi militanti repubblicani hanno assaltato il Congresso, in parte coordinandosi attraverso piattaforme digitali. Tale circostanza ha reso evidente come gli stessi *social media* che avevano precedentemente alimentato i movimenti democratici erano diventati altresì spazi di polarizzazione, disinformazione e radicalizzazione. La successiva decisione adottata dalle dette piattaforme di cancellare gli *account* di Donald Trump, accusato di alimentare attraverso di esse il discorso d'odio e di incitare alla violenza e la ancora susseguente acquisizione di Twitter da parte di Elon Musk nel 2022 e la sua trasformazione in X (con la riammissione di Trump e il sostegno di Musk alle sue campagne politiche) ha infine riaperto il dibattito sul ruolo delle piattaforme nel discorso pubblico⁵³.

A fronte degli scandali politici citati e delle problematiche sorte in relazione ad un mondo connesso prevalentemente *on line* (più che in presenza) a causa della pandemia si è reso del tutto evidente l'insufficienza dell'approccio tendenzialmente liberista prescelto per orientare la regolazione dei fenomeni di espressione e costruzione del consenso (anche politico) *on line* che ha caratterizzato per diversi anni le scelte normative e giurisprudenziali nel contesto europeo e americano. Si è dunque assistito ad un'evoluzione in termini di spinta ad una maggiore regolazione di alcuni fenomeni e di più significativa responsabilizzazione degli attori privati che in ambito digitale svolgono funzioni e ruoli talmente importanti da essere qualificati come veri e propri poteri⁵⁴ in quello che si usa oramai chiamare, forse ancora arditamente⁵⁵, il costituzionalismo digitale⁵⁶.

⁵³ Sul punto cfr. nuovamente G. BOCCIA ARTIERI, *La metamorfosi dei Media digitali*, in *il Mulino*, n. 1, 2025, 175 ss.

⁵⁴ M. BETZU, *Poteri pubblici e privati nel mondo digitale*, in *La Rivista del Gruppo di Pisa*, n. 2, 2021, 166 ss.; A. VENANZONI, *Neofeudalesimo digitale: Internet e l'emersione degli Stati privati*, in *MediaLaws – Rivista di diritto dei media*, n. 3, 2020, 178 ss.

⁵⁵ Critico rispetto a tale espressione che considera equivoca e atecnica è G.E. VIGEVANI, *Piattaforme digitali private, potere pubblico e libertà di espressione*, in *Diritto Costituzionale*, n. 1, 2023, 41 ss.

⁵⁶ A. VENANZONI, *Cyber-costituzionalismo: la società digitale tra silicolonizzazione, capitalismo*

3. *ICT ed evoluzione dell'intermediazione partitica*

La crisi dello Stato democratico rappresentativo e dei partiti politici tradizionali sommata all'impatto degli ICT sulla costruzione e sull'espressione del consenso politico ha determinato, come conseguenza, una recente inevitabile⁵⁷ trasformazione degli stessi partiti con riguardo al loro modo di strutturarsi ed in relazione al loro stile di comunicazione con la base elettorale⁵⁸.

Per lungo tempo è stato efficacemente evidenziato⁵⁹ come fosse rilevabile una significativa differenziazione fra l'evoluzione che ha visto come protagonisti i partiti *mainstream* e l'emersione dei partiti "nativi digitali"⁶⁰. Tale distinzione risiede nel diverso approccio strumentale che i partiti tradizionali e i partiti digitali hanno dimostrato di avere con le tecnologie della comunicazione contemporanee. Alla diffusa domanda di partecipazione, innovazione, rottura proveniente da significativi segmenti di elettori, i partiti tradizionali hanno risposto perlopiù attraverso "riforme simboliche" «o innovazioni periferiche che non hanno modificato tuttavia, in senso sostanziale gli equilibri di potere precedenti interni agli stessi partiti ed hanno in effetti contribu[ito] scarsamente a riconnettere

delle piattaforme e reazioni costituzionali, in *Rivista italiana di Informatica e Diritto*, n. 1, 2020, 5 ss.; T.E. FROSINI, *Il Costituzionalismo nell'età tecnologica*, in *Diritto dell'Informatica*, 2020, 465 ss.

⁵⁷ Efficacemente è stato affermato che «[La] modernizzazione della comunicazione offre ai protagonisti della politica numerose opportunità ma, al tempo stesso, essa li vincola rendendoli schiavi, o quanto meno prigionieri, della logica dei media», G. SANI (a cura di), *Mass media ed elezioni*, Bologna, Il Mulino, 2001, 13.

⁵⁸ Scrive Luca Mori che il problema urgente della pratica democratica «non consiste nell'ipotizzare l'eliminazione delle mediazioni politiche [...] bensì proprio nel reiventare le mediazioni politiche riaffermandone la priorità», L. MORI, *La democrazia tra limiti delle mediazioni tradizionali e politica «onlife»*, *Iride*, n. 2, 2015, 347-359, spec. p. 353. Cfr. anche C. VACCARI, L. MOSCA (a cura di), *Nuovi Media, nuova politica?*, Milano, Franco Angeli, 2011.

⁵⁹ F. RANIOLO, V. TARDITI, *La rivoluzione digitale e le trasformazioni organizzative dei partiti*, cit.

⁶⁰ Definiti variamente partiti virtuali (A. RÖMMEL, *Political Parties, Party Communication and New Information and Communication Technologies*, in *Party Politics*, n. 9(1), 2003, 7-20), *cyber parties* (H. MARGETTS, *The Cyber Party*, in R. KATZ, W. CROTTY (a cura di), *Handbook of Party Politics*, London, Sage, 2006, 528-535), partiti digitali (P. GERBAUDO, *I partiti digitali. L'organizzazione politica nell'era delle piattaforme*, Bologna, Il Mulino, 2020) o cybercratici (M. CALISE, F. MUSELLA, *Il principe digitale*, Roma-Bari, Laterza, 2019).

cittadini, politica e istituzioni»⁶¹ senza tuttavia cambiare il tipico approccio tendenzialmente *top down* dei partiti tradizionali⁶². Diversamente, i partiti digitali «hanno introdotto innovazioni radicali in grado di plasmare i loro modelli organizzativi e le loro stesse relazioni con l'ambiente circostante e i cittadini» ed hanno utilizzato il web come «mezzo per superare il gap rispetto ai partiti già consolidati e attivi, permettendo di svolgere funzioni politiche fondamentali, come quella dell'aggregazione, della mobilitazione o dell'organizzazione della partecipazione»⁶³.

In tempi più recenti, tuttavia, sembra si stia assistendo ad un progressivo adattamento della logica comunicativa dei partiti *mainstream* alla dimensione mediatica e ad una loro conseguente progressiva trasformazione in forma “liquida”⁶⁴. Tale evoluzione ha contribuito ad accentuare la tendenza (già affermata da alcuni decenni e collegata all'intenso uso dello strumento televisivo nelle campagne elettorali)⁶⁵ alla personalizzazione della competizione politica e all'appiattimento del partito sul leader carismatico che in quel momento gode dell'attenzione del “pubblico” in

⁶¹ F. RANIOLO, V. TARDITI, *La rivoluzione digitale e le trasformazioni organizzative dei partiti*, cit., 264 ss.

⁶² Sul punto più diffusamente cfr. G. GIANISANTE, *La comunicazione politica online. Come usare il web per costruire consenso e stimolare la partecipazione*, Roma, Carocci, 2014; M. CAVALLO, M. SPADONI, *I social network. Come Internet cambia la comunicazione*, Milano, FrancoAngeli, 2010; S. BENTIVEGNA, *La politica in 140 caratteri. Twitter e spazio pubblico*, Milano, FrancoAngeli, 2014; M. R. ALLEGRI, *Oltre la Par Condicio, comunicazione politico elettorale nei social media*, cit.

⁶³ F. RANIOLO, V. TARDITI, *La rivoluzione digitale e le trasformazioni organizzative dei partiti*, cit.

⁶⁴ Sul punto cfr. F. SCUTO, *Democrazia rappresentativa e partiti politici: la rilevanza dell'organizzazione interna ed il suo impatto sulla rappresentanza politica*, in *federalismi.it*, n. 1, 2017, 15, evidenzia il cambio di passo nella strutturazione delle famiglie partitiche nel senso che «Il sistema politico si è indirizzato, dopo il crollo dei partiti tradizionali, verso la creazione di formazioni politiche meno organizzate, più “leggere” ed orientate ad esprimere leadership molto forti». Cfr. inoltre Z. BAUMAN, *Liquid Modernity*, Cambridge-Malden, 2000 (tr. it. *Modernità liquida*, Roma-Bari, 2002).

⁶⁵ D. CAMPUS, *Mediatization and Personalization of Politics in Italy and France. The Cases of Berlusconi and Sarkozy*, in *The International Journal of Press and Politics*, vol. 15, n. 2, 2010, 219-235. Cfr. anche A. CIAGLIA, G. MAZZOLENI, M. MAZZONI, S. SPLENDRE, *Politica e partiti «pop»*. *Come i media di intrattenimento confezionano la comunicazione politica*, in *Comunicazione politica*, n.1, 2014, 80. Al riguardo, si veda anche F. VENTURINO, *Italy: From Partitocracy to Personal Parties*, in AA.VV., *Political Leadership, Parties and Citizens. The Personalization of Leadership*, London-New York, Routledge, 2010, 172 ss.

quanto è capace di meglio sfruttare le potenzialità degli strumenti mediatici⁶⁶; con ciò, tuttavia, rischiando spesso di degenerare in derive dal sapore populista⁶⁷.

Un'attività particolarmente critica realizzata dai partiti digitali (e accarezzata, a volte, anche dai successivi partiti digitalizzati) ha riguardato il ricorso a canali informali di partecipazione democratica digitale utilizzati per rivestire di legittimità democratica le decisioni assunte dal partito in un contesto, tuttavia, di scarse garanzie di trasparenza. Ci si riferisce ad esempio nel contesto sistema Rousseau del Movimento 5 Stelle⁶⁸ ovvero, nell'esperienza tedesca del *Piratenpartei* alla piattaforma *LiquidFeedback* la quale, nondimeno, proprio per via dell'asserita impossibilità di garantire simultaneamente la segretezza delle votazioni e la verificabilità dei risultati da parte degli utenti (il cosiddetto "*Wahlcomputerproblem*"), venne infine utilizzata solo come strumento di sondaggio politico tra gli iscritti e supporto alla redazione dell'agenda da presentare all'assemblea "fisica" del partito⁶⁹.

Fra i principali rischi collegati al ricorso a strumenti del genere, – oltre alle numerose questioni collegate alle più elementari garanzie di tutela dell'autenticità, della personalità, della libertà, dell'uguaglianza e della

⁶⁶ A. CAMPATI, *La «democrazia immediata»: prospettive a confronto*, cit. L'A. pone in evidenza come L'evoluzione dei partiti politici in forma "liquida" e l'uso massiccio di Internet «ha trasformato il pubblico nell'unico attore politico esistente al di fuori delle istituzioni» finendo per facilitare diversi fenomeni di «rappresentanza diretta da parte del leader in relazione costante e non mediata con il popolo» sfociando spesso in derive populiste (308).

⁶⁷ T. Casadei, *Il mito del «popolo della rete» e le realtà del capo. Nuove tecnologie e organizzazioni politiche nel contesto italiano*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2015, n. 2, 886

⁶⁸ Su cui cfr. E. BIALE, V. OTTONELLI, *Un partito collage, né liquido né plebiscitario*, in *il Mulino*, n. 5, 2019, 760 ss. Il saggio approfondisce il tema dell'uso della piattaforma Rousseau sostenendo che tale strumento conduca all'implementazione di un metodo poco democratico, nonostante le apparenze, che finisce, altresì, per non consentire al Movimento 5 stelle di svolgere la sua funzione partitica di intermediazione nel dibattito politico.

⁶⁹ J. BEHRENS, J. KISTNER, A. NITSCHKE, B. SWIERCZEK, *The Principles of LiquidFeedback*, Berlin, Interaktive Demokratie, Berlino 2014 il testo è reperibile all'url: https://liquidfeedback.com/pub/The_Principles_of_LiquidFeedback_1st_edition_online_version.pdf ; cfr. inoltre G. GOMETZ, *Sulla "democrazia liquida". La segretezza del voto tra autonomia politica e bene comune*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, n. 30, 2014. Cfr. anche A. DE PRETIS, J. WOELK, *La bisbetica domata, ovvero il successo limitato dei partiti anti-partiti in Germania*, in *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, n. 3 2015, 833 ss. spec. 844 ss.

segretezza delle preferenze elettronicamente espresse dai cittadini – figura l'incertezza circa il fatto stesso che le decisioni assunte a seguito di tali consultazioni informali online siano effettivamente rappresentative di una volontà maggioritaria⁷⁰.

Tutto ciò conducendo a confondere, come è stato efficacemente sottolineato⁷¹ l'idea che sia oramai necessario integrare i processi di governo sfruttando le opportunità digitali (realizzando un maggiore coinvolgimento dei cittadini, ma rimanendo purtuttavia in una logica *top-down*) con una radicale visione *bottom up* della democrazia realizzata attraverso un imponente uso della deliberazione on line nell'*agorà* digitale.

4. *Manipolazione digitale del consenso politico e giustizia costituzionale: la sentenza n. 32 del 2024 della Corte costituzionale rumena*

Il tema della disinformazione e della manipolazione politica on line connessa al rischio di interferenze straniere e di alterazione del processo democratico nell'ambito di un evento elettorale è stato la tematica principale affrontata dalla Corte costituzionale Romana con la sentenza n. 32 adottata il 6 dicembre 2024, decisione con la quale la stessa Corte ha annullato, appena due giorni prima dello svolgimento del secondo turno, l'intero procedimento elettorale per l'elezione del Presidente della Repubblica. Il primo turno si era svolto il 24 novembre e si era concretato in un inatteso primato del candidato indipendente Călin Georgescu (con il 22,94%), nazionalista e conservatore; al secondo posto si era collocata invece Elena Lasconi (con il 19,18%), europeista alla guida dell'Unione Salva Romania (USR). Pochi giorni dopo il voto, Cristian Vasile Terheș – candidato anch'egli alle presidenziali (1,04%) – aveva presentato richiesta di annullamento delle elezioni alla Corte costituzionale, la quale, nondimeno, con decisione n. 31 del 2 dicembre 2024, pur avendo disposto il riconteggio delle schede, aveva rigettato la richiesta e convalidato il primo turno⁷². Tre giorni più tardi, la stessa Corte aveva altresì comunicato di

⁷⁰ Sul tema, ampiamente cfr. G. GOMETZ, *Populismo digitale e democrazia eterodiretta: il pericolo sta nel mezzo*, in *Ragion Pratica*, n.1, 2019, 233 ss.

⁷¹ E. DE BLASIO, *E-democracy*, Milano, Mondadori, 2019.

⁷² Nell'ambito di questo passaggio un problema che si è posto in maniera significativa ha riguardato il rispetto dei termini temporali per il riconteggio delle schede fissato dalla Corte. Ciò, sia per la difficoltà di portare a termine il riconteggio di più di 9

procedere a considerare le richieste di annullamento presentate dai candidati ammessi al secondo turno (dunque, Georgescu e Lasconi). Infine, il 6 dicembre la Corte ha emesso la Sentenza n. 32, annullando il procedimento elettorale e dando mandato al governo di fissare una data per le nuove elezioni⁷³.

La possibilità della Corte costituzionale romena di pronunciarsi in una tale vicenda si fonda sull'art.146 lett. F) della Costituzione del Paese in base al quale la stessa Corte è preposta ad «assicura[re] il rispetto del procedimento per l'elezione del Presidente». La norma va interpretata in combinato disposto con quanto stabilito dalla l. 47 del 1992 sul funzionamento della Corte costituzionale e dalla l. 370 del 2004 sull'elezione del Presidente. La Corte costituzionale ha interpretato tali previsioni normative nella decisione n. 66 del 1° ottobre 2019, affermando l'esistenza di una competenza esplicita sul procedimento elettorale presidenziale – comprensiva della risoluzione delle controversie sulla presentazione delle candidature, dei reclami relativi alla campagna elettorale e del giudizio sulla convalida o sull'annullamento dei risultati elettorali – e di una competenza implicita, che consente alla Corte di intervenire in tutte le fasi del procedimento elettorale quando non esiste altro rimedio legale da poter invocare⁷⁴.

milioni di suffragi in un intervallo di tempo molto breve, sia per la sovrapposizione con l'organizzazione delle elezioni parlamentari previste per il 1° dicembre 2024. Il termine così stretto trovava una sua ragione nella legge sull'elezione del Presidente, in base alla quale la Corte è chiamata a confermare i risultati del primo turno e ad annunciare i candidati qualificati per il ballottaggio entro 24 ore dalla ricezione del rapporto dell'Ufficio Elettorale Centrale. Tuttavia, considerate le circostanze, il 29 novembre, la Corte ha deciso di posticipare il termine per il riconteggio e la propria decisione al 2 dicembre. Per il dibattito che ne è seguito cfr. K. CSONGOR, *On Means and Ends: The Annulment of the Romanian Presidential Elections*, consultabile sul sito: <https://verfassungsblog.de/on-means-and-ends/> (ultima consultazione 13 luglio 2025).

⁷³ Per un commento sulla decisione si rinvia a A. CAPUTO, *L'annullamento delle elezioni presidenziali in Romania. Un panic shot a difesa della democrazia costituzionale?*, in *dirittifondamentali.it*, n. 2, 2025 97 ss. Cfr. anche F. ROSA, *L'annullamento delle elezioni presidenziali in Romania e la difficile difesa della democrazia*, in *federalismi.it*, n.15, 2025, 53 ss; cfr. F. CALECA, *Romania, una democrazia che si difende. Commento a margine della sentenza Călin Georgescu v. Romania della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Diritti Comparati*, 15 aprile 2025; B. IANCU, *Militant Democracy and Rule of Law in Three Paradoxes: The Annulment of the Romanian Presidential Elections*, in *Hague Journal on the Rule of Law*, 7 aprile 2025.

⁷⁴ Cfr. sul punto F. ROSA, *L'annullamento delle elezioni presidenziali in Romania e la difficile difesa della democrazia*, cit. 58, nota 12.

Nella decisione n. 32 la Corte chiarisce espressamente che, ai fini della decisione, si sono rivelate emblematiche le informazioni emerse dalle note informative del Ministero degli interni, del Servizio di intelligence estero, del Servizio di intelligence rumeno e del Servizio Speciale di telecomunicazioni, dalle quali si è reso evidente che lo stesso procedimento risultava essere stato viziato da numerose irregolarità e violazioni della legislazione elettorale, che hanno pregiudicato la libera espressione del voto dei cittadini e le pari opportunità dei candidati. In particolare, la Corte ha sanzionato la gravità dell'attività di disinformazione svoltasi on line e posta in essere da soggetti extra europei (collegati al governo russo) paventando, dunque, il rischio di una manipolazione straniera del processo elettorale.

Non è la prima volta che una Corte costituzionale europea si è spinta all'annullamento di un evento elettorale a tutela della sicurezza democratica del Paese⁷⁵, né la Corte rumena è nuova ad un certo attivismo in questo ambito⁷⁶: essa infatti, come afferma espressamente nella decisione n. 32, ritiene che «Lo Stato ha la responsabilità positiva di prevenire qualsiasi interferenza ingiustificata nel procedimento elettorale in relazione ai principi costituzionali» da cui si deduce che le garanzie costituzionali possano (e debbano) spingersi profondamente nella tutela dei processi elettorali. Nondimeno, la sentenza citata è particolarmente rilevante in quanto è la prima volta che la lesione lamentata in relazione a cui viene assunta la decisione si concreta nella disinformazione digitale i cui effetti deleteri vengono individuati dalla Corte nell'alterazione delle possibilità di informazione da parte dei cittadini elettori ed in una lesione nelle pari opportunità dei candidati.

Nella sentenza la Corte afferma che è compito dello Stato sensibilizzare l' «elettorato all'uso delle tecnologie digitali nelle elezioni, in particolare attraverso la fornitura di informazioni e sostegno adeguati» e,

⁷⁵ Si ricordano, ad esempio, gli annullamenti delle elezioni presidenziali disposti dalle Corti costituzionali austriaca, bulgara e dell'Ucraina, rispettivamente, nel 2016 e del 2024.

⁷⁶ Nell'ottobre del 2024 aveva rigettato la candidatura di Diana Șoșoacă, giacché sosteneva posizioni anti- NATO e anti-UE. Da ultimo con la decisione n. 7 dell'11 marzo 2025 la stessa Corte costituzionale rumena ha confermato la pronuncia 18D del 9 marzo 2025 dell'ufficio elettorale centrale ed ha rigettato la candidatura di Călin Georgescu, ovvero il vincitore del primo turno svoltosi il 24 novembre 2024. Sull'esclusione di Diana Ivanovici Șoșoacă e di Georgescu si rinvia a S. GIANNELLO, *La difesa della democrazia e i suoi limiti*, in *DPCE on line*, n. 2 del 2025, 345 ss.

sostenendo che «la libertà degli elettori di formarsi un'opinione comprende il diritto di essere adeguatamente informati prima di prendere una decisione», afferma che «nel caso di specie, la libera espressione del voto è stata violata dal fatto che gli elettori sono stati disinformati per mezzo di una campagna elettorale in cui uno dei candidati ha beneficiato di una promozione aggressiva, effettuata eludendo la legislazione nazionale in materia elettorale e sfruttando in modo abusivo gli algoritmi delle piattaforme di social media. La manipolazione del voto era tanto più evidente in quanto il materiale elettorale che promuoveva un candidato non recava i segni specifici della comunicazione elettorale ai sensi della legge n. 370/2004. Inoltre, il candidato ha anche beneficiato di un trattamento preferenziale sulle piattaforme dei social media, che ha avuto l'effetto di distorcere la manifestazione di volontà degli elettori».

Con riguardo invece al tema della *par condicio* fra candidati la Corte sostiene che «Le irregolarità nella campagna elettorale hanno avuto un impatto sui concorrenti elettorali, poiché hanno creato una disuguaglianza manifesta tra il candidato che ha manipolato le tecnologie digitali e gli altri candidati che hanno partecipato al procedimento elettorale. Pertanto, l'esposizione significativa di un candidato ha portato alla riduzione direttamente proporzionale dell'esposizione mediatica online degli altri candidati nel procedimento elettorale». In ultimo la Corte ha sanzionato il processo elettorale presidenziale appena svoltosi in relazione al tema della trasparenza dei finanziamenti elettorali sottolineando come tale principio (che riguarda e deve riguardare anche le spese delle campagne svoltesi on line) sia alla base della correttezza delle elezioni.

L'importanza della decisione della Corte costituzionale romena risiede nel fatto che essa si inserisce in un quadro più ampio e sottolinea l'evidenza per cui le minacce alla democrazia non provengono più soltanto da attori istituzionali o nazionali, ma si annidano anche nello spazio digitale, spesso in forme opache e transnazionali. Il fatto che la disinformazione online e la manipolazione algoritmica siano divenute oggetto di scrutinio da parte di una Corte costituzionale non rappresenta soltanto un passaggio innovativo nella giurisprudenza in materia elettorale, ma segnala un'evoluzione profonda della stessa funzione della giustizia costituzionale. Essa è oggi chiamata a presidiare non soltanto le procedure formali della democrazia, ma anche la sostanza delle condizioni che ne garantiscono l'effettivo esercizio: la parità tra candidati, la

trasparenza, e soprattutto la libertà dell'elettore di formarsi un'opinione informata.

Nel riconoscere che la disinformazione altera la libera formazione del consenso e mina le pari opportunità nella competizione politica, la Corte afferma implicitamente che la dimensione digitale non è uno spazio neutro, bensì un ambiente in cui si giocano, e si compromettono, diritti costituzionali fondamentali.

È su questo aspetto che si qualifica il valore paradigmatico della sentenza n. 32 del 2024; essa evidenzia come la protezione della legalità costituzionale non possa più prescindere dalla comprensione e dal controllo dei meccanismi digitali che influenzano la sfera pubblica. La decisione presenta certamente degli elementi di criticità fra i quali, ad esempio, il non citare mai espressamente nel testo della sentenza il nome del candidato avvantaggiato dalla disinformazione digitale (Georgescu), la piattaforma social attraverso la quale tale disinformazione si sarebbe realizzata (Tik Tok), il Paese che avrebbe posto in essere e supportato tali attività di disinformazione (Russia)⁷⁷. Essa, nondimeno, rappresenta uno snodo significativo verso l'estensione della giurisdizione costituzionale in territori finora ritenuti dominati da poteri privati e logiche extragiuridiche, e che invece incidono profondamente sulla qualità della democrazia.

5. *Il regolamento Europeo 2024/900 in materia di targeting e trasparenza della pubblicità politica*

Nell'ambito del contesto descritto, in relazione al quale si rende evidente la crescente necessità di attenzione giuridica ai rischi strutturali associati alla comunicazione politica digitale, si inserisce pienamente il Regolamento (UE) 2024/900 sulla trasparenza e sul *targeting* della pubblicità politica, in vigore dal 10 ottobre 2025⁷⁸. Il nuovo Atto normativo

⁷⁷ Sulle dette criticità si soffermano i commenti di A. CAPUTO, *L'annullamento delle elezioni presidenziali in Romania. Un panic shot a difesa della democrazia costituzionale?*, in *diritti-fondamentali.it*, n. 2, 2025, 97 ss. Cfr. anche F. ROSA, *L'annullamento delle elezioni presidenziali in Romania e la difficile difesa della democrazia*, in *federalismi.it*, n. 15, 2025. Cfr. anche S. Sassi, A. STERPA, *La Corte costituzionale della Romania difende la democrazia liberale dalla disinformazione. Prime note sulla sentenza n. 32 del 6 dicembre 2024*, in *federalismi.it*, n. 4, 2025, 162 ss.

⁷⁸ Regolamento (UE) 2024/900 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 marzo 2024, relativo alla trasparenza e al targeting della pubblicità politica. Reperibile

costituisce un tassello fondamentale nella progressiva europeizzazione delle garanzie a tutela dell'integrità del processo democratico nell'ambiente digitale⁷⁹ poiché, con la sua adozione, l'Unione interviene in modo unitario su un settore finora regolato solo frammentariamente da norme nazionali e da strumenti di *soft law* (come, ad esempio, il Codice di buone pratiche sulla disinformazione del 2022)⁸⁰.

Il Regolamento affronta in modo sistematico due profili che, come evidenziato anche dalla giurisprudenza costituzionale e sovranazionale, sono ormai parte integrante delle garanzie necessarie per assicurare l'effettività dei diritti politici nell'ambiente digitale: la trasparenza dei messaggi politici sponsorizzati e l'uso di tecniche di micro-targeting basate sui dati personali. Da un lato, infatti, esso impone diversi stringenti obblighi agli editori di pubblicità politica – incluse le piattaforme online – circa la riconoscibilità della natura politica del contenuto; dall'altro, esso introduce limiti stringenti al targeting personalizzato

Particolarmente rilevante, anche nel dialogo implicito con la giurisprudenza costituzionale europea esaminata, è la previsione volta a prevenire le interferenze di attori extra-UE nei tre mesi precedenti le elezioni o i referendum: una misura che, pur muovendo da esigenze di sicurezza democratica, riflette lo stesso bilanciamento tra libertà di espressione, diritto all'informazione e tutela dell'integrità elettorale emerso nei casi nazionali. In questo senso, il Regolamento 2024/900 contribuisce a consolidare una concezione sostanziale del diritto ai diritti politici nello spazio digitale, assumendo come parametro non soltanto l'assenza di restrizioni formali, ma anche la trasparenza, la verificabilità e la non-manipolabilità del contesto informativo entro cui si forma la volontà popolare.

Con l'adozione del Regolamento europeo, dunque, Il legislatore

all'url: Regolamento – UE – 2024/900 – EN – EUR-Lex . Per una prima illustrazione critica del detto Regolamento si rinvia a E. PALOMBA, *Le neurotecnologie nella comunicazione politica: luci e ombre del Regolamento (UE) 2024/900*, in reperibile all'url: www.lecostituzionaliste.it, dicembre 2024.

⁷⁹ Sulla proliferazione delle fonti dell'UE nel settore della comunicazione (commerciale e politica) digitale e sulle connesse problematiche di coordinamento fra le relative normative cfr. E.A. ROSSI, *Problemi di coordinamento normativo nel contrasto alla disinformazione politica e commerciale*, in *federalismi.it*, n. 15, 2025, 76 ss.

⁸⁰ Su cui. Cfr. F. ZORZI GIUSTINIANI, *L'Unione Europea e la regolamentazione del digitale: il Digital Service Package e il codice di buone pratiche sulla disinformazione*, in *Nomos – L'attualità nel Diritto*, n. 2, 2022, 1 ss.

sovranazionale, facendo leva sugli artt. 16 e 114 TFUE, ha introdotto un insieme armonizzato di obblighi volti a prevenire interferenze nei processi democratici dell'Unione, a garantire certezza giuridica agli operatori del settore e a rafforzare la tutela dei diritti fondamentali dei cittadini, soprattutto con riferimento alla protezione dei dati personali e alla libertà di informazione.

L'articolato muove innanzitutto da una definizione ampia di *political advertising* (art. 3, par. 2), nella quale rientra ogni messaggio (indipendentemente dal mezzo utilizzato) idoneo a influenzare un processo democratico, fornito normalmente dietro remunerazione. Contestualmente, il regolamento delimita con precisione le ipotesi escluse dall'ambito di applicazione, tra cui «i messaggi provenienti da fonti ufficiali degli Stati membri o dell'Unione strettamente riguardanti l'organizzazione e le modalità di partecipazione a elezioni o referendum, compreso l'annuncio delle candidature o dei quesiti referendari, oppure la promozione della partecipazione a elezioni o referendum; la comunicazione pubblica finalizzata a fornire informazioni ufficiali al pubblico da parte, a favore o per conto di un'autorità pubblica di uno Stato membro o dell'Unione, incluso da parte, a favore o per conto di membri del governo di uno Stato membro, a condizione che non possa e che non sia intesa a influenzare l'esito di un'elezione o di un referendum, un comportamento di voto o un processo legislativo o regolamentare; e la presentazione di candidati in determinati spazi pubblici o nei mezzi di comunicazione, esplicitamente prevista dalla legge, effettuata a titolo gratuito e in condizioni parità di trattamento dei candidati»⁸¹. Ciò nel dichiarato intento di evitare interferenze indebite nella libera formazione dell'opinione pubblica.

Un elemento di innovatività della disciplina, come già osservato, si rinviene in particolare negli obblighi di trasparenza e nei limiti posti all'uso di tecniche di *targeting* e di *delivery* dei messaggi politici. Il capo II, difatti, impone agli editori di pubblicità politica un insieme di adempimenti stringenti, tra cui l'obbligo di accompagnare ogni messaggio con un avviso di trasparenza (contenente l'identità dello sponsor, l'indicazione del processo democratico di riferimento, la dichiarazione dell'eventuale utilizzo di tecniche di *targeting* e un link a un archivio informativo)⁸². I prestatori devono inoltre conservare per sette anni un registro dettagliato

⁸¹ Art. 3, sez. 2 b) i), ii), iii) Reg. 2024/900.

⁸² Art. 12 Reg. 2024/900.

delle attività pubblicitarie (art. 11), agevolare la segnalazione di messaggi non conformi (art. 15) e comunicare tempestivamente eventuali variazioni delle informazioni necessarie al rispetto degli obblighi regolamentari.

Particolarmente incisiva è inoltre la disciplina prevista nel capo III del Regolamento ove artt. 18 e 19, regolano l'uso delle tecniche di targeting basate su dati personali. L'atto normativo europeo stabilisce che tali tecniche siano ammesse solo se il titolare del trattamento garantisce il rispetto del GDPR e di obblighi ulteriori specifici, tra cui: il consenso esplicito e separato dell'interessato per l'utilizzo dei dati a fini di pubblicità politica; il divieto di targeting che comporti "profilazione" non conforme; il divieto assoluto di indirizzare messaggi verso soggetti che il titolare sappia, con ragionevole certezza, avere meno dell'età minima per il voto (art. 18, par. 2); e l'obbligo di documentare tutte le scelte algoritmiche rilevanti ai fini della trasparenza e della rendicontazione (art. 19). L'atto tiene altresì conto delle specificità delle piccole e medie imprese, prevedendo forme attenuate di compliance senza compromissione degli obiettivi di tutela (art. 11, par. 5).

Infine, un significativo profilo di innovatività del Regolamento 900 riguarda il tentativo dell'Unione di contrastare interferenze provenienti da attori di Paesi terzi. L'art. 5, par. 2, impone che nei tre mesi precedenti qualsiasi elezione o referendum che si svolga nell'Unione, i prestatori di servizi di pubblicità politica possano fornire i loro servizi esclusivamente a soggetti cittadini dell'UE, residenti aventi diritto di voto o persone giuridiche stabilite nell'Unione non controllate da entità di Paesi terzi.

Nel complesso, il Regolamento (UE) 2024/900 si colloca come un tassello fondamentale nella costruzione di un ambiente digitale democraticamente sostenibile, rafforzando le garanzie procedurali e sostanziali connesse alla partecipazione politica online. La disciplina sulla trasparenza della pubblicità politica costituisce infatti un elemento essenziale per assicurare che la competizione elettorale non venga alterata da pratiche opache, automatizzate o manipolative, e che il diritto dei cittadini a ricevere informazione politica autentica, verificabile e pluralistica non sia compromesso da asimmetrie informative o da utilizzi distorti dei dati personali.

6. *Tecnologia e diritti politici: la sfida delle garanzie costituzionali nell'ecosistema digitale*

Le trasformazioni prodotte dall'evoluzione tecnologica digitale hanno inciso profondamente sulle modalità di costruzione, espressione e garanzia del consenso politico, tanto individuale quanto collettivo. In questo mutato scenario, si rende evidente come sia necessario un ripensamento complessivo dell'apparato di guarentigie che presidiano i diritti politici, senza con ciò snaturare i principi che, nel tempo, hanno fondato la tutela dell'informazione politica e del processo democratico.

Non si tratta dunque di abbandonare l'eredità del costituzionalismo liberaldemocratico, quanto piuttosto di adattarne i presupposti alle peculiari caratteristiche dell'ecosistema digitale. Si conferma pertanto, anche in questo, ambito l'esito del dibattito iniziale in tema di diritto digitale quando Lawrence Lessing, riconoscendo alla dimensione digitale delle specificità irriducibili, riteneva che le caratteristiche del web imponevano una seria valutazione circa la possibilità delle categorie giuridiche tradizionali di permeare i confini – e quindi di soddisfare pienamente le esigenze di regolazione e tutela che anche da tale (non)luogo promanano – mentre sul fronte opposto, Frank Easterbrook (allora giudice della Corte di Appello degli Stati Uniti per il Settimo Circuito) in una conferenza sul tema *Law of Cyberspace* organizzata dall'Università di Chicago nel 1996, contestava l'idea che il diritto digitale possedesse una sua intrinseca autonomia sostenendo che i suoi fenomeni dovessero essere studiati ed analizzati attraverso il prisma delle regole generali⁸³.

⁸³ Il giudice Easterbrook paragonando il diritto digitale ad una sorta di “legge sul cavallo” ne sostenne l'irrelevanza affermando «the best way to learn the law applicable to specialized endeavours is to study general rules. Lots of cases deal with sales of horses; others deal with people kicked by horses; still more deal with the licensing and racing of horses, or with the care veterinarians give to horses, or with prizes at horse shows. Any effort to collect these strands into a course on “The Law of the Horse” is doomed to be shallow and to miss unifying principles. Teaching 100 percent of the cases on people kicked by horses will not convey the law of torts very well. Far better for most students--better, even, for those who plan to go into the horse trade--to take courses in property, torts, commercial transactions, and the like, adding to the diet of horse cases a smattering of transactions in cucumbers, cats, coal, and cribs. Only by putting the law of the horse in the context of broader rules about commercial endeavours could one really understand the law about horses», F.H. EASTERBROOK, *Cyberspace and the Law of the Horse*, in *University of Chicago Legal*

La natura reticolare e algoritmica dell'ecosistema digitale, la centralità degli attori privati nell'organizzazione dello spazio pubblico e l'opacità dei meccanismi di formazione dell'opinione individuale e collettiva esigono un aggiornamento delle categorie tradizionali della giustizia costituzionale e della regolazione democratica.

In questa prospettiva, la partnership pubblico-privato, fra i tanti elementi, va considerata un elemento strutturale, non eludibile⁸⁴: la difesa della libertà di espressione e dell'integrità del processo democratico richiede un impegno congiunto tra istituzioni pubbliche e piattaforme digitali, orientato alla trasparenza degli algoritmi, alla responsabilità editoriale dei gestori, e alla promozione di standard condivisi in materia di informazione politica.

Alcune esperienze emblematiche offrono, a tal proposito, indicazioni utili: l'approccio europeo, a partire dall'adozione del *Digital Services Act*, ha inaugurato un modello di regolazione orizzontale, che impone obblighi di diligenza alle grandi piattaforme⁸⁵. A conferma di questa impostazione, il nuovo Regolamento (UE) 2024/900 sulla trasparenza e sul *targeting* della pubblicità politica rappresenta un passaggio ancora più deciso nella costruzione di un ambiente digitale compatibile con le esigenze del costituzionalismo democratico. La scelta dell'Unione di introdurre obblighi armonizzati di trasparenza, limiti stringenti al micro-targeting basato sui dati personali e misure di prevenzione delle interferenze elettorali da parte di attori extra-UE mostra come la protezione dei diritti politici, in tale ecosistema normativo, non possa più essere affidata alla sola dimensione giurisprudenziale o alla responsabilità delle piattaforme, ma richieda una regolazione positiva, proattiva e tecnologicamente consapevole. In questo senso, il Regolamento 900 costituisce non soltanto una disciplina settoriale, ma il segnale di una più ampia transizione verso un diritto pubblico europeo capace di presidiare anche la dimensione digitale del processo democratico, rendendo effettivi i valori del pluralismo, della trasparenza e della partecipazione informata che fondano la cittadinanza costituzionale.

Diversamente, l'approccio statunitense, storicamente più orientato

Forum, vol. 1996, 1996, 207-208. Sul detto dibattito si rinvia a M. Bassini, *Internet e libertà di espressione*, cit., spec. 31 e ss.

⁸⁴ Al tema è dedicato il volume a cura di C.M. CASCIONE, G.G. CODIGLIONE, P. PARDOLESI, *Public and Private in Contemporary Societies*, Roma Tre-press 2024.

⁸⁵ Cfr. L. FABIANO, *Le potenzialità manipolative della democrazia digitale fra interessi pubblici e poteri privati*, in *Diritto dell'Informazione e dell'Informatica*, n.4-5, 2023, pp. 597 ss.

alla deregolazione in nome del Primo Emendamento, mostra recenti segnali di evoluzione in termini di liberal protezionismo⁸⁶ e di garanzie assicurate ai server digitali senza la previsione di una correlativa adeguata riforma in termini di responsabilità degli stessi⁸⁷. Le esperienze canadese e australiana evidenziano, dal canto loro, come sia possibile coinvolgere attivamente le piattaforme digitali nella tutela del pluralismo informativo, attraverso modelli di regolazione ibrida che combinano intervento pubblico e forme di autoregolazione co-governate⁸⁸.

Si evidenziano, d'altra parte, tendenze innovative in relazione alla quale occorre che le corti costituzionali, nel loro ruolo di custodi dell'equilibrio democratico, si attrezzino per affrontare con maggiore consapevolezza la dimensione digitale dei diritti politici. La sentenza n. 32/2024 della Corte costituzionale romena è emblematica: per la prima volta, la giurisdizione costituzionale è intervenuta in modo concreto su fenomeni di disinformazione digitale, affermando che la protezione della legalità costituzionale non può più prescindere dal controllo dei meccanismi tecnologici che influenzano la sfera pubblica.

Il digitale non rappresenta dunque solo una sfida alla democrazia, ma anche un banco di prova per la sua capacità di rigenerarsi. L'obiettivo non è la restaurazione di un modello passato, ma la costruzione di una democrazia digitale costituzionalmente orientata, in cui il pluralismo, la trasparenza e la responsabilità collettiva si realizzino e siano garantiti tanto *off line* quanto nel metaverso.

ù

⁸⁶ Cfr. L. FABIANO, *Il liberal-protezionismo digitale statunitense fra difesa della leadership nel mercato tecnologico e sicurezza nazionale*, in *DPCE online*, n. 3, 2023, pp.2335 ss.

⁸⁷ Rilevante a tale proposito risulta la sentenza *Moody, Attorney General of Florida, et al. v. Netchoice, LLC, DBA Netchoice, et al.* nella quale la Corte suprema federale statunitense, il primo luglio 2024, ha qualificato l'attività di *content moderation* delle piattaforme digitali quale forma di *free speech*. Sulla decisione cfr. L. FABIANO, *Content moderation e free speech clause: il controverso rapporto fra libertà e responsabilità delle piattaforme digitali nella più recente giurisprudenza della Corte suprema federale USA*, in *federalismi.it*, n. 27 2024.

⁸⁸ Sul caso australiano cfr. K. LEE, S. MOLITORISZ, *The Australian News Media Bargaining Code: lessons for the UK, EU and beyond*, in *Journal of Media Law*, vol. 13, n. 1, 2021, 1 ss. Sul caso canadese cfr. G. CAMERON, *Rethinking Digital Politics in Canada: Challenges for Law and Policy*, in *Canadian Journal of Political Science*, vol 56, n. 1, 2023, 251-254.

Abstract

Il contributo analizza l'impatto delle tecnologie informatico-digitali sui processi di formazione del consenso politico e sulla trasformazione della democrazia rappresentativa contemporanea. Muovendo dalla crisi dei partiti tradizionali, dalla frammentazione identitaria e dai fenomeni di disintermediazione politica, il lavoro approfondisce il ruolo delle ICT nella ridefinizione della partecipazione democratica, evidenziandone al contempo le potenzialità inclusive e i rischi manipolativi. In particolare, vengono esaminati i meccanismi di profilazione algoritmica, microtargeting e selezione dei contenuti che incidono sulla costruzione dell'opinione pubblica, favorendo fenomeni di polarizzazione, filter bubbles e vulnerabilità cognitiva.

Il saggio si sofferma inoltre sull'evoluzione dell'intermediazione partitica nell'ecosistema digitale, sui modelli di partecipazione online sperimentati dai partiti digitali e sulle criticità costituzionali connesse alla trasparenza e alla genuinità dei processi democratici. Specifica attenzione è dedicata alla sentenza n. 32 del 2024 della Corte costituzionale rumena, assunta quale caso emblematico di tutela giurisdizionale contro la manipolazione digitale del consenso politico e le interferenze straniere nei processi elettorali. Infine, il contributo analizza il Regolamento (UE) 2024/900 in materia di targeting e trasparenza della pubblicità politica, interrogandosi sulla necessità di ripensare le garanzie costituzionali dei diritti politici alla luce delle trasformazioni prodotte dall'ecosistema digitale contemporaneo.

Political Rights in the Digital Society

This essay examines the impact of digital information and communication technologies on the formation of political consensus and on the transformation of contemporary representative democracy. Starting from the crisis of traditional political parties, the fragmentation of collective identities, and the growing phenomenon of political disintermediation, the paper investigates the role of ICTs in reshaping democratic participation, highlighting both their inclusive potential and their manipulative

risks. Particular attention is devoted to algorithmic profiling, microtargeting, and content-selection mechanisms that increasingly influence public opinion, fostering polarization, filter bubbles, and cognitive vulnerability. The article also explores the evolution of political intermediation within the digital ecosystem, the participatory models experimented with by digital parties, and the constitutional challenges related to transparency and the integrity of democratic processes. Specific focus is placed on Decision No. 32 of 2024 of the Romanian Constitutional Court, considered as a paradigmatic example of judicial protection against digital manipulation of political consensus and foreign interference in electoral processes. Finally, the paper analyses Regulation (EU) 2024/900 on the targeting and transparency of political advertising, reflecting on the need to reconsider the constitutional safeguards of political rights in light of the transformations produced by the contemporary digital environment.

Istruzione e risorse: profili costituzionali

di Marcello Salerno

SOMMARIO: 1. Diritto all'istruzione e risorse nel quadro dei principi costituzionali. – 2. Il diritto all'istruzione «inferiore» e quello ai «più alti» gradi di studio: una distinzione superata? – 3. *Segue*: il diritto allo studio per «capaci e meritevoli». – 4. La gestione delle risorse nel rapporto tra scuola pubblica e privata. – 5. La ripartizione di competenze in materia di istruzione e il nodo dell'autonomia differenziata. – 6. Il condizionamento finanziario dei diritti e l'istruzione come “risorsa”.

1. *Diritto all'istruzione e risorse nel quadro dei principi costituzionali.*

Il rapporto tra diritti e risorse assume una connotazione del tutto particolare quando viene analizzato con specifico riferimento al diritto all'istruzione. Non solo perché tale diritto, al pari di altri diritti sociali, impegna una parte importante di risorse pubbliche in termini economico-finanziari ma anche perché l'istruzione, in sé, costituisce una vera e propria risorsa per il sistema-paese sotto il profilo dell'investimento in termini di cultura, di capitale umano, di competitività e di progresso sociale. Come è noto, infatti, una società che possiede un alto grado di istruzione è caratterizzata da un elevato livello di conoscenze e di competenze che si traducono in maggiore produttività del lavoro, in ricerca, in innovazione aprendo le porte a nuove idee e scoperte scientifiche, nuove tecnologie.

Osservato da questa prospettiva il diritto all'istruzione si inserisce in maniera ancora più coerente ed organica nel quadro dei valori e dei principi fondamentali della nostra Carta costituzionale. La sua tutela, infatti, è uno dei presupposti primari dell'effettivo sviluppo della persona, della crescita individuale e sociale, dell'emancipazione e quindi anche della partecipazione democratica. Il diritto all'istruzione, in altri termini, non si configura soltanto come un diritto che mira a fornire conoscenze o competenze individuali ma assume anche una dimensione collettiva: la qualità del sistema educativo influenza lo sviluppo di una società libera, democratica e solidale favorendo il pensiero critico e la consapevolezza, anche civica¹.

¹ Il diritto all'istruzione è strettamente collegato anche all'educazione al sentimento

I principi strutturanti dell'ordinamento costituzionale hanno diretto svolgimento, vera e propria esecuzione nel diritto all'istruzione, basti pensare al principio di uguaglianza, a quello pluralistico o personalistico². Per esplicito riconoscimento della stessa Corte costituzionale, la comunità scolastica è una delle principali «formazioni sociali» ove l'uomo, ogni individuo svolge la propria personalità, acquisisce gli strumenti per realizzarsi³.

L'art. 34 della Costituzione, nel dichiarare la scuola «aperta a tutti», con chiarezza riconduce il diritto all'istruzione nell'alveo del principio di eguaglianza nella dimensione sia formale sia sostanziale. Da un lato, infatti, il diritto all'istruzione non può certamente subire limitazioni discriminatorie. Nello stesso tempo, tale diritto è anche uno dei principali strumenti attraverso cui è concretamente possibile dare piena attuazione al principio di uguaglianza sostanziale: ogni volta che l'accesso all'istruzione è «di fatto» impedito da ostacoli di ordine economico e sociale, viene meno un elemento fondamentale e irrinunciabile⁴ per realizzare la piena eguaglianza e lo sviluppo della persona umana. Proprio da qui deriva il compito della Repubblica di istituire scuole statali per tutti gli ordini e gradi (art. 33 Cost.), di garantire il diritto allo studio a capaci e meritevoli «anche se privi di mezzi», di rendere effettivo tale diritto con «borse di studio, assegni alle famiglie ed altre provvidenze» attribuite per concorso (art. 34 Cost.).

Il diritto all'istruzione contribuisce anche alla realizzazione del pro-

costituzionale, un tema affrontato in P. LOGROSCINO, *La "costituzione scolastica" di Cadice e le insidie della "nominalizzazione" costituzionale*, in *DPCE on line*, n. 3/2012, 1 ss., in part. 8 ss., il quale riflette anche sulla funzione "educativa" della Costituzione.

² «L'orientamento dell'istruzione-educazione verso l'intera tavola dei valori costituzionalmente positivizzati ne esce, in una prospettiva siffatta, ancora più rafforzato, sol che si consideri che uno dei valori sui quali poggia l'ordinamento è appunto quello del pluralismo, nel suo fare "sistema" coi valori restanti: libertà, eguaglianza, giustizia, democrazia, e via dicendo. Nessuna "verità" costituzionale può, dunque, essere imposta da chicchessia; tutt'all'inverso, il pluralismo "educa" a rifuggire da ogni forma, palese ovvero occulta, di dogmatismo, per aprire piuttosto le menti (e – vorrebbe dirsi – anche i cuori) all'accettazione della possibile (e, per certi versi, persino auspicabile) diversità dell'altro», A. RUGGERI, *Il diritto all'istruzione (temi e problemi)* in *Rivista giuridica della scuola*, 2008, 770 s.

³ «La basilare garanzia dei diritti inviolabili dell'uomo "nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità" apprestata dall'art. 2 Cost. trova espressione in riferimento a quella formazione sociale che è la comunità scolastica», Corte costituzionale 8 giugno 1987, n. 215, p.to 6 *cons. in diritto*.

⁴ M. SALAZAR (voce), *Pubblica istruzione (Diritto alla)*, in *Digesto disc. pubbl.*, Torino, 1997, 2.

getto individuale di vita di ogni cittadino attraverso il lavoro, valore fondante l'ordinamento repubblicano (art. 1 Cost.). L'accesso a un'istruzione di qualità offre l'opportunità di formarsi, di accrescere la propria preparazione, le proprie competenze, il proprio livello culturale, favorendo l'ingresso nel mondo del lavoro e lo svolgimento di una professione il più possibile coerente con le proprie attitudini e le proprie capacità. Con ciò si realizza concretamente il diritto al lavoro ma anche si realizzano i presupposti perché tutti possano assolvere il dovere costituzionale di concorrere al «progresso materiale o spirituale della società» (art. 4 Cost.) e si migliorano le condizioni socio-economiche di vita e il ruolo di ogni individuo nella società.

Sempre nel quadro dei principi costituzionali sui quali trova fondamento il diritto all'istruzione si inserisce anche la promozione della cultura e della ricerca scientifica che la Costituzione affida alla Repubblica (art. 9). Un obiettivo la cui realizzazione passa anche attraverso il sistema di istruzione e quello universitario nonché attraverso tutti i soggetti pubblici e privati che a vario titolo si occupano di formazione, ricerca, innovazione e contribuiscono ad elevare complessivamente il livello culturale della società.

Anche la tutela del patrimonio storico ed artistico della Nazione che sempre l'art. 9 riconduce tra i principi fondamentali della Costituzione è strettamente correlato al diritto all'istruzione dal momento che quest'ultimo consente ai cittadini non solo di acquisire le conoscenze, le competenze e le capacità critiche per comprendere, difendere, apprezzare e valorizzare il patrimonio culturale nazionale, ma contribuisce anche a produrre nuova cultura attraverso nuove testimonianze di arte e di civiltà a beneficio delle generazioni presenti e future.

2. *Il diritto all'istruzione «inferiore» e quello ai «più alti» gradi di studio: una distinzione superata?*

Al fine di ricostruire le diverse sfaccettature del diritto all'istruzione è utile considerare che il tenore letterale dell'art. 34 Cost. ha sempre indotto parte della dottrina a distinguere l'istruzione «inferiore», «impartita per almeno otto anni», «obbligatoria e gratuita» dal diritto di raggiungere «i più alti gradi degli studi», spesso identificato più specificatamente come

“diritto allo studio”. Quest’ultimo, a differenza del diritto all’istruzione, è garantito in particolare (o solo?)⁵ a «capaci e meritevoli, anche se privi di mezzi» attraverso «borse di studio, assegni alle famiglie ed altre provvidenze» attribuite per concorso. Per «concorde riconoscimento delle forze politiche operanti in Italia»⁶, il diritto allo studio costituiva un postulato di giustizia sociale al pari del diritto all’istruzione, ma da esso distinto: il diritto all’istruzione (di base) si concretizza in una pretesa rivendicabile da tutti ad ottenere una prestazione gratuita mentre il diritto allo studio si realizza nella garanzia di ricevere un’istruzione superiore, non gratuita per tutti ma solo per chi possiede capacità e merito⁷.

Si tratta di una distinzione che è emersa ed è stata sottolineata in più occasioni anche dalla giurisprudenza costituzionale⁸, la quale aveva

⁵ U. POTOTSCHNIG (voce), *Istruzione (diritto alla)*, in *Enc. dir.* XXIII, Milano, 1973, 96 ss., il quale precisa che durante la discussione in Assemblea costituente venne respinto in realtà un emendamento volto a precisare che tale diritto doveva essere riconosciuto «solo» a capaci e meritevoli. Anche per effetto di quel voto, pertanto, non è precluso oggi al legislatore di permetterne l’accesso ai più alti gradi degli studi anche a coloro che non sono «capaci e meritevoli»; d’altro canto, però, questi ultimi non potrebbero invocare alcuna norma della Costituzione a fondamento di un loro «diritto» in tal senso. Come è stato più esplicitamente affermato «solo capaci e meritevoli hanno diritto a raggiungere i gradi più alti degli studi. Per gli altri l’accesso non è un diritto, ma una possibilità assoggettata alla previa soddisfazione dei primi e, conseguentemente, alle scelte organizzative adottate dall’ordinamento» A. POGGI, *Art. 34*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Vol. I, Torino, 2006, 710.

⁶ Atti Ass. Cost., *I principi dei rapporti sociali (culturali). Relazione del deputato Aldo Moro*, in *I Sottocomm. Relazioni*, reperibile in <http://archivio.camera.it/resources/atc04/pdf/CD1700000387.pdf>.

⁷ Si sofferma sulla distinzione, ritenuta gravida di implicazioni, tra “diritto all’istruzione” e “diritto ad una istruzione di grado elevato” riconosciuto come proprio dei soli soggetti “capaci e meritevoli”, A. RUGGERI, *Il diritto all’istruzione (temi e problemi)*, cit., 773.

⁸ Corte cost. n. 215/1987, p.to 6 *cons. in diritto* laddove si sottolinea che, con riferimento all’art. 34 Cost., «l’effettività dell’istruzione dell’obbligo è, nel secondo comma, garantita dalla sua gratuità; quella dell’istruzione superiore è garantita anche a chi, capace e meritevole, sia privo di mezzi, mediante borse di studio, assegni alle famiglie ed altre provvidenze (terzo e quarto comma)» ma cfr. anche Corte costituzionale, sentenza 28 maggio 1975, n. 125, p.to 2 *cons. in diritto* che precisa: «l’art. 34, secondo comma, della Costituzione ... non stabilisce affatto un obbligo assoluto rispetto alla generalità dei cittadini, ma, inteso in connessione con il successivo terzo comma, prevede un diritto dei capaci e meritevoli, anche se privi di mezzi, di raggiungere i gradi più alti degli studi», sulla stessa linea anche Corte cost. n. 7/1967, p.to 2 *cons. in diritto*. In dottrina v. anche A.

inizialmente inteso la gratuità sostanzialmente come esenzione dalle tasse scolastiche, dal momento che il diritto all'istruzione gratuita si esaurisce «mediante la messa a disposizione degli ambienti scolastici, del corpo insegnante e di tutto ciò che direttamente inerisce a tali elementi organizzativi»⁹. Sulla stessa linea, la Corte ha affermato che i principi della scuola aperta a tutti e della gratuità della scuola dell'obbligo «debbono essere adempiuti nel quadro degli obblighi dello Stato ... nell'osservanza dei limiti di bilancio»¹⁰.

Nel differenziare tra loro i concetti di insegnamento, istruzione ed educazione, i giudici costituzionali osservano che nel primo si identifica «l'attività del docente diretta ad impartire cognizioni ai discenti nei vari rami del sapere, nel secondo (l'istruzione) l'effetto intellettuale di tale attività e nel terzo (l'educazione) l'effetto finale complessivo e formativo della persona in tutti i suoi aspetti», giungendo all'impossibilità di ricomprendere tra le prestazioni a cui lo Stato è tenuto «anche altre prestazioni che si collegano all'insegnamento e lo coadiuvano ma non ne costituiscono i tratti essenziali»¹¹. Tuttavia il legislatore, intervenendo sulla materia, ha superato gli orientamenti della Corte intendendo la gratuità in termini più ampi ed intervenendo a sostegno anche delle spese relative, ad esempio, al trasporto o alla fornitura di libri di testo¹².

Un altro elemento distintivo tra diritto all'istruzione e diritto allo

MELONCELLI, *Osservazioni sul cosiddetto diritto all'istruzione*, in *Atti del convegno internazionale di diritto scolastico*, Milano, 1972, 245.

⁹ Tutte le restanti misure di agevolazione (fornitura di libri di testo, trasporto scolastico, ecc.) possono riguardare «le famiglie più bisognose di ausilio», così Corte costituzionale, sentenza 4 febbraio 1967, n. 7, p.to 3, *cons. in diritto*.

¹⁰ Corte cost. n. 125/1975, p.to 2 *cons. in diritto* ma anche sentenza 14-21 giugno 1996, n. 208, p.to 1 *cons. in diritto*.

¹¹ Cfr. ancora Corte cost. n. 7/1967, p.to 3 *cons. in diritto*. Sul punto è stato criticamente osservato che se, da un punto di vista astratto, i libri di testo, il materiale di cancelleria e i mezzi di trasporto non costituiscono di per sé «tratti essenziali» dell'insegnamento, la questione cambia se il problema della fornitura dei libri di testo, dei mezzi di trasporto e del materiale di cancelleria – e un domani il personal computer – viene affrontato in concreto, e quindi nell'ottica dell'art. 3 comma 2 Cost. con riferimento ai limiti di fatto che la mancata fornitura dei libri di testo, dei mezzi di trasporto ecc. precostituisce a danno della libertà e dell'eguaglianza dei cittadini, per le famiglie meno abbienti, così A. PACE, *Il diritto all'istruzione nel tempo di crisi*, in *Dir. e soc.*, n. 1/2013, 35 ss.

¹² Con riferimento ai libri di testo cfr., a titolo di esempio: art. 35, l. 24 luglio 1962, n. 1073; art. 1, l. 10 agosto 1964, n. 719; art. 15, l. 31 ottobre 1966, n. 942. Analogamente, per il trasporto: art. 34 l. n. 1073 del 1962; art. 14, l. n. 942 del 1966.

studio è rinvenibile nella circostanza che il primo coinvolge in maniera rilevante non solo le istituzioni scolastiche ma anche la famiglia. L'art. 30 della Costituzione, nel sottolineare che è «dovere e diritto dei genitori mantenere, istruire ed educare i figli», attribuisce ai genitori un ruolo fondamentale che naturalmente si integra con quello delle istituzioni scolastiche. L'art. 147 del Codice civile traduce in termini di legislazione ordinaria il richiamato precetto costituzionale di istruire la prole imponendo più esplicitamente che i genitori hanno «l'obbligo di mantenere, istruire, educare e assistere moralmente i figli, nel rispetto delle loro capacità, inclinazioni naturali e aspirazioni». Qualora i genitori non abbiano i mezzi sufficienti, sulla base di quanto disposto dall'art. 316 bis del Codice civile, il dovere all'istruzione si estende agli altri ascendenti, in ordine di prossimità, in quanto «tenuti a fornire ai genitori stessi i mezzi necessari affinché possano adempiere i loro doveri nei confronti dei figli».

Come ampiamente ricostruito in dottrina, il dovere di istruire i figli da parte dei genitori e, in mancanza di mezzi, da parte degli ascendenti più prossimi, si realizza sotto un duplice profilo: il primo può essere individuato come un dovere morale/educativo che consiste, ad esempio, nella scelta della scuola, nell'obbligo di procedere all'iscrizione, nella cura dell'adempimento dell'obbligo scolastico, nell'assistenza morale dei figli durante il percorso di studi, nell'interessamento verso la vita scolastica in un contesto di collaborazione con i docenti e con la scuola nel suo complesso¹³. Un secondo profilo, invece, riguarda il dovere all'istruzione sotto l'aspetto più strettamente patrimoniale. Esso si concretizza, in sostanza, nel provvedere economicamente alle spese dell'istruzione e nel garantire al figlio tutto ciò di cui materialmente necessita per svolgere adeguatamente i propri studi¹⁴.

¹³ L. LEO, *Il percorso evolutivo del diritto all'istruzione: dalla Costituzione ai giorni nostri*, in *Cammino Diritto*, n. 2/2021, 5 e ss., in cui l'autrice evidenzia che «i genitori devono garantire ai figli la frequenza scolastica». In caso di omissione, infatti, i genitori possono essere chiamati a rispondere del reato di cui all'art. 570 ter comma 1 c.p., come introdotto dal D. L. n. 123/2023, conv., con modificazioni, in l. n. 159/2023, in virtù del quale «il responsabile dell'adempimento dell'obbligo di istruzione che, ammonito ai sensi dell'articolo 114, comma 1 del testo unico di cui al decreto legislativo 16 aprile 1994, n. 297, non prova di procurare altrimenti l'istruzione del minore o non giustifica con motivi di salute, o con altri impedimenti gravi, la mancata iscrizione del minore presso una scuola del sistema nazionale di istruzione, o non ve lo presenta entro una settimana dall'ammonizione, è punito con la reclusione fino a due anni».

¹⁴ «Il diritto all'istruzione non è inteso nel sistema della Costituzione come un

A tal riguardo la giurisprudenza si è sovente interrogata sull'entità e sulla durata nel tempo di tali doveri al fine di stabilire in quale momento della vita dei figli gli obblighi genitoriali relativi alla funzione educativa e di istruzione possano ritenersi esauriti. Solo a titolo di sintesi è utile ricordare che con la fine della scuola dell'obbligo possono ritenersi cessati i doveri ad essa strettamente riconducibili come l'obbligo di iscrizione scolastica o la cura del suo adempimento mentre terminano con la maggiore età gli obblighi riconducibili alla funzione educativa (scelte scolastiche, compiti di vigilanza). Ciò che invece non si esaurisce con la maggiore età è proprio il dovere materiale di provvedere economicamente all'istruzione dei figli, il quale può ritenersi esaurito solo al raggiungimento di un grado di istruzione sufficiente a garantire una completa autonomia economica dei figli.

In altri termini, il principio della solidarietà all'interno del nucleo familiare e le stesse norme del diritto di famiglia impongono ai genitori di mantenere i figli, anche oltre il superamento della maggiore età, qualora essi non abbiano ancora raggiunto l'indipendenza economica e necessitano, quindi, di un'adeguata assistenza materiale fino al conseguimento di una preparazione professionale e culturale sufficiente a produrre reddito in maniera autonoma. Si tratta, come è evidente, di un obbligo particolarmente gravoso, specie per quelle famiglie con maggiori difficoltà economiche¹⁵. Ed è proprio in tale prospettiva che svolgono un ruolo fondamentale le «provvidenze» alle famiglie cui fa riferimento l'art. 34 Cost.

Gli obblighi economici, naturalmente, possono cessare o subire modifiche specie se, secondo costante ricostruzione giurisprudenziale¹⁶,

diritto che sia esclusivamente tale e sia perciò svincolato dall'adempimento dei corrispondenti doveri da parte dei genitori [...] affinché il cennato dovere, ispirato soprattutto a inalienabili principi e imperativi morali, sia adempiuto, anche se in parte oneroso, dai genitori», così ancora Corte Cost. n. 7/1967, p.to 3 *cons. in diritto*.

¹⁵ «Il diritto del figlio si giustifica nei limiti del perseguimento di un progetto educativo e di un percorso di formazione, nel rispetto delle sue capacità, inclinazioni e aspirazioni purché compatibili con le condizioni economiche dei genitori» (Corte di Cassazione, ordinanza n. 10207 del 2017). Ciò significa, da una parte, che ciascun figlio ha il diritto di proseguire i propri studi anche oltre quelli relativi alla scuola dell'obbligo, grazie all'aiuto dei genitori, ma, dall'altra, che tale diritto possa subire modifiche (oggettive e soggettive) ove sussista uno stato di incapacità economica del genitore innanzi alla spesa di istruzione occorrente.

¹⁶ Cfr., ad esempio, Corte di Cassazione, ordinanza 2 luglio 2021, n. 18785 laddove ribadisce il principio ormai consolidato in base al quale il figlio maggiorenne che non vuole lavorare ovvero che non studia con adeguato profitto perde il diritto al manteni-

i figli si dimostrino incapaci, per pigrizia o per negligenza, di condurre a termine gli studi in un periodo di tempo che possa considerarsi “normale”. Allo stesso modo, l’entità e le modalità di adempimento del dovere dei genitori al sostegno economico e materiale dei figli possono subire modifiche se questi ultimi sono in grado di far fronte autonomamente alle spese per lo svolgimento del percorso di studi, perché svolgono anche un’attività lavorativa o dispongono di proprie risorse economiche sufficienti¹⁷. A sostegno di quest’ultima tesi è possibile richiamare, più in generale, il dovere di contribuzione alle spese ex art. 315, c. 4, c.c. in base al quale il figlio deve «contribuire, in relazione alle proprie capacità, alle proprie sostanze e al proprio reddito, al mantenimento della famiglia finché convive con essa». Pertanto, se il figlio è provvisto di un reddito proprio o comunque di proprie sostanze ed ha quindi la possibilità di far fronte direttamente alle spese per il suo mantenimento agli studi, non solo non ha titolo per pretendere il concorso dei genitori a detti oneri, ma è addirittura obbligato, ove la sua capacità finanziaria lo consenta, a contribuire al mantenimento della famiglia stessa.

In conclusione, mentre la garanzia del diritto allo studio trova attuazione soprattutto attraverso le istituzioni universitarie e scolastiche, il diritto all’istruzione coinvolge in maniera rilevante anche le famiglie e, in particolare, i genitori con il loro sostegno morale e materiale.

mento in quanto detto diritto si giustifica all’interno e nei limiti del perseguimento di un progetto educativo e/o di un percorso formativo, avendo anche riguardo «al tempo occorrente e mediamente necessario per il suo inserimento nella società», nondimeno, «il diritto cessa ove il figlio maggiorenne ormai specializzato resta inerte nella ricerca di una occupazione» (analogamente cfr. anche Corte di Cassazione, sezione civile, ordinanza 5 marzo 2018, n. 5088; Corte di Cassazione, sezione civile, ordinanza 22 giugno 2016, n. 12952).

¹⁷ La Corte di Cassazione, con la già ricordata ord. n. 10207 del 2017, ha ribadito che il diritto del figlio al mantenimento in vista della continuazione degli studi viene meno, oltre che nella ipotesi di incapacità economica del nucleo familiare, nella parallela ipotesi in cui il figlio possa in proprio far fronte alle spese necessarie a tal fine. Quest’ultima attitudine deve essere indagata sulla scorta degli elementi del caso concreto e scevra da automatismi. A titolo esemplificativo, il conseguimento di una borsa di studio pari ad euro 800,00 non è circostanza idonea a far ritenere il figlio beneficiario quale soggetto economicamente indipendente, con la duplice conseguenza del permanere del diritto alla prosecuzione degli studi in capo al figlio e del dovere al mantenimento in capo al genitore (Corte di Cassazione, sezione civile, ordinanza 23 gennaio 2020, n. 1448) ma cfr. anche A. TORRENTE, P. SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*, Milano, 2019, 1268.

Sulla reale portata degli elementi che portano a tenere ancora distinti il diritto allo studio e il diritto all'istruzione, tuttavia, occorre registrare posizioni non sempre convergenti. Vi è chi ritiene che la distinzione, sebbene condivisibile in linea di principio, debba ormai ritenersi superata dall'evoluzione della nostra società e dalle modificazioni del sistema di istruzione verso un modello europeo. L'ampia diffusione dell'obbligo scolastico e il suo prolungamento temporale, la progressiva riduzione degli ostacoli nell'accesso ai più alti gradi di istruzione e il conseguente aumento quantitativo della popolazione scolastica e universitaria, avrebbero notevolmente affievolito gli elementi di differenziazione tra i due momenti – quello dell'accesso all'istruzione obbligatoria e quello della prosecuzione verso i gradi più alti – lasciando emergere un più forte carattere di continuità educativa di tutto il percorso complessivo di istruzione¹⁸.

In questa prospettiva, il primo comma dell'art. 34 («la scuola è aperta a tutti»), riferendosi a tutti i gradi degli studi, garantirebbe il diritto universale di accedere agli studi superiori e non solo ai capaci e meritevoli¹⁹. Peraltro è innegabile quanto sia il diritto allo studio che il diritto all'istruzione siano strettamente correlati, in maniera organica, col perseguimento del principio di parità dei punti di partenza insieme all'impegno della Repubblica a rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale che impediscono il pieno sviluppo della persona umana.

Come è stato già dimostrato in dottrina, «le condizioni di partenza (famiglia, ambiente, reddito) influiscono sui processi di apprendimento ... Pertanto, e non paradossalmente, le persone soffrono di uno svantaggio maggiore nell'istruzione di base. Se non si affiancano agli interventi di base, anche interventi specifici di rimozione di ostacoli, già nelle prime fasi di apprendimento, lo sviluppo delle capacità di apprendere è compromesso per tutta la vita»²⁰. Nell'ambito dell'istruzione, le condizioni di partenza rappresentano «il principale fattore di disuguaglianza delle

¹⁸ V. ancora M. SALAZAR, *Pubblica istruzione*, cit., 2, il quale richiama anche la Carta dei servizi della scuola (Dpcm 7-6-1995) sul principio di continuità educativa tra i diversi ordini e gradi dell'istruzione.

¹⁹ M. BENVENUTI, *L'istruzione come diritto sociale*, in F. ANGELINI, M. BENVENUTI (a cura di), *Le dimensioni culturali dell'istruzione*, Atti del convegno di Roma 23-24 gennaio 2014, Napoli, 2014, 18, il quale, a sostegno, richiama l'attenzione sulla bocciatura in sede di Assemblea Costituente dei reiterati tentativi di limitare l'accesso agli studi superiori "solo" ai capaci e meritevoli.

²⁰ A. POGGI, *Per un "diverso" stato sociale*, Bologna, 2019, 221.

opportunità educative comune a tutte le società avanzate»²¹. Si tratta di argomentazioni che certamente inducono ad attenuare la distinzione tra diritto all'istruzione e diritto allo studio, a rendere sempre più labili e tenui gli elementi di differenziazione. Nel complesso, in effetti, i confini tra un livello di istruzione "di base" e livelli di studio "superiori" sono sempre meno netti e dal carattere "mobile" a seconda del contesto storico-sociale e dei differenti percorsi di studio.

Tuttavia restano da considerare alcuni elementi a sostegno della presenza ancora rilevante di alcuni elementi distintivi in relazione soprattutto alla obbligatorietà e universalità dell'istruzione rispetto al diritto allo studio. Il primo, infatti, essendo "gratuito" e "obbligatorio" può configurarsi come diritto universale, essenziale, irrinunciabile e, conseguentemente, non "graduabile" in base alle esigenze di bilancio. La obbligatorietà porta con sé la necessità di non gravare di oneri il destinatario del diritto e la sua famiglia²². La garanzia del diritto allo studio, invece, essendo prioritariamente rivolta a «capaci e meritevoli anche se privi di mezzi», si configura come un diritto dal carattere "selettivo" oltre che facoltativo. Sotto questo profilo vi è chi ritiene che non solo il diritto allo studio non abbia i caratteri della universalità, ma che non sia possibile scorgere in tale diritto neppure una pretesa immediatamente fruibile, in quanto condizionata dalla presenza di «apposite previsioni normative e di determinati stanziamenti di bilancio»²³. Ragione per cui il condizionamento finanziario può comportare la necessità di individuare preventivamente i destinatari più "meritevoli" e "bisogñosi" e di destinare solo (o principalmente) a questi le risorse disponibili²⁴.

²¹ M. PISATI, *La partecipazione al sistema scolastico*, in A. SCHIZZEROTTO (a cura di), *Vite ineguali*, Bologna, 2002, 150.

²² «Il sistema scolastico è diviso nettamente in due parti. Vi è da un lato l'istruzione che è obbligatoria e gratuita. L'obbligatorietà presuppone l'universalità del servizio e trae con sé la gratuità», così G. CORSO, *Principi costituzionali sull'istruzione*, in C. MARZUOLI (a cura di), *Istruzione e servizio pubblico*, Bologna, 2003, 38.

²³ E. FAGNANI, *Tutela dei diritti fondamentali e crisi economica. Il caso dell'istruzione. Stato di attuazione, funzioni amministrative e finanziamento del sistema*, Milano, 2014, 155 s.

²⁴ In ultima analisi, la finanziabilità dei diritti sociali dipende sostanzialmente dalla produttività del sistema economico dal quale tali risorse devono essere attinte. Sul tema v. anche: C. SALAZAR, *Crisi economica e diritti fondamentali*, in *Rivistaiaic.it*, n. 3, 2013, 9, la quale sottolinea che l'equilibrio non è tanto tra risorse finanziarie e diritti ma tra diritti, tenendo conto, da un lato, dei soggetti ai quali sono stati imposti sacrifici e, dall'altro, dei diritti a favore dei quali l'assegnazione delle risorse è stato deciso. Sul punto cfr. anche R. BIN, *Dirit-*

Tale conclusione trova sostanzialmente riscontro anche nella giurisprudenza costituzionale, la quale si è spesso soffermata proprio sul carattere della universalità con riferimento al diritto all'istruzione e della selettività su base meritocratica per il diritto allo studio²⁵ e ciò in stretta correlazione con il binomio obbligatorietà/facoltatività che contraddistingue i due diritti: l'istruzione, in sostanza, è contemporaneamente un diritto ma anche un dovere costituzionale pertanto non può che essere caratterizzato dalla gratuità, a differenza del diritto allo studio che è facoltativo e, dunque, non impone una garanzia universale²⁶.

Ciò non significa attribuire un diverso grado di importanza ai due diritti – entrambi funzionali, in ultima analisi, alla realizzazione individuale e allo sviluppo della personalità (artt. 2 e 3 Cost.) – ma solo riconoscere un diverso criterio di attribuzione dei benefici, delle prestazioni, degli interventi e dei mezzi previsti dall'ordinamento, per un utilizzo delle risorse non solo più razionale ma anche più efficiente poiché esse vengono destinate a quei soggetti che, con più probabilità, raggiungeranno con successo la conclusione del percorso di studi.

ti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale, Milano, 1992, 109 ss.; E. CHELI, *Classificazione e protezione dei diritti economici e sociali nella Costituzione italiana*, in *Scritti in onore di Luigi Mengoni*, Milano, 1995, 1774 ss.; L. CARLASSARE, *Diritti di prestazione e vincoli di bilancio*, in *costituzionalismo.it*, n. 3, 2015, 1 ss.; G. FONTANA, *Crisi economica ed effettività dei diritti sociali in Europa*, in *Id.*, *Crisi economica ed effettività dei diritti sociali in Europa*, in *forumcostituzionale.it*, 2013, 1 ss. Sul rapporto tra diritti sociali e finanza pubblica v. anche: B. PEZZINI, *La decisione sui diritti sociali. Indagine sulla struttura costituzionale dei diritti sociali*, Milano, 2001, *passim*.

²⁵ Così si esprime A. POGGI, *Art. 34*, cit., 710 ma vedi anche, più recentemente: *Id.*, *Per un "diverso" stato sociale*, cit., 116 s. In maniera altrettanto esplicita: G. CORSO, *Principi costituzionali sull'istruzione*, cit., 40, il quale afferma che «l'universalismo governa il sistema dell'istruzione inferiore» mentre «principio concorsuale e meritocrazia governano il sistema dell'istruzione superiore». Il tema è affrontato in termini analoghi anche in M. LUCIANI, *Diritti sociali*, in *Studi in onore di Manlio Mazziotti di Celso*, vol. II, Padova, 1995, *passim*; I. CIOLLI, *Le ragioni dei diritti e il pareggio di bilancio*, Roma, 2012; S. DE SIMONE, *Sistema del diritto scolastico italiano*, Milano, 1968, 267 ss.; S. SCAGLIARINI, «L'incessante dinamica della vita moderna». I nuovi diritti sociali nella giurisprudenza costituzionale, in E. CAVASINO, G. SCALA, G. VERDE (a cura di), *I diritti sociali dal riconoscimento alla garanzia. Il ruolo della giurisprudenza*, Atti convegno di Trapani, 8-9 giugno 2012, Napoli, 2013, 248 ss.

²⁶ Così si esprime M. CLARICH, *Manuale di Diritto Amministrativo*, Bologna, 2024, 342 il quale ribadisce come l'istruzione sia «un servizio pubblico sociale a fruizione individuale, coattiva e gratuita» ma cfr. anche: V. CRISAFULLI, *La Scuola nella Costituzione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1956, 74 ss.; L. CALCIERANO, G. MARTINEZ Y CABRERA, *Scuola (ordini e gradi)*, in *Enc. dir.*, Vol. XXXVI, Milano, 1989, 31 ss.

In conclusione, considerando anche il contesto di costante crisi della finanza pubblica e di continua riduzione delle risorse disponibili per il finanziamento dei diritti sociali, i criteri della capacità e del merito diventano strumento di selezione atto ad individuare chi è maggiormente legittimato a godere dell'intervento attivo dello Stato, attraverso mezzi e risorse economiche rispetto alla generalità degli studenti. Quando le risorse sono scarse la selezione in base al merito e alle condizioni economiche diventa necessaria per rendere la funzione di redistribuzione più efficace e per ristabilire equità e giustizia sociale²⁷.

²⁷ È proprio in periodi di sfavorevole congiuntura economica che le ragioni di competitività globale hanno indotto una generale rivalutazione di criteri di efficienza e produttività non solo nel settore privato ma anche in quello pubblico. È in coincidenza con la crisi economica, infatti, che avviene la «riscoperta meritocratica» soprattutto nell'ambito della Pubblica Amministrazione ed in particolare nel settore dell'istruzione, superiore ed universitaria. Ragioni di implementazione dell'efficienza (spesso sulla scorta di modelli aziendalistici), da un lato, di premialità e di valorizzazione del merito, dall'altro, possono spiegare proprio le recenti riforme legislative della P.A. (d.lgs. n. 150 del 2009 e l. n. 124 del 2015), dell'Università e della scuola (l. n. 240 del 2010 e l. n. 107 del 2015) e sulla responsabilizzazione nell'uso delle risorse da parte delle autonomie territoriali (d.lgs. n. 149 del 2011), G. FONTANA, *Dis-eguaglianza e promozione sociale: bisogno e merito (diverse letture del principio di eguaglianza nel sistema costituzionale)*, in M. DELLA MORTE (a cura di), *La dis-eguaglianza nello Stato costituzionale. Atti del Convegno (Campobasso, 19-20 giugno 2015)*, Napoli, 2015, 37 ss. Sul rapporto tra merito e giusta distribuzione delle risorse si sofferma anche Q. CAMERLENGO, *Dal "merito" ai "meriti": per una scuola costituzionalmente inclusiva*, in *Osservatorio costituzionale AIC*, n. 3/2025, 8 ss.; G. CORSO, *Il merito nella Costituzione italiana*, Convegno "Merito e crescita", Università Luiss Guido Carli, Roma 9 giugno 2016, in *ilmerito.org*. Il principio del merito è ormai entrato a pieno titolo nel dibattito costituzionalistico, sebbene siano ancora relativamente poche le occasioni in cui esso è stato oggetto di indagine in termini espliciti, cfr., a titolo di esempio, B.G. MATTARELLA, *Il principio del merito*, in M. RENNA, F. SAITTA (cur.), *Studi sui principi di diritto amministrativo*, Milano, 2012, 153; S. CASSESE, *L'ideale di una buona amministrazione. Il principio del merito e la stabilità degli impiegati*, Napoli, 2007; G. FONTANA, *Dis-eguaglianza e promozione sociale: bisogno e merito (diverse letture del principio di eguaglianza nel sistema costituzionale)*, in M. DELLA MORTE (a cura di), *La dis-eguaglianza nello Stato costituzionale. Atti del Convegno (Campobasso, 19-20 giugno 2015)*, Napoli, 2015, 11 ss.; Q. CAMERLENGO, *Per una interpretazione costituzionalmente sostenibile del merito in federalismi.it*, 2022, 16 ss.; L. IEVA, *Costituzione italiana e meritocrazia*, in *Riv. amm.*, 2016, 381 ss.; A. SIMONCINI, *Dalle dis-eguaglianze alle differenze. Spunti per una revisione del concetto di "merito" nello stato costituzionale*, in M. DELLA MORTE (a cura di), *La dis-eguaglianza nello Stato costituzionale*, cit., 365 ss.; F. ANGELINI, *Costituzione e scuola democratica fra autonomia e merito*, Napoli, 2025 e, sia consentito, M. SALERNO, *Contributo allo studio del principio costituzionale del merito*, Torino, 2020.

3. Segue: *il diritto allo studio per «capaci e meritevoli»*

Sul significato di “capacità” e “merito” occorre spendere qualche considerazione in più soprattutto perché, sulla base del tenore letterale dell’art. 34 Cost., possono essere considerati requisiti distinti ma non alternativi o in contrapposizione. Al contrario, vanno letti in senso complementare dal momento che entrambi sono funzionali all’obiettivo di individuare i prioritari beneficiari del diritto allo studio.

In prima approssimazione, il merito può essere ricondotto a valutazioni orientate maggiormente al risultato da raggiungere sulla base di determinate situazioni «obiettive» che la legge abbia ritenuto di fissare²⁸. Nel dibattito che ha preceduto la formulazione definitiva della norma in Assemblea costituente, il merito è stato inteso soprattutto come risultante dal «profitto». In tale circostanza si dichiarò espressamente che «la capacità non è sufficiente a giustificare il diritto all’istruzione, se non è accompagnata dal profitto, cioè dal lavoro»²⁹. La capacità, invece, attiene maggiormente alla predisposizione, alle attitudini verso un determinato percorso di studi. A sostegno di tale distinzione è utile richiamare la prima formulazione dell’art. 34 elaborata in Assemblea costituente che aveva individuato, come requisiti per accedere a tutti i gradi di istruzione, proprio l’«attitudine» e il «profitto»³⁰ che, quindi, potrebbero essere considerati in qualche modo speculari a “capacità” e “merito”.

Il significato da attribuire al “merito”, tuttavia, dipende molto da come esso viene misurato. Una importante distinzione riguarda, ad esempio, il merito misurato in termini “assoluti” da quello misurato in termini

²⁸ U. POTOTSCHNIG, *Istruzione (diritto alla)*, cit., 108 s.

²⁹ Intervento dell’onorevole Marchesi nella prima Sottocommissione il 29 ottobre 1946, preceduto dall’intervento di Moro il quale chiariva che «ogni cittadino ha diritto all’istruzione, senza altra condizione che quella dell’attitudine e del profitto, cioè prescindendo dall’appartenenza a un determinato ambiente sociale o ad una particolare condizione economica». Sul punto v. G. LIMITI, *La scuola nella costituzione*, in *Studi per il XX anniversario dell’Assemblea costituente*, III, Firenze, 1969, 115.

³⁰ Il testo approvato dalla prima Sottocommissione per la Costituzione recitava: «La scuola è aperta al popolo. Ogni cittadino ha diritto a tutti i gradi di istruzione, senza altra condizione che quella dell’attitudine e del profitto. La legge detta le norme le quali, mediante borse di studio, assegni alle famiglie ed altre provvidenze, garantiscono ai più *capaci e meritevoli* l’esercizio di tale diritto» (i corsivi sono miei). Cfr. sul punto: A. POGGI, *Art. 34*, cit., 710 e, più recentemente, R. MARZO, *A proposito di insegnamento, istruzione ed educazione (ovvero proposte per una “sistemazione” a partire dal testo della Costituzione)*, in *federalismi.it*, n. 11/2024, 58 ss.

“relativi”. Il merito in senso “assoluto” si identifica nella capacità di un soggetto di raggiungere un certo risultato uguale per tutti, un determinato livello di *performance* ritenuto ottimale, prefissato e unico. Il merito in senso “relativo”, invece, si manifesta nella capacità del soggetto di migliorare la propria posizione di partenza: fermo restando l’individuazione di un livello ottimale o finale da raggiungere, esso viene valutato tenendo conto delle specifiche caratteristiche soggettive e delle difficoltà che non dipendono dal grado di impegno individuale ma che ciononostante determinano livelli di partenza differenti. Alla base di questo secondo approccio vi è, evidentemente, un’idea di merito che si manifesta nella capacità di migliorarsi e che, in termini costituzionali, potrebbe meglio esprimere l’obiettivo dello sviluppo della personalità e della promozione sociale.

Come evidenzia efficacemente la Corte costituzionale in relazione, ad esempio, alle persone che presentano caratteristiche che oggi diremmo “speciali”: «assumere che il riferimento ai “capaci e meritevoli” contenuto nel terzo comma dell’art. 34 comporti l’esclusione dall’istruzione superiore delle persone con handicap in quanto “incapaci”, equivarrebbe a postulare come dato insormontabile una disuguaglianza di fatto rispetto alla quale è invece doveroso apprestare gli strumenti idonei a rimuoverla, tra i quali è appunto fondamentale ... l’effettivo inserimento di tali soggetti nella scuola»³¹. Per costoro, continua ancora la Corte, «capacità e merito vanno valutati secondo parametri peculiari, adeguati alle rispettive situazioni di minorazione ... ed il precludere ad essi l’inserimento negli istituti d’istruzione superiore in base ad una presunzione di incapacità ... significherebbe non solo assumere come insuperabili ostacoli che è invece doveroso tentare di eliminare, o almeno attenuare, ma dare per dimostrato ciò che va invece concretamente verificato e sperimentato onde assicurare pari opportunità a tutti, e quindi anche ai soggetti in questione»³². Pertanto, vi sono situazioni nelle quali la misurazione del merito in termini

³¹ Corte cost. n. 215/1987, p.to 6 *cons. in diritto*. In dottrina v. C. COLAPIETRO, *Lo statuto costituzionale del lavoratore disabile*, in F. GIRELLI (a cura di), *Lavoro e disabilità. Disciplina normativa e percorsi di inserimento*, Napoli 2010, 36; ID., *Diritto al lavoro dei disabili e Costituzione*, in *Giornale dir. lav. e rel. ind.*, 2009/4, 615; F. MODUGNO, *I «nuovi diritti» nella Giurisprudenza Costituzionale*, Torino, 1995, 72-73; C. MORO, *L’uguaglianza sostanziale e il diritto allo studio: una svolta nella giurisprudenza costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1987, 3065 ss.

³² Corte cost. n. 215/1987, p.to 6 *cons. in diritto*. Con particolare riferimento alle conseguenze di questa pronuncia e sul sindacato di ragionevolezza v. L. D’ANDREA, *Ragionevolezza e legittimazione del sistema*, Milano, 2005, 92 s.

assoluti, ossia senza tener conto in alcun modo dell'oggettivo e diverso punto di partenza di ciascun individuo, determinerebbe vere e proprie discriminazioni.

Una concezione di merito in senso assoluto (o solo assoluto), con obiettivi uguali per tutti, rischia di indurre anche a forme di standardizzazione ed omologazione culturale³³ che non tengono conto delle differenti capacità derivanti da condizioni sociali, economiche, culturali nelle quali ciascun individuo ha potuto sviluppare le proprie attitudini e le proprie capacità. Naturalmente misurare il merito in senso relativo risulta molto più complesso rispetto al merito assoluto, non fosse altro perché richiede di verificare, a volte caso per caso, le condizioni peculiari e talora “uniche” di ciascun individuo.

Attualmente la nozione di merito trova ampio riscontro nella realtà applicativa, sia in termini assoluti che relativi, sebbene in diversi contesti. In ambito scolastico, ad esempio, si ricorre al merito relativo nei percorsi formativi individualizzati, costruiti sulla base delle specifiche capacità e “specialità” dello studente. Oppure, più semplicemente, si pensi a tutti i casi in cui l'insegnante ritenga di valutare positivamente lo “sforzo” mostrato dallo studente nel recuperare una determinata lacuna di partenza prendendo in considerazione anche eventi o difficoltà eccezionali e imprevedibili (una malattia, un incidente di percorso, ecc.), dando rilievo, in sostanza, ad un'idea di merito in senso migliorativo.

Il sistema scolastico, tuttavia, richiede una valutazione finale comparativa in termini assoluti quando occorre conseguire un determinato titolo di studio finale, un attestato o un'abilitazione. In questi casi la selezione deve necessariamente essere obiettiva ed effettuata in termini assoluti poiché per poter svolgere una determinata professione o per ottenere un determinato titolo è necessario raggiungere un livello standard valutato in maniera uniforme per tutti. Questa è anche la ragione per cui, ad esempio, in alcuni esami finali sono previsti membri esterni nella commissione

³³ Così: A. SIMONCINI, *Dalle dis-eguaglianze alle differenze. Spunti per una revisione del concetto di “merito” nello stato costituzionale*, in M. DELLA MORTE (a cura di), *La dis-eguaglianza nello Stato costituzionale*, cit., 369 ss. Sarebbe incoerente con una Costituzione ispirata allo stesso principio personalista sostenere che è legittima solo la richiesta di istruzione superiore proveniente dai soggetti migliori in senso naturalistico, a prescindere da una valutazione del merito individuale “ponderata” rispetto alla singola persona, così F. GRANDI, *L'accesso ai più alti gradi dell'istruzione (il diritto allo studio attraverso la lente del principio personalista)*, in M. DELLA MORTE (a cura di), *La dis-eguaglianza nello Stato costituzionale*, cit., 60.

affinché questi non siano influenzati da elementi soggettivi a vario titolo riconducibili alle vicende che hanno caratterizzato il percorso formativo individuale del candidato.

Ci sono situazioni, infine, in cui la valutazione del merito è commisurata al fattore tempo, per cui lo stesso risultato, conseguito in un tempo minore, viene valutato più positivamente. Si pensi, ad esempio, ad una selezione in cui due candidati hanno raggiunto il medesimo risultato (ad esempio un titolo di studio) ma vengono valutati diversamente perché uno lo ha raggiunto prima (ad esempio un laureato in corso rispetto ad un laureato fuori corso). In questo caso, il merito in termini assoluti è lo stesso (stesso titolo o stesso voto di laurea) ma il candidato che ha impiegato meno tempo dimostra maggiori attitudini, dinamicità e capacità di ottenere risultati migliori in termini incrementali e, pertanto, tale elemento diventa parametro di valutazione.

In questa prospettiva è utile richiamare una ulteriore distinzione, quella tra merito in senso “statico” e in senso “dinamico”. Il merito statico è quello misurato sulla base di valutazioni effettuate in un preciso momento, attraverso un meccanismo selettivo che si esaurisce in una singola procedura che può essere una prova (scritta, orale, pratica), una valutazione dei titoli o delle competenze acquisite e dimostrabili ad un certo istante. Potremmo dire che è il merito che si misura attraverso un fotogramma perché non tiene conto di ciò che è accaduto prima né, tantomeno, di ciò che potrà accadere dopo.

Il merito in senso dinamico, invece, mira a distribuire la valutazione in un arco esperienziale più ampio, prendendo in considerazione i risultati raggiunti durante un intero percorso spesso funzionale sia alla formazione che alla selezione dei candidati. Il fattore tempo, in questo tipo di caso, diventa elemento fondamentale. Ad esempio, è ciò che accade in un corso-concorso o in quei percorsi formativi che, anziché prevedere una selezione “secca” in fase di ammissione, prevedono un ingresso aperto a tutti, salvo poi introdurre forti meccanismi di selezione in più momenti successivi, prima del conseguimento del titolo finale. Questa tecnica consente ai candidati di avere comunque l'opportunità di mettersi alla prova, di valutare anche le proprie attitudini sul campo ed eventualmente essere esclusi solo dopo aver “fallito” gli obiettivi in più momenti del percorso. Naturalmente ci sono circostanze che consentono il ricorso ad una valutazione del merito in termini dinamici e altre circostanze che, al

contrario, impongono necessariamente una valutazione statica perché non vi è tempo sufficiente o non si dispone di mezzi necessari per procedure lunghe e complesse.

Il criterio meritocratico nel riconoscimento del diritto allo studio è rafforzato, in Costituzione, anche dalla circostanza che l'art. 34 specifica che i benefici previsti (borse di studio, assegni alle famiglie e altre provvidenze) «devono essere attribuiti per concorso». In questo modo il Costituente ha inteso richiamarsi certamente al canone dell'imparzialità dell'amministrazione (art. 97 Cost.)³⁴ e dell'effettiva uguaglianza delle condizioni tra i candidati³⁵ ma, come espressamente evidenzia la Corte costituzionale, ha voluto ricondurre l'attribuzione dei benefici ad una «selezione trasparente, comparativa, basata esclusivamente sul merito»³⁶.

Esiste una questione aperta riguardo l'ipotesi che la regola del concorso debba essere osservata solo per l'attribuzione delle «altre provvidenze» richiamate dall'art. 34 Cost. e non per borse di studio e assegni alle famiglie. Tale teoria troverebbe riscontro nella formulazione letterale dell'art. 34, c. 4 in base alla quale «borse di studio, assegni alle famiglie ed *altre provvidenze* ... devono essere *attribuite* per concorso». L'uso del participio al femminile lascerebbe intendere, in sostanza, che il concorso sia richiesto solo per le «altre provvidenze» e non per assegni e borse di studio. Ma la tesi appare poco condivisibile sia dal punto di vista letterale che logico in quanto è chiaro che le borse di studio e gli assegni alle famiglie rientrano implicitamente nella più ampia categoria delle «provvidenze» e, in ogni caso, non si comprende per quale ragionevole motivo la categoria, evidentemente residuale, delle «altre provvidenze» dovrebbe soggiacere alla regola del concorso mentre le provvidenze, potremmo dire «principali», perché esplicitamente richiamate dalla Costituzione (borse di studio e assegni alle famiglie), dovrebbero esserne estranee³⁷. La selezione, in ogni caso, non deve necessariamente avere tutte le caratteristiche presenti nei

³⁴ Corte costituzionale, sentenza 9 novembre 2006, n. 363 del 2006, p.to 3 *cons. in diritto*.

³⁵ S. DE SIMONE, *Il diritto scolastico nella Costituzione italiana*, Milano, 1968, 268 s.

³⁶ Corte costituzionale, sentenza 13 novembre 2009, n. 293, p.to 3.1 *cons. in diritto* ma in termini analoghi la già richiamata sent. n. 363 del 2006, p.to 3 *cons. in diritto*.

³⁷ Sul punto cfr. anche U. POTOTSCHNIG, *Istruzione (diritto alla)*, cit., nota n. 67. Per una posizione contraria a tali argomentazioni v. F. ANGELINI, *Costituzione e scuola democratica fra autonomia e merito*, cit., 157 ss.

concorsi pubblici, di natura differente, che vengono indetti per accedere agli impieghi nelle pubbliche amministrazioni³⁸ ai sensi dell'art. 97 Cost. nei quali, ad esempio, è prevista una valutazione non solo attraverso titoli ma anche con prove selettive (scritte, orali o pratiche) appositamente predisposte³⁹.

La regola del concorso si giustifica sia in virtù del fatto che le provvidenze sono costituite da denaro pubblico, la cui attribuzione richiede regole e criteri oggettivi e verificabili, sia perché non è «in questione un giudizio individuale, bensì una situazione comparativa delle varie situazioni di merito e reddito»⁴⁰. L'art. 34 Cost. richiede, in sostanza, che l'assegnazione avvenga sulla base di una valutazione il più possibile obiettiva delle posizioni dei singoli, non solo per premiare i più meritevoli ma anche per assicurare l'effettiva uguaglianza nel godimento del diritto in questione⁴¹. In altre parole, ai fini dell'attribuzione dei benefici previsti dall'art. 34 Cost., non basta il giudizio di sufficienza a carattere «individuale» che può derivare in sede di scrutinio di promozione all'interno di un corso di studi scolastico o universitario o in sede di esame di Stato, ma occorre un accertamento ulteriore, di tipo diverso, a carattere «comparativo».

Il ricorso alla prova concorsuale – intesa come una competizione tra concorrenti per il conseguimento di un numero predeterminato di sussidi – non si è sottratta, comunque, a rilievi critici e spesso è stata ritenuta incompatibile con un diritto che è funzionale alla piena realizzazione della persona e destinato, per effetto dell'interazione con il principio di eguaglianza, a dare soddisfazione a tutti i capaci e meritevoli privi di mezzi nella loro specificità ed individualità⁴². Pertanto titolari del diritto sarebbero tutti gli studenti «in grado di proseguire normalmente gli studi, se

³⁸ U. POTOTSCHNIG, *Istruzione (diritto alla)*, cit., 108 s., secondo il quale gli elementi tipici del concorso pubblico (predeterminazione di un numero limitato di posti, valutazione discrezionale dei titoli e delle capacità dei singoli candidati) non sembrano essenziali per il “concorso” di cui all'art. 34 Cost. L'essere «privo di mezzi» è soltanto un presupposto per ottenere le provvidenze ivi previste: non può essere anche criterio di valutazioni comparative nel concorso.

³⁹ Lo precisa meglio R. JANNOTTA, *Concorso ad un pubblico impiego*, (voce) in *Digesto disc. pubbl.*, Torino, 1989, 329 ss., specificando che proprio la presenza di prove selettive richiede la formazione di un organo tecnico idoneo a formulare il tipo di prova e procedere alle correlative valutazioni.

⁴⁰ A. POGGI, *Art. 34*, cit., 710.

⁴¹ A. POGGI, *Per un “diverso” stato sociale*, cit., 118.

⁴² S. DE SIMONE, *Il diritto scolastico nella Costituzione italiana*, cit., 267 ss.

ne avessero la possibilità materiale, secondo i criteri fissati dallo Stato per poter conseguire la promozione da un grado scolastico all'altro» quindi, in sostanza, tutti «gli studenti che raggiungono la sufficienza nella votazione»⁴³.

In questa singolare prospettiva, l'espressione «privi di mezzi» non avrebbe valore escludente, nel senso che anche il capace e meritevole «non» privo di mezzi avrebbe diritto ai benefici previsti per la continuazione degli studi. Se ciò non fosse – si dice – costui verrebbe privato di un diritto che la Costituzione ha inteso riconoscere a tutti i capaci e meritevoli, «anche» se privi di mezzi e non «solo» se privi di mezzi⁴⁴. L'argomento appare poco convincente. Il diritto dei capaci e meritevoli, infatti, non è il diritto a proseguire «gratuitamente» gli studi, ma il diritto di raggiungere i più alti gradi degli studi. Pertanto tutte le provvidenze di cui parla l'ultimo comma dell'art. 34 vanno concesse solo a coloro che, avendone le attitudini, non sarebbero in grado di proseguire gli studi in quanto le condizioni economiche della famiglia non lo consentono; è in questo senso che esse rendono «effettivo» il diritto. Per coloro che dispongono di mezzi, il diritto è già effettivo, sulla base soltanto delle norme che disciplinano il libero accesso alle scuole e alle università, senza bisogno che la Repubblica intervenga con provvidenze particolari⁴⁵.

In passato si è anche discusso se nelle procedure concorsuali per l'assegnazione delle borse di studio ed altre provvidenze si dovesse dare la precedenza al criterio delle condizioni economiche o a quello del merito. Probabilmente l'interrogativo nasceva da una incertezza non risolta riguardo la natura più o meno “assistenziale” o, al contrario, più o meno “premiale” di questi interventi. Il dibattito, in particolare, si basava su un ormai assai datato regolamento ministeriale per il conferimento di borse di studio a studenti appartenenti a famiglie «bisoggnose, con particolare riguardo al numero dei figli a carico». Nel regolamento era previsto che

⁴³ R. PALADINI-E. VISCO, *L'assistenza scolastica universitaria e la legge 14 febbraio 1963 n. 80 sul cosiddetto assegno di studio universitario*, in *Riv. giur. scuola*, 1965, 96, ove si precisa che se si trattasse di un concorso vero e proprio, si avrebbero due distinti livelli di sufficienza, l'una didattica, l'altra assistenziale, pertanto non vi sarebbe quella parità richiesta dall'art. 34, co. 4 tra studenti “in possesso di mezzi” e studenti “privi di mezzi”, poiché questi ultimi dovrebbero costantemente conseguire risultati scolastici superiori a quelli degli studenti agiati, per vedersi realmente posti in condizioni di parità con essi.

⁴⁴ S. DE SIMONE, *Il diritto scolastico nella Costituzione italiana*, cit., 267 e 269.

⁴⁵ Così, correttamente, U. POTOTSCHNIG, *Istruzione (diritto alla)*, cit., 108 ss.

la graduatoria fosse stilata sulla base di criteri di merito scolastico ma che «nei casi di grave indigenza» si potessero assegnare «fino a un massimo di cinque punti da aggiungere alla media dei voti già ridotta in centesimi»⁴⁶. Si tratta di un emblematico caso di “commistione” innaturale tra criterio del merito e criterio del reddito. L'essere «privo di mezzi», infatti, costituisce il presupposto per ottenere le provvidenze, non può essere anche criterio di valutazione comparativa all'interno del concorso: verificata la condizione di particolare disagio economico (presupposto), il beneficio va attribuito al più meritevole⁴⁷. In caso contrario, infatti, il diritto di coloro che si trovano in condizioni di difficoltà economica verrebbe totalmente meno se entrasse in competizione con soggetti che, ad esempio, sotto il profilo del merito presentano risultati comparativamente migliori ma non presentano alcun disagio dal punto di vista economico⁴⁸.

4. *La gestione delle risorse nel rapporto tra scuola pubblica e privata*

Nel nostro sistema scolastico coesistono, come è noto, istruzione pubblica e istruzione privata. L'Assemblea costituente, con l'approvazione dell'art. 33 Cost., ha infatti rifiutato l'idea sia di un “monopolio” dell'istruzione statale, sia la prospettiva di una istruzione completamente affidata ai

⁴⁶ Art. 3 D.M. 22 agosto 1956, in esecuzione dell'art. 19 l. 9 agosto 1954, n. 645.

⁴⁷ A. POGGI, *Per un “diverso” stato sociale*, cit., 118.

⁴⁸ Va annotato, incidentalmente, che la Corte costituzionale ha dato valore al criterio del merito anche nel delicato bilanciamento tra diritto allo studio e dovere di assolvere agli obblighi di leva che, fino al 2004, riguardava tutti i maggiorenni di sesso maschile. Infatti, gli articoli 34 e 52 della Costituzione «in modo non irragionevole» tentano di individuare un «non facile equilibrio» tra interesse del cittadino a raggiungere i gradi più elevati nello studio e il dovere di assolvere al servizio di leva e in questo delicato equilibrio è legittimo ricorrere anche a requisiti di merito, cfr. Corte costituzionale, sentenza 13-24 luglio 1995, n. 359, p.to 7 *cons. in diritto*.

privati⁴⁹. Si tratta di una coesistenza che alcuni definiscono asimmetrica⁵⁰: se per la Repubblica istituire scuole statali per ogni ordine e grado è un dovere, per i privati si tratta solo di una facoltà. Inoltre, la scuola pubblica è informata a principi di neutralità, di laicità e pluralismo, non può assumere un indirizzo culturale specificamente orientato e non può fare distinzioni tra gli iscritti o tra i docenti a motivo delle loro scelte religiose. La scuola privata confessionale, invece, può decidere di includere al suo interno anche solo coloro che, riconoscendosi nei valori propugnati dall'istituzione scolastica e nel suo progetto educativo, scelgono volontariamente di entrarvi a far parte⁵¹.

La libertà d'insegnamento del docente, tutelata e salvaguardata pienamente nella scuola pubblica trova invece bilanciamento, nell'ambito delle istituzioni scolastiche private, con la libertà della scuola di perseguire i propri progetti didattici in base ai principi e valori educativi di cui essa stessa è espressione. L'istituzione di scuole private, infatti, si configura come una libertà costituzionale riconosciuta dall'art. 33 Cost., sebbene anch'essa sia inserita all'interno di un sistema di «diritti» e «obblighi» allor-

⁴⁹ In questi termini: L. PEDULLÀ, *La libertà di insegnamento nel rapporto tra scuola pubblica e privata oggi: problematiche costituzionali, diritti multiculturali e multiconfessionali*, in *Forum di Quad. Cost.*, 2005. Più in generale, la scelta è frutto di un lungo e intenso dibattito in Assemblea costituente nonché l'esito di un compromesso tra due modelli diversi di intendere l'istruzione cui si ispiravano le forze politiche liberali e quelle comuniste/socialiste. Come è stato efficacemente sottolineato «la centralità del fatto educativo nello sviluppo sociale rappresenta un motivo saliente della concezione socialista e poi marxista della dialettica storica: riflette molto meno il patrimonio del liberalismo. L'educazione pubblica doveva consentire a tutti, soprattutto ai meno abbienti, di reagire ai condizionamenti sociali e di modificarli in vista della piena realizzazione personale di tutti e di ciascuno. Di conseguenza la "disciplina coercitiva" dell'insegnamento rappresentava lo strumento di ascesa e di conquista dell'autonomia. Al contrario, tradizionalismo, cattolicesimo controriformatore, idealismo liberale hanno concepito l'obbligazione scolastica e formativa come perpetuazione di uno status quo sociale non mutabile», così P. LOGROSCINO, *La "costituzione scolastica" di Cadice e le insidie della "nominalizzazione" costituzionale*, in *DPCE on line*, n. 3/2012, 4.

⁵⁰ Così G. CORSO, *Principi costituzionali sull'istruzione*, cit., 40.

⁵¹ Chiarisce la Corte costituzionale nella storica sentenza n. 195 del 1972 riguardante il c.d. "caso Cordero" sulla legittimità di non ammettere il docente all'Università Cattolica del Sacro Cuore: «ove l'ordinamento imponesse ad una siffatta università di avvalersi e di continuare ad avvalersi dell'opera di docenti non ispirati dallo stesso credo, tale disciplina si risolverebbe nella violazione della fondamentale libertà di religione di quanti hanno dato vita o concorrano alla vita della scuola confessionale».

quando tali scuole chiedono la parità, ossia la possibilità di rilasciare titoli riconosciuti. In questo caso, infatti, esse si inseriscono nel Sistema nazionale di istruzione e, pur nella libertà di orientamento religioso-culturale e di indirizzo pedagogico-didattico, sono soggette ad alcuni vincoli come ad esempio la presenza di un progetto educativo che sia in armonia con i principi della Costituzione, l'obbligo di non discriminazione nei confronti degli alunni che frequentano la scuola, l'utilizzo di strutture conformi alle norme vigenti, il funzionamento degli organi collegiali improntato alla partecipazione democratica, personale docente fornito di abilitazione all'insegnamento secondo l'ordinamento italiano e assunto nel rispetto dei contratti di lavoro collettivi nazionali.

L'altro importante vincolo che la Costituzione pone nei riguardi della scuola privata è di tipo economico-finanziario: i privati hanno il diritto di istituire scuole ed istituti di educazione ma «senza oneri per lo Stato» (art. 33, c. 2, Cost.). Una clausola, come è noto, che rappresenta il più difficile punto di compromesso cui giungono, in sede di Assemblea costituente, le contrapposte forze politiche laiche e cattoliche⁵² e su cui, anche successivamente all'approvazione della Costituzione, si sono continuate a confrontare opinioni discordanti e dubbi interpretativi⁵³. Uno degli aspetti più dibattuti e controversi, in particolare, ha riguardato la possibilità di attribuire agevolazioni o provvidenze da parte dello Stato anche agli alunni delle scuole private, stante il conflitto proprio con il limite di cui all'art. 33, c. 2 della Costituzione⁵⁴.

⁵² Sul punto, per tutti, si veda V. CRISAFULLI, *La scuola nella Costituzione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1956, 85.

⁵³ Ad esempio si è discusso se l'assenza di oneri nei confronti dello Stato riguardasse solo la fase "istitutiva" della scuola o anche le fasi successive di normale svolgimento dell'attività scolastica. Sul punto v., tra gli altri, G. LOMBARDI, *La libertà nella scuola nel quadro della Costituzione italiana*, in *Riv. Giur. della scuola*, 1964, 342, in cui l'Autore tende a ridimensionare la rigidità del divieto di finanziamento ritenendo che esso possa operare esclusivamente al momento della nascita di una nuova struttura scolastica privata ma non nella fase del suo funzionamento.

⁵⁴ Sull'incostituzionalità di qualunque intervento legislativo che prevedesse l'estensione della gratuità della scuola dell'obbligo o altre agevolazioni anche agli alunni che frequentano la scuola privata poiché contrastante con il 3° co. dell'art. 33 Cost. v. C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, 1969, 1081. Per un'idea del diritto allo studio che non può essere limitato agli alunni delle sole scuole statali v. A. POGGI, *Verso il superamento della distinzione pubblico-privato nell'offerta formativa*, in *Quad. Cost.*, fasc. 2, 2003, 380-382; V. ATRIPALDI, *Diritto allo studio*, Napoli, 1974, 30 ss. Una ricostruzione più ampia

A tal riguardo la Corte costituzionale ha avuto modo di chiarire che «l'obbligo scolastico può essere adempiuto in modi diversi dalla frequenza delle scuole pubbliche o di quelle private abilitate a rilasciare titoli di studio aventi valore legale. È perciò ingiustificatamente discriminatoria l'esclusione, di chi l'assolva in uno dei modi diversi da tale tipo di frequenza, da una provvidenza destinata non alle scuole bensì direttamente agli alunni e quindi in connessione con l'obbligo scolastico». In tale prospettiva, una volta che il legislatore ordinario ha previsto di destinare una determinata agevolazione o provvidenza direttamente agli studenti, «il comprendervi anche quelli che frequentino scuole meramente private non equivale alla assunzione di un onere da parte dello Stato in favore di dette scuole»⁵⁵.

5. *La ripartizione di competenze in materia di istruzione e il nodo dell'autonomia differenziata*

Al tema delle risorse è strettamente legato quello della ripartizione di competenze in materia di istruzione dal momento che l'esercizio di qualsiasi competenza richiede necessariamente l'impiego di strutture e mezzi economico-finanziari in grado di garantire i servizi e le prestazioni necessarie. Sotto questo profilo l'istruzione è una materia che si colloca in maniera complessa nell'ambito della ripartizione di competenze legislative tra Stato e regioni poiché, come è noto, costituisce sia competenza esclusiva statale sotto il profilo di «norme generali sull'istruzione» (art. 117, c. 2, lett. n) che competenza concorrente come «istruzione, salva l'autonomia delle istituzioni scolastiche e con esclusione della istruzione e della formazione professionale» (art. 117, c. 3)⁵⁶. Ne deriva, in prima istanza,

del dibattito, tra i tanti: A. SANDULLI, *Il sistema nazionale di istruzione*, Bologna, 2003; M. DE BENEDETTO, *Istruzione pubblica e privata*, in *Enc. giur.*, XX, Roma, 2007 e, ancora, A.M. POGGI, *Per un «diverso» Stato sociale. La parabola del diritto all'istruzione nel nostro Paese*, Bologna, 2019.

⁵⁵ Corte costituzionale, sentenza 15-30 dicembre 1994, n. 454 su cui v. le riflessioni di G. PITRUZZELLA, *Provvidenze alla scuola e provvidenze agli alunni: una distinzione per nuovi sviluppi del pluralismo scolastico*, in *Giur. cost.*, 1995, n. 1, 580 ss.; P. PERLINGIERI, *Diritto allo studio uguale per tutti. A margine della sentenza n. 454 del 1994 della Corte costituzionale*, in *Rass. dir. civ.*, 1995, parte II, 386 ss.

⁵⁶ Non è semplice, peraltro, neppure la distinzione tra la materia «istruzione e formazione professionale» (di potestà residuale delle Regioni) e «professioni» (di potestà concorrente e pertanto soggetta al vincolo dei principi fondamentali sanciti dalla legge

che la competenza statale sull'istruzione concerne sia la definizione delle «norme generali» che «la determinazione dei principi fondamentali» derivanti dalla competenza concorrente, sicché alle regioni resta la residuale disciplina di dettaglio.

Sull'istruzione, tuttavia, incidono trasversalmente anche altre materie⁵⁷ e, tra queste, la competenza esclusiva statale sulla determinazione dei 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).

Il contributo della Corte costituzionale ha tentato di chiarire sotto alcuni profili la complessità della delimitazione delle competenze in materia di istruzione lasciando tuttavia ancora ampi margini di incertezza. In una delle pronunce più rilevanti, la sentenza n. 13 del 2004, la Corte riconduce alla programmazione scolastica regionale e a quella dell'offerta formativa integrata fra istruzione e formazione professionale i due ambiti in cui è possibile individuare il «nucleo» della competenza concorrente delle regioni⁵⁸. La successiva giurisprudenza tende ad ampliare la prospettiva e cerca di offrire una più compiuta delimitazione dei vari titoli di competenza previsti dall'art. 117 Cost. in tema di istruzione, soffermandosi in particolare sulle materie: «norme generali sull'istruzione», «livelli essenziali delle prestazioni» e «principi fondamentali» della materia concorrente «istruzione». Un primo tentativo in questa direzione si rinviene nella sentenza n. 279 del 2005, nella quale la Corte precisa che le norme generali «delineano le basi del sistema nazionale di istruzione» e «sono funzionali,

statale), su cui v., tra gli altri, C. MAVIGLIA, *La disciplina delle «professioni» tra Stato e Regioni: a proposito di guide alpine*, in *Le Regioni*, n. 5/1990, 140 ss., in cui l'Autore evidenzia che le «esigenze di stretto raccordo tra la professione e la formazione che la concerne potrebbero infatti postulare che il soggetto competente in ordine alla prima definisca, altresì, alcuni aspetti essenziali della seconda come, ad esempio, le materie ritenute fondamentali in vista dell'esercizio professionale o anche la preparazione di base richiesta per potere accedere proficuamente all'attività formativa».

⁵⁷ A titolo esemplificativo: l'organizzazione amministrativa dello Stato e l'ordinamento civile (competenza esclusiva statale), la ricerca scientifica e tecnologica (competenza concorrente), l'istruzione artigiana e professionale o l'assistenza scolastica (competenza regionale), cfr. A. Ruggeri, *Il diritto all'istruzione*, cit., 2008, 774 s.

⁵⁸ Cfr., soprattutto in senso critico, A. CORPACI, *Le prospettive della legislazione regionale in materia di istruzione*, in *Le Regioni*, n. 1/2007, 31-34; P. MILAZZO, *La Corte costituzionale interviene sul riparto di competenze legislative in materia di istruzione e «raffina» il principio di continuità*, in *Le Regioni*, n. 4/2004, 967-968.

anche nei loro profili di rilevanza organizzativa, ad assicurare, mediante ... la previsione di una offerta formativa sostanzialmente uniforme sull'intero territorio nazionale, l'identità culturale del Paese, nel rispetto della libertà di insegnamento di cui all'art. 33, primo comma, Cost».⁵⁹

In particolare, la distinzione tra “norme generali” sull'istruzione e “principi fondamentali” della materia viene ricondotta al carattere auto-applicativo o meno della disciplina statale. Le norme generali sull'istruzione sono «applicabili indistintamente al di là dell'ambito propriamente regionale» senza necessità di ulteriore attuazione da parte del legislatore regionale mentre i principi fondamentali «non esauriscono in sé stessi la loro operatività, ma informano [...] altre norme, più o meno numerose», rimesse alle leggi delle Regioni⁶⁰. Tuttavia tale criterio si presta ad essere applicato solo *ex post* e non consente di stabilire *ex ante*, rispetto a quali oggetti lo Stato sia abilitato ad adottare una normativa esaustiva e rispetto a quali, invece, debba limitarsi a una disciplina «per principi»⁶¹.

Ulteriori interventi giurisprudenziali sono tornati sul punto tentando di superare il criterio formale. Nella sentenza n. 200 del 2009⁶² i giudici

⁵⁹ Sulla distinzione tra “principi generali” e “norme generali sull'istruzione” cfr., tra molti, M. TROISI, *La Corte tra “norme generali sull'istruzione” e “principi fondamentali”*. Ancora alla ricerca di un difficile equilibrio tra (indispensabili) esigenze di uniformità e (legittime) aspirazioni regionali, in *Le Regioni*, 2010; F. CORTESE, *L'istruzione tra norme generali e principi fondamentali: ossia, la Corte tra contraddizioni formali e conferme sostanziali*, in *Le Regioni*, n. 3/2010, 511 ss.; M. MICHETTI, *La Corte, le Regioni e la materia istruzione*, in *Giur. cost.*, 2005, 5117 ss.; S. NICODEMO, *L'istruzione tra “principi fondamentali” e “norme generali”*, in *Quad. cost.*, 2006, 128 ss.; G. SCACCIA, *Norme generali sull'istruzione e potestà legislativa concorrente in materia di istruzione: alla ricerca di un criterio discrezionale*, in *Giur. cost.*, 2005, 2716 ss.

⁶⁰ Cfr. sempre Corte costituzionale, sentenza 15 luglio 2005, n. 279, punto 2.1, *cons. in diritto*.

⁶¹ M. GAGGERO, *Il diritto all'istruzione tra esigenze di unitarietà e differenziazione*, in *Quaderni regionali*, n. 2/2012, 354-355; L. FRANCO, *L'«equivoca dizione» dell'art. 33, c. 2. Cost. tra «norme generali», principi fondamentali e legislazione regionale alla luce della più recente giurisprudenza costituzionale*, in *Rivista AIC*, n. 2/2013, 6; S. CAFIERO, *Il conseguimento di «ulteriori forme e condizioni particolari di autonomia» in tema di istruzione*, in P. LOGROSCINO, A.M. NICO, N. PIGNATELLI, R.G. RODIO, V. TONDI DELLA MURA (a cura di), *Il regionalismo differenziato tra attuazione e resistenze*, Napoli, 2024, 181 ss.

⁶² Corte costituzionale, sentenza 2 luglio 2009, n. 200, p.to 24, *cons. in diritto*. Per alcune riflessioni su tale pronuncia si vedano: L. CARLASSARE, *“Norme generali regolatrici della materia” modificabili con regolamento?*, in *Giurisprudenza costituzionale*, n. 4/2009, 2360 ss.; A.M. POGGI, *Dalla Corte un importante (anche se non decisivo) monito di arretramento alle “politiche” governative sull'istruzione*, in *Federalismi.it*, n. 14/2009, *passim*; F. CORTESE, *L'istruzione*

della Corte individuano le «norme generali sull'istruzione» in quelle «che definiscono la struttura portante del sistema nazionale di istruzione e che richiedono di essere applicate in modo necessariamente unitario ed uniforme in tutto il territorio nazionale». In tale prospettiva si tratta di norme che mirano «ad assicurare, mediante [...] una offerta formativa sostanzialmente uniforme sull'intero territorio nazionale, l'identità culturale del Paese»⁶³.

Sempre la Corte costituzionale chiarisce ancora che appartengono alla categoria delle disposizioni espressive di principi fondamentali della materia "istruzione", di competenza statale, «quelle norme che, nel fissare criteri, obiettivi, direttive o discipline, tese ad assicurare la esistenza di elementi di base comuni sul territorio nazionale in ordine alle modalità di fruizione del servizio dell'istruzione ... necessitano per la loro attuazione (e non già per la loro semplice esecuzione) dell'intervento del legislatore regionale»⁶⁴. Le «norme generali sull'istruzione» di cui all'art. 117 lett.

tra norme generali e principi fondamentali: ossia, la Corte costituzionale tra contraddizioni formali e conferme sostanziali, in *Le Regioni*, n. 3/2010, 514 ss.; M. TROISI, *La Corte tra "norme generali sull'istruzione" e "principi fondamentali"*, in *Le Regioni*, n. 3/2010, 531 ss. Il tema è ripreso ed affrontato anche in momenti successivi, con valutazioni differenti, cfr. S. TROILO, *Il diritto allo studio fra Stato e Regioni*, in *federalismi.it*, n. 9/2012, 21 ss.; V. DE SANTIS, *L'istruzione tra Stato e Regioni*, in F. ANGELINI, M. BENVENUTI (a cura di), *Le dimensioni costituzionali dell'istruzione. Atti del Convegno di Roma, 23-24 gennaio 2014*, Napoli, 2014, 236 ss.; C. F. FERRAJOLI, *L'organizzazione scolastica ancora al centro del contenzioso costituzionale tra Stato e Regioni*, in *Rivista AIC*, n. 4/2011, 3 ss.

⁶³ In tale prospettiva vengono qualificate come «norme generali sull'istruzione»: la gran parte di quelle poste dalla legge n. 53/2003 sulle finalità del sistema di istruzione, sui requisiti di accesso ad esso, sulle modalità di assolvimento dell'obbligo scolastico, sul contenuto dei programmi e dei piani di studi scolastici per la c.d. «quota nazionale», le modalità di valutazione, il modello dell'alternanza scuola-lavoro etc.); quelle poste dai d.lgs. nn. 59/2004, 286/2004, 76/2005, 77/2005, 226/2005 e 227/2005, tutti adottati sulla base delle deleghe legislative conferite al governo dalla l. n. 53/2003; quelle sull'autonomia scolastica, poste dall'art. 21, co. 2, l. n. 59/1997 ed attuate dal conseguente d.P.R. n. 275/1999; quelle sulla disciplina degli organi collegiali della scuola, poste dal d.lgs. n. 233/1999 in base alla delega contenuta nell'art. 21, co. 15, l. n. 59/1997; quelle sulla parità scolastica contenute nella ridetta l. n. 62/2000. In tal senso si allineano anche numerose pronunce successive, fra le quali v. Corte costituzionale, sentenza 5 novembre 2010, n. 309; sentenza 24 novembre 2010, n. 334, sentenza 7 giugno 2012, n. 147, sentenza 5 aprile 2013, n. 62. Cfr. anche la ricostruzione di S. CAFIERO, *Il conseguimento di «ulteriori forme e condizioni particolari di autonomia» in tema di istruzione*, cit., 189.

⁶⁴ Corte costituzionale, sentenza 21 marzo 2011, n. 92, p.to 5 *cons. in diritto*, che richiama proprio la già ricordata sent. n. 200/2009.

n), sono invece quelle che hanno la vocazione alla trasversalità, essendo «sorrette, in relazione al loro contenuto, da esigenze unitarie e, quindi, applicabili indistintamente al di là dell'ambito propriamente regionale» e senza che per la loro applicazione vi sia la necessità per le singole regioni di emanare norme di dettaglio⁶⁵.

In questo complesso quadro si inserisce la già richiamata legge n. 86 del 26 giugno 2024, attuativa dell'art. 116, c. 3 della Costituzione⁶⁶ sulla cosiddetta “autonomia differenziata” o “autonomia particolare”, ossia sulla possibilità che particolari forme di autonomia in alcune materie possano essere attribuite alle regioni con legge dello Stato, su iniziativa della Regione interessata, sentiti gli enti locali, nel rispetto dei principi di cui all'articolo 119⁶⁷.

⁶⁵ Corte cost. n. 279/2005, p.to 2 *cons. in diritto*.

⁶⁶ Sulla necessità di dare attuazione a tale disposizione costituzionale v. P. LOGROSCINO, *Il regionalismo differenziato: tra attuazione e resistenze introduzione generale al seminario*, in P. LOGROSCINO, A.M. NICO, N. PIGNATELLI, R.G. RODIO, V. TONDI DELLA MURA (a cura di), *Il regionalismo differenziato tra attuazione e resistenze*, Atti del Convegno annuale dell'Associazione “Gruppo di Pisa”, Bari, 1 dicembre 2023, Napoli, 19, il quale sottolinea come l'inattuazione perdurante «determina un vulnus alla forza dell'intera Costituzione, in quanto tollerare (addirittura consigliare?) che una sua previsione espressa venga svuotata, resa cioè di fatto priva d'efficacia significa farla degradare, almeno per quella parte, a mero atto politico. E se tale può essere una parte, possono essere tali anche altre parti e via via si potrebbe iniziare a pensare che lo sia tutta. Ciò ne minerebbe inesorabilmente la legittimazione, la forza sociale, insomma, che per la fonte costituzionale (come per ogni altro atto, normativo ma più che per tutti gli altri) è condizione essenziale di effettività».

⁶⁷ Non è certamente questa la sede per dar conto dell'ampio dibattito che ha investito il tema del regionalismo differenziato. Solo per un affresco con luci e ombre delle questioni più problematiche relative all'attuazione dell'art. 116, c. 3, Cost., si rinvia a: M. LUCIANI, *I diritti costituzionali tra Stato e Regioni, (a proposito dell'art. 117, comma 2, lett. m della Costituzione)*, in *Politica del diritto*, n. 3/2002, 353; R. BIN, “Regionalismo differenziato” e utilizzazione dell'art. 116, terzo comma, Cost. Alcune tesi per aprire il dibattito, in *Le istituzioni del federalismo*, n. 1/2008, 9 ss.; P. CIARLO, M. BETZU, *Dal regionalismo differenziato al regionalismo pasticciato*, in *Le istituzioni del federalismo*, n. 1/2008, 67 ss.; L. VIOLINI, *Regionalismo differenziato e utilizzazione dell'art. 116.3 Cost. (con particolare riguardo al regime dei diritti sociali)*, in *Le istituzioni del federalismo*, n. 1/2008, 87 ss. Più recentemente v.: S. STAIANO, *Salvare il regionalismo dalla differenziazione dissolutiva*, in *Federalismi.it*, n. 7/2023, IV; A. RUGGERI, *La differenziazione dell'autonomia regionale, le aspettative e i timori eccessivi che da essa si alimentano e il bisogno che gli uni e le altre siano opportunamente ridimensionati*, in *Diritti regionali*, n. 3/2023, 717 ss.; A. STERPA, *Quale, delle tante autonomie? Una lettura differente del “regionalismo differenziato”*, in *Italian Papers on Federalism*, n. 1/2023, 61 ss.; A. MORELLI, *La differenziazione di un regionalismo senza identità*, in *Diritti regionali*, n. 3/2023, 706-707; A. PATRONI GRIFFI, *Con-*

Si tratta di una riforma che investe a pieno titolo anche il diritto all'istruzione poiché tra le materie che possono essere oggetto di attribuzione particolare alle regioni rientra sia quella di cui all'art. 117, c. 2 («norme generali sull'istruzione»), oggi di competenza esclusiva statale, sia tutte le materie di competenza concorrente di cui all'art. 117, c. 3 e, pertanto, anche «istruzione».

Come si faceva già cenno parlando dei livelli essenziali delle prestazioni, l'art. 4, c. 1, legge n. 86 del 2024 precisa che il trasferimento delle funzioni, con le relative risorse umane, strumentali e finanziarie, concernenti materie o ambiti di materie riferibili ai LEP di cui all'articolo 3, può essere effettuato «soltanto dopo la determinazione dei medesimi LEP e dei relativi costi e fabbisogni standard, nei limiti delle risorse rese disponibili nella legge di bilancio» e, ai sensi dell'art. 3, c. 3, lett. *a* e *d* della legge, le materie «istruzione» e «norme generali sull'istruzione» sono entrambe tra quelle riferibili ai LEP.

L'art. 3 della legge, al comma 2, precisa che per l'individuazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale il Governo è delegato ad adottare uno o più decreti legislativi entro ventiquattro mesi dalla data di entrata in vigore della legge stessa. Successivamente, i LEP potranno essere aggiornati periodicamente «in coerenza e nei limiti delle risorse finanziarie disponibili» con decreti del Presidente del Consiglio dei ministri⁶⁸. A tal riguardo, l'art. 4, c. 1, secondo periodo legge prevede che qualora dalla determinazione dei LEP «derivino nuovi o maggiori oneri a carico della finanza pubblica, si può procedere al trasferimento delle funzioni solo successivamente all'entrata in vigore dei provvedimenti legislativi di stanziamento delle risorse finanziarie».

siderazioni sull'autonomia regionale differenziata e sui presupposti costituzionali della sua attuazione, in AA. VV., *Scritti in onore di Pietro Ciarlo*, vol. III, Napoli, 2022, 1626 ss.; G. FERRAIUOLO, *Unità e differenziazione nella dimensione teleologica dell'autonomia territoriale*, in M. COSULICH (a cura di) *Il regionalismo italiano alla prova delle differenziazioni*, Atti del Convegno Annuale dell'Associazione «Gruppo di Pisa», Trento, 18-19 settembre 2020, Napoli, 2021, 496. Con particolare riferimento alla recente legge n. 86 del 2024, attuativa dell'art. 116, c. 3, Cost., dichiarata parzialmente incostituzionale con sentenza 3 dicembre 2024, n. 192, v. A. RUGGERI, *Teoria della Costituzione e riorganizzazione del potere, tra regole istituzionali e regolarità della politica*, in *Consultaonline*, n. 3/2024, 1385 ss. Sull'eventuale referendum abrogativo della stessa legge: A. POGGI, *Il referendum sul regionalismo differenziato: i principi, l'attuazione, le Corti e la sovranità popolare*, in *federalismi.it*, n. 1/2025, IV ss.

⁶⁸ Art. 3, c. 7, legge n. 86/2024.

I tempi di concreta attuazione di un eventuale trasferimento alle regioni della competenza legislativa in materia di istruzione, dunque, dipenderanno, in una prima fase, dalla definizione dei LEP il cui termine è fissato in ventiquattro mesi e, successivamente, dall'adozione dei provvedimenti legislativi di stanziamento delle risorse finanziarie che, con elevata probabilità, saranno necessarie per garantire i livelli essenziali. In relazione a quest'ultima fase attuativa, tuttavia, non sono fissati tempi certi né è facile prevederli. Al momento è in discussione in Parlamento il disegno di legge delega recante "Delega al Governo per la determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni", approvato in Consiglio dei Ministri il 19 maggio 2025.

Difficile nascondere alcune perplessità sugli esiti di tale riforma in materia di istruzione, in particolare laddove si considerino le «spiccate esigenze unitarie che caratterizzano il settore» le quali «hanno a che fare non solo con gli scopi dell'eguaglianza sostanziale, ma anche con la necessità di conservare e promuovere l'identità culturale del paese»⁶⁹. Ancor più se si considera l'istruzione come fattore di "identità" e "forza" della Costituzione, che sono date dalla «adesione ai principi e ai valori che essa esprime e attorno ai quali si rinnova nella continuità»⁷⁰ o come fattore di unità e indivisibilità della Repubblica⁷¹.

Sotto questo profilo è utile considerare che l'art. 33 Cost., nell'attribuire alla «Repubblica» il compito di dettare le norme generali sull'istruzione dà luogo ad una riserva di legge implicita⁷². Come affermato dalla Corte costituzionale nella più volte richiamata sentenza n. 200 del 2009, «il legislatore costituzionale ha assegnato alle prescrizioni contenute nei citati artt. 33 e 34 valenza necessariamente generale ed unitaria che identifica un ambito di competenza esclusivamente statale. In questo contesto si colloca l'art. 117, secondo comma, Cost. lettera n), Cost., nel testo novellato dalla riforma del titolo V della parte seconda, che, utilizzando la medesima locuzione "norme generali sull'istruzione", stabilisce che titolare esclusivo

⁶⁹ S. CAFIERO, *Il conseguimento di «ulteriori forme e condizioni particolari di autonomia» in tema di istruzione*, cit., 203.

⁷⁰ Così A. BARBERA, *Ordinamento costituzionale e carte costituzionali*, in *Quad. cost.*, 2/2010, 314.

⁷¹ G. LANEVE, *Istruzione come fattore di identità costituzionale*, cit., 483 ss.

⁷² V. CRISAFULLI, *La scuola nella Costituzione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1956, 54 ss.; più recentemente cfr. A. IANNUZZI, *Norme generali sull'istruzione e riserva di legge*, in *Federalismi. it*, 24/2010.

della relativa potestà legislativa è lo Stato, in tal modo precisando il riferimento alla “Repubblica” contenuto nel citato art. 33, secondo comma, Cost»..

Anche in dottrina è stato evidenziato che il termine “Repubblica” non ha lo stesso significato negli artt. 9 e 33. Nel primo si riferisce allo Stato-ordinamento in tutte le sue possibili articolazioni, per cui il compito di promuovere la cultura e la ricerca scientifica spetta indistintamente allo Stato, alle Regioni, agli enti locali e a tutti gli altri enti pubblici a ciò abilitati, ognuno nel proprio ambito di competenze⁷³. Nell’art. 33, invece, il termine “Repubblica” sta ad indicare lo Stato-persona e quindi il legislatore nazionale⁷⁴. Pertanto appare quantomeno incoerente se non confliggente con tale quadro costituzionale la devoluzione alle regioni di tale materia⁷⁵.

A rinforzo di tale orientamento si pone la pronuncia di parziale incostituzionalità della legge n. 86 del 2024. Tra le motivazioni a sostegno della decisione la Corte, dopo aver richiamato il principio di sussidiarietà ed aver ribadito che esso impone l’individuazione del livello territoriale più adeguato, in relazione alla natura della funzione, al contesto locale e anche a quello più generale in cui avviene la sua allocazione, sottolinea come lo stesso art. 116, c. 3, Cost. vada interpretato coerentemente con tale principio, pertanto la devoluzione non può riferirsi a materie o ad ambiti di

⁷³ F. MERUSI, *Commento all’art. 9 della Costituzione*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna, 1976.

⁷⁴ Questo si deduce sia dalla difficoltà di riconoscere a qualsiasi soggetto pubblico compiti di normazione generale, sia dall’incongruità che deriverebbe dall’affidare l’istituzione di scuole statali a soggetti diversi dallo Stato, cfr. A. MURA, *Scuola, cultura e ricerca scientifica*, in G. AMATO, A. BARBERA (a cura di), *Manuale di diritto pubblico*, vol. III, Bologna, 1997, 229 s.

⁷⁵ Ma a questo punto il problema si pone non solo (e non tanto) con le norme attuative del regionalismo differenziato di cui alla legge n. 86 del 2024 quanto con la fonte di origine, ossia la stessa previsione di cui all’art. 116, c. 3 della Costituzione, come novellato nel 2001. In tale prospettiva: «o i vizi sono negli atti subcostituzionali d’attuazione e dunque possono essere emendati e lo devono essere di modo che la norma costituzionale abbia finalmente attuazione; si tratta di discutere sul come. O, al contrario, non lo possono essere perché derivano direttamente dall’art. 116, co. 3 e in questo caso non ci sono vie di mezzo su cui potersi avventurare: la revisione costituzionale s’impone come urgente necessità», così P. LOGROSCINO, *Il regionalismo differenziato: tra attuazione e resistenze introduzione generale al seminario*, in P. LOGROSCINO, A.M. NICO, N. PIGNATELLI, R.G. RODIO, V. TONDI DELLA MURA (a cura di), *Il regionalismo differenziato tra attuazione e resistenze*, Atti del Convegno annuale dell’Associazione “Gruppo di Pisa”, Bari, 1 dicembre 2023, Napoli, 2024, 17.

materie, ma a specifiche funzioni. È lo stesso tenore letterale della disposizione, sottolinea sempre la Corte, a confermare tale conclusione in quanto essa fa riferimento alle ulteriori forme e condizioni particolari di autonomia «concernenti le materie», lasciando intendere che il trasferimento non riguarda le materie ma le singole funzioni concernenti le materie⁷⁶.

In tale prospettiva i giudici costituzionali individuano alcune materie alle quali afferiscono funzioni il cui trasferimento è, in linea di massima, difficilmente giustificabile secondo il principio di sussidiarietà⁷⁷. A tal riguardo la Corte richiama proprio le norme generali sull'istruzione e, in linea con gli orientamenti giurisprudenziali anche qui ricordati, ribadisce la loro valenza «necessariamente generale ed unitaria» in quanto delineano le basi del sistema nazionale di istruzione, sono funzionali ad assicurare una offerta formativa sostanzialmente uniforme sull'intero territorio nazionale pertanto «non sarebbe ... giustificabile una differenziazione che riguardi la configurazione generale dei cicli di istruzione e i programmi di base, stante l'intima connessione di questi aspetti con il mantenimento dell'identità nazionale»⁷⁸.

I problemi insiti nell'inserimento della materia "istruzione" tra quelle suscettibili di differenziazione erano stati ben evidenziati già da tempo dalla dottrina⁷⁹ perché, in effetti, la rivendicazione da parte regionale di competenze normative in tale materia «non può non tenere conto dell'operatività di elementi unificanti nazionali che si traducono in veri e propri limiti costituzionali opponibili all'ambito regionalizzabile: si pensi al necessario riconoscimento e salvaguardia delle autonomie funzionali

⁷⁶ Corte cost. n. 192/2024, p.to 4.2 *cons. in diritto*.

⁷⁷ Solleva perplessità sulla circostanza per cui la Consulta si è spinta ad individuare programmaticamente gli ambiti materiali in relazione ai quali appare arduo individuare funzioni passibili di differenziazione A. RUGGERI, *Teoria della Costituzione e riorganizzazione del potere*, cit., 1388 ss.

⁷⁸ Corte cost. n. 192/2024, p.to 4.4 *cons. in diritto*. In tale prospettiva vi è chi considera "chiusa" la vicenda del coinvolgimento delle norme generali sull'istruzione nei percorsi di attuazione dell'autonomia differenziata, F. ANGELINI, *Costituzione e scuola democratica*, cit., 229 s.

⁷⁹ V., in particolare, G. DI COSIMO, *Sui contenuti del regionalismo differenziato*, in *Le Istituzioni del Federalismo*, 2008, 65; R. BIFULCO, *I limiti del regionalismo differenziato*, in *Rivista AIC*, n. 4/2019, 267 s.; R. CALVANO, *Scuola e Regioni differenziate, si vaga nel buio*, in *Lacostituzione.info*, 20 maggio 2019 ma anche ID., *Una crisi gattopardesca non allontana le prospettive dell'autonomia differenziata: i rischi in materia di istruzione*, in *Diritti regionali. Rivista di diritto delle autonomie territoriali*, n. 3/2019, 1 ss.

operanti soprattutto nell'ambito dell'istruzione ed in quello universitario, oltre all'esigenza di salvaguardare la possibilità di esercizio delle attività lavorative su tutto il territorio nazionale ex art. 120, primo comma, Cost., che inibisce la costruzione di percorsi di istruzione o professionali che frustrino tale garanzia⁸⁰.

In tale prospettiva si è parlato di «illogicità» della inclusione della materia di competenza legislativa esclusiva statale “norme generali sull'istruzione” tra quelle attribuibili alle Regioni, così come è apparsa «paradossale» la possibile attribuzione a tutte le Regioni di tutte le materie di competenza concorrente, con conseguente neutralizzazione, nei fatti, ad opera della fonte rinforzata, della previsione costituzionale che riserva alla legislazione dello Stato la determinazione in quelle materie dei principi fondamentali⁸¹.

Le preoccupazioni maggiori sorgono soprattutto con riferimento, ad esempio, alla possibile regionalizzazione del trattamento giuridico ed economico degli insegnanti, alle modalità di reclutamento, alla disciplina dell'obbligo scolastico, alla determinazione degli organici, alle norme sulla parità tra istituzioni scolastiche e sul rapporto tra scuola pubblica e privata, alla organizzazione didattica e ai criteri di formazione delle classi, all'integrazione degli alunni con bisogni educativi speciali, alla prevenzione dell'abbandono e al contrasto dell'insuccesso scolastico specialmente in particolari contesti di povertà e dispersione scolastica. Il rischio, sotto

⁸⁰ E. GIANFRANCESCO, *L'attuazione dell'art. 116, comma 3, cost. tra nodi problematici e prospettive evolutive del regionalismo italiano*, in *Italian Papers on Federalism Rivista giuridica on-line – ISSiREA – CNR*, n. 2/2019, 8 s., il quale sottolinea, più in generale, proprio l'«intensa operatività» in questa materia della riserva di competenza legislativa statale in tema di determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali.

⁸¹ In questi termini: P. SCARLATTI, *Il tentativo di attuazione dell'art. 116, III comma, Cost.: i profili di carattere procedurale*, in P. LOGROSCINO, A.M. NICO, N. PIGNATELLI, R.G. RODIO, V. TONDI DELLA MURA (a cura di), *Il regionalismo differenziato tra attuazione e resistenze*, Napoli, 2024, 74 ss. In tale prospettiva vi è chi conclude che una maggiore differenziazione «potrebbe risultare esiziale per la garanzia del diritto all'istruzione, già problematico da realizzare compiutamente per effetto dell'evoluzione di un ordinamento scolastico che continua a oscillare tra criticità ataviche, mai superate, anzi, semmai aggravate da forme quasi compulsive di palpitazione riformistica, patologia da cui è ciclicamente affetto il legislatore in questo ambito, e finalità di fondo del sistema, inscritte nelle disposizioni costituzionali che fissano da un lato i principi fondamentali e, dall'altro, definiscono il modello costituzionalmente imposto di scuola», così V. SATTA, *Regionalismo differenziato, istruzione e scuola*, in *Forum di quaderni costituzionali*, n.1/2020, 447.

tali e tanti profili, è quello di un aggravio del divario tra nord e sud nonché tra centro e periferia⁸².

6. *Il condizionamento finanziario dei diritti e l'istruzione come "risorsa"*

Uno dei problemi più rilevanti che investe il diritto all'istruzione, così come gran parte dei diritti sociali, è quello del condizionamento finanziario. Un problema che si riscontra soprattutto in fase di determinazione dei livelli delle prestazioni ritenuti essenziali e da garantire su tutto il territorio nazionale. Se da un lato, infatti, i livelli "minimi" di garanzia dei diritti sociali, ossia la loro parte "incomprimibile", costituiscono un limite derivante dalla Costituzione che deve essere tutelato a prescindere da considerazioni di ordine finanziario, la determinazione dei LEP rappresenta, invece, un punto di equilibrio che va oltre il "livello minimo" costituzionalmente tutelato e che il legislatore ritiene di dover garantire in maniera uniforme su tutto il territorio nazionale sottraendo tale decisione all'autonomia regionale. Ciò richiede necessariamente un bilanciamento tra la decisione riguardante il livello ritenuto essenziale dal legislatore nazionale e le risorse disponibili, seppure nel rispetto del principio di autonomia finanziaria regionale, secondo il modello delineato dall'art. 119 della Costituzione⁸³. La determinazione dei LEP, infatti, fa sorgere sì un

⁸² Su tali preoccupazioni si sofferma, in particolare, R. CALVANO, *La scuola, gli insegnanti e l'art. 116, comma 3, Cost. L'istruzione al tempo del regionalismo differenziato*, in *Questionegiustizia.it*, n. 4/2019.

⁸³ La questione ricorre ampiamente anche in Corte cost. n. 192/2024 soprattutto laddove i giudici sottolineano che «i LEP rappresentano una soglia vincolante che dev'essere rispettata dalle autonomie territoriali. Coerentemente, la determinazione dei LEP implica che gli enti territoriali dispongano delle necessarie risorse, attraverso i canali previsti dall'art. 119 Cost.: dunque, anche attraverso il fondo perequativo». In questa prospettiva «il nucleo minimo del diritto è un limite derivante dalla Costituzione e va garantito da questa Corte, anche nei confronti della legge statale, a prescindere da considerazioni di ordine finanziario ... invece i LEP sono un vincolo posto dal legislatore statale, tenendo conto delle risorse disponibili, e rivolto essenzialmente al legislatore regionale e alla pubblica amministrazione» (p.to 14, *cons. in diritto*). In dottrina v. recentemente: G.M. NAPOLITANO, *Nucleo minimo di un diritto vs livelli essenziali delle prestazioni: la Corte ritorna sulla questione*, in *Dirittifondamentali.it*, n. 2/2025, 184 ss. Peraltro, anche in altre occasioni la Corte aveva evidenziato come è la garanzia dei diritti incomprimibili ad incidere sul bilancio e non l'equilibrio di questo a condizionarne la doverosa erogazione

vincolo per il legislatore regionale e per la pubblica amministrazione ma anche il «corrispondente diritto di ricevere le necessarie risorse ai sensi dell'art. 119, quarto comma, Cost».⁸⁴

Ad oggi, tuttavia, la situazione si presenta in maniera molto più complessa. L'intero sistema scolastico italiano, infatti, è finanziato in maniera assai articolata attraverso una pluralità di canali che passano per il livello statale ma anche regionale e locale nonché attraverso i vari strumenti di sostegno finanziario che trovano origine nei fondi dell'ordinamento europeo. Per cui non è possibile individuare un "responsabile" unico del finanziamento dei LEP quanto piuttosto un sistema non sempre coordinato di soggetti che provvedono a fornire o integrare le risorse economiche e strumentali necessarie a garantire il diritto all'istruzione. In ultima analisi, il problema della determinazione dei LEP è un problema soprattutto di natura economico-finanziaria.

Nel campo dell'istruzione, in particolare, ciò è ancora più evidente se si considera che i "punti di partenza" delle varie regioni sono storicamente molto diversi, il livello delle prestazioni talora mostra lacune e debolezze e il rischio di un appiattimento verso il basso dei livelli essenziali «rimane uno dei profili per ora "in ombra" delle proposte di regionalismo differenziato»⁸⁵. L'insufficiente e disomogenea provvista di risorse finanziarie necessarie a garantire, anche in ottica perequativa e di livellamento dei

(Corte costituzionale, sentenza 16 dicembre 2016, n. 275, p.to 11 *cons. in diritto*, sulla quale si sofferma ampiamente F. MASCI, *L'inclusione scolastica dei disabili: inclusione sociale di persone*, in *Costituzionalismo.it*, n. 2/2017, 133 ss., in part. 153 ss.). In tale prospettiva, a partire dagli anni Novanta del secolo scorso, la Corte costituzionale ha fatto ricorso anche alla distinzione tra "diritti finanziariamente condizionati" e "spese costituzionalmente necessarie", questione su cui si sofferma G. DI COSIMO, *Diritti sociali e risorse limitate nella giurisprudenza costituzionale*, in *Rivista del Diritto della Sicurezza Sociale*, n. 1/2025, 57 ss.

⁸⁴ Corte cost. n. 192/2024, p.to 16 *cons. in diritto* ma cfr. anche, nella stessa sentenza, p.to 14 *cons. in diritto* in cui si afferma espressamente che la determinazione dei LEP origina «il dovere dello stesso Stato di garantirne il finanziamento». Sul punto si sofferma, in particolare, P. TORRETTA, *La disciplina dei LEP per l'autonomia differenziata (ma non solo) al vaglio della Corte costituzionale. Note a margine della sentenza n. 192/2024*, in *Federalismi.it*, n. 13/2025, 187 s. il quale evidenzia, peraltro, alcuni commenti critici verso questa impostazione, che condurrebbe ad un'alterazione della natura e della funzione propria dei livelli essenziali delle prestazioni, cfr. M. LADU, L. SPADACINI, *La nozione costituzionale di livello essenziale delle prestazioni tra potestà normativa e autonomia finanziaria delle Regioni*, in *Italian Papers on Federalism*, n. 2/2023, 97 ss.

⁸⁵ G.E. POLIZZI, *La funzione della spesa per l'istruzione. Riflessione sul regionalismo differenziato*, in *Diritti regionali*, 2020, 137.

risultati del sistema nel suo complesso, sono da sempre considerati il principale ostacolo per l'attuazione dei LEP⁸⁶.

Si tratta di un problema che investe, più in generale, tutto il percorso evolutivo dei diritti sociali in Italia, notevolmente condizionato, come è noto, dalle politiche europee di bilancio conseguenti al processo di integrazione comunitaria prima ed eurounitaria dopo. Nuovi principi e regole di bilancio sono progressivamente entrati a far parte dell'ordinamento italiano, dando luogo a interventi e misure straordinarie e di varia natura, che hanno inciso profondamente non soltanto sulla gestione della finanza pubblica statale ma anche sui bilanci regionali e locali, condizionando fortemente la capacità di spesa sia dello Stato che degli enti territoriali.

L'obbligo imposto dall'Unione europea ai Paesi membri di contenere i disavanzi statali e il debito pubblico entro limiti proporzionali al prodotto interno lordo costituisce, come è noto, il nucleo essenziale alla base dei vincoli europei di bilancio (art. 126, c. 2, lett. b TFUE) da cui poi derivano vincoli a carico anche degli enti substatali che limitano fortemente la spesa pubblica⁸⁷. Il processo avviato ormai più di trenta anni fa a Maastricht ha formalizzato la fine delle vecchie regole della finanza pubblica in tutti gli Stati membri dando vita ad un sistema di *governance* nel quale la stabilità del bilancio e il principio di finanze pubbliche sane (artt. 126 e 140 TFUE) rappresentano un'esigenza imprescindibile per la sopravvivenza stessa del processo di integrazione europea assieme alla necessità di assicurare una crescita economica sostenibile e non inflazionistica (art. 3 TUE)⁸⁸. In Italia, la riforma costituzionale del 2012 ha cristallizzato il principio dell'equilibrio tra entrate e spese nel bilancio dello Stato (art. 81, Cost.) e ha esteso il medesimo principio anche ai bilanci

⁸⁶ Lo sottolinea, in particolare, C. TUBERTINI, *La determinazione dei livelli essenziali nell'istruzione*, cit., 708.

⁸⁷ Sul rapporto tra regole europee di bilancio e autonomia degli enti sub-statali sia consentito il rinvio a M. SALERNO, *Autonomia finanziaria regionale e vincoli europei di bilancio*, Napoli, 2013, in part. 67 ss.

⁸⁸ Per una ricostruzione più ampia dell'evoluzione delle regole di costituzione economica nel processo di integrazione europea v., per tutti, G. DI PLINIO, *La Costituzione economica nel processo costituente europeo*, in *Dir. pubbl. comp. ed eur.*, n. 4/2003, 1780 ss. e, più recentemente, Id., *Costituzione economica e vincoli quantitativi. Per un costituzionalismo non keynesiano*, in *Federalismi.it*, n. speciale 5/2019, 103 ss.; S. CASSESE, *La nuova costituzione economica*, Bari, 2012; G.U. RESCIGNO, *Costituzione economica*, in *Encicl. giur. Treccani*, X, Milano, 2001; M. LUCIANI, *La produzione economica privata nel sistema costituzionale*, Padova, 1983.

delle autonomie regionali e locali (art. 119 Cost.) e a tutte le pubbliche amministrazioni (art. 97, c. 1, Cost.)⁸⁹.

Gran parte degli interventi statali finalizzati a introdurre vincoli e limiti ai bilanci regionali e locali, soprattutto per consentire il rispetto dei parametri europei di stabilità, sono stati attuati attraverso l'esercizio della competenza concorrente in materia di coordinamento della finanza pubblica, di cui all'art. 117, comma 3 della Costituzione. Come chiaramente affermato dalla Corte costituzionale: «non è contestabile il potere del legislatore statale di imporre agli enti autonomi, per ragioni di coordinamento finanziario connesse ad obiettivi nazionali, condizionati anche dagli obblighi comunitari, vincoli alle politiche di bilancio, anche se questi si traducono, inevitabilmente, in limitazioni indirette all'autonomia di spesa degli enti»⁹⁰.

Anche nell'ambito dell'istruzione la competenza concorrente in materia di coordinamento della finanza pubblica ha rappresentato uno strumento in grado di limitare notevolmente l'autonomia finanziaria delle regioni e degli enti locali ponendo vincoli finanziari e limiti alla spesa di regioni, province e comuni. La leva del coordinamento della finanza pubblica ha reso lo Stato «dominus del governo concreto del settore», con una profonda capacità di incidere sull'astratta ripartizione di competenze materiali⁹¹ e la definizione dei LEP ha sempre più spesso trovato spazio

⁸⁹ Sulle perplessità che tale riforma possa legittimare o giustificare un ridimensionamento di diritti costituzionalmente tutelati v. G. DI COSIMO, *Diritti sociali e risorse limitate nella giurisprudenza costituzionale*, in *Rivista del diritto della sicurezza sociale*, n. 1/2025, 1 ss. il quale sottolinea, in particolare, che «l'argomento dei diritti finanziariamente condizionali è coerente con l'idea, affermata a partire dalla metà degli anni Settanta del secolo scorso, che occorra ridimensionare il sistema di *welfare*. Si tratta di un orientamento giurisprudenziale che giustifica le politiche legislative volte a contenere la spesa sociale. Tuttavia, da un lato si pone in tensione con le norme costituzionali in tema di diritti e con lo stesso principio di eguaglianza sostanziale, e dall'altro è sprovvisto di un chiaro ancoraggio costituzionale, che non può essere ravvisato nemmeno nella nuova formulazione dell'art. 81 Cost., che indica l'obiettivo dell'equilibrio di bilancio, piuttosto che quello di un vero e proprio pareggio contabile» (61 s.). Medesima autorevole dottrina replica all'obiezione di non affrontare, in questo modo, la questione della scarsità delle risorse evidenziando la possibilità che il legislatore «indirizzi le scelte di riduzione della spesa su altre voci di bilancio che non dispongono di un'analoga copertura costituzionale» (63).

⁹⁰ Corte costituzionale, sentenza 20-26 gennaio 2004, n. 36.

⁹¹ E. GIANFRANCESCO, G. PERNICARIO, *Le regioni e la materia dell'istruzione tra uniformità e differenziazione. Una breve analisi di ciò che (non) poteva essere e non è stato*, in *Astrid-online.it*, 2012, 6, ma cfr. anche P. CARETTI, *I possibili effetti paradossali dell'attuazione del federalismo fisca-*

in disposizioni incluse nella manovra di finanza pubblica necessarie ad accantonare il relativo stanziamento di fondi.

Nell'operazione di bilanciamento tra vincoli di bilancio e tutela del diritto all'istruzione occorrerebbe un cambio radicale di prospettiva e (ri) focalizzarsi su un aspetto troppo spesso trascurato ma fondamentale. Le risorse destinate all'istruzione vengono generalmente considerate spesa corrente, un centro di costo nel bilancio statale che, nei processi di *spending review* e di razionalizzazione della spesa pubblica, diviene spesso oggetto

le in relazione al mancato trasferimento delle funzioni alle Regioni: il caso emblematico dell'istruzione scolastica, in *Le Regioni*, 2010, 459 ss. Non sono mancati, tuttavia, casi in cui la materia del coordinamento della finanza pubblica non è stata ritenuta idonea a comprimere l'autonomia regionale nell'ambito del settore dell'istruzione. Un esempio emblematico si rinviene nella sentenza n. 87 del 2018 oggetto della quale era l'art. 1, cc. 269, 270 e 272, della L. n. 232 del 2016, ove si stabiliva che, per finalità di «coordinamento della finanza pubblica», le regioni avrebbero dovuto provvedere a creare, entro sei mesi dall'entrata in vigore della stessa legge, un unico ente adibito all'erogazione dei servizi per il diritto allo studio, al bilancio del quale sarebbero state direttamente attribuite le risorse del fondo integrativo statale per la concessione di borse di studio di cui all'art. 18 del D. Lgs. 29 marzo 2012, n. 68, recante «Revisione della normativa di principio in materia di diritto allo studio e valorizzazione dei collegi universitari legalmente riconosciuti, in attuazione della delega prevista dall'articolo 5, comma 1, lettere a), secondo periodo, e d), della legge 30 dicembre 2010, n. 240, e secondo i principi e i criteri direttivi stabiliti al comma 3, lettera f), e al comma 6». Secondo la regione ricorrente, le disposizioni impugnate avrebbero violato gli artt. 117, c. 3, e 119 Cost., poiché non si limitavano a fissare un limite complessivo di spesa né obiettivi generali di risparmio, ma introducevano una precisa norma di dettaglio. La Corte ritenne fondata la questione argomentando che, in effetti, le disposizioni impugnate ponevano un obbligo assai puntuale in capo alle regioni, tenute ad organizzare il sistema di erogazione dei servizi di diritto allo studio attraverso un unico ente. Benché, dunque, il legislatore statale qualificasse il vincolo quale «principio di coordinamento della finanza pubblica» idoneo a giustificare la compressione dell'autonomia regionale, la Corte ha ritenuto che l'auto-qualificazione legislativa non è vincolante e, quindi, al fine d'individuare l'ambito di competenza su cui incidono le disposizioni «occorre fare riferimento all'oggetto e alla disciplina delle medesime, tenendo conto della loro ratio e tralasciando gli effetti marginali e riflessi, in guisa da identificare correttamente anche l'interesse tutelato» (p.to 3.1 *cons. in diritto*). In maniera analoga, anche nella sent. n. 223 del 2023 relativa alla legittimità costituzionale dell'art. 1, cc. 557, 558, 560 e 561, della L. 29 dicembre 2022, n. 197 (Bilancio di previsione dello Stato per l'anno finanziario 2023 e bilancio pluriennale per il triennio 2023-2025) che ridefiniscono la consistenza del contingente organico dei DS e dei DSGA, la Corte ha ritenuto che attraverso tale normativa il legislatore intendesse legittimamente «realizzare in via mediata una finalità [...] riconducibile al coordinamento dinamico della finanza pubblica», in quanto diretta a riorientare virtuosamente «la spesa pubblica» (p.to 4 *cons. in diritto*).

di ridimensionamento e di tagli, a volte lineari e indiscriminati. Tali scelte trascurano il fatto che, per molti versi, le spese per l'istruzione rappresentano un vero e proprio investimento per la crescita e lo sviluppo, non solo sociale e culturale ma anche economico, del paese. Un investimento in grado di produrre nel medio-lungo periodo anche un aumento di prodotto interno lordo.

La spesa pubblica destinata all'istruzione costituisce un investimento in capitale umano⁹² talora più importante anche rispetto a quello in capitale materiale o finanziario. I paesi che investono in capitale umano sono spesso quelli che meglio degli altri riescono a crescere economicamente rispetto ad altri che si limitano ad investire nelle proprie risorse materiali, ambientali, energetiche, ecc. Questo perché la qualità dell'istruzione riveste un ruolo fondamentale rispetto ai processi di crescita economica.

La teoria del capitale umano, cioè dell'istruzione come investimento produttivo, non è nuova naturalmente e viene generalmente ricondotta alla Scuola di Chicago negli anni Sessanta⁹³. Essa si concentra sul nesso

⁹² Inteso come l'insieme delle «conoscenze, abilità, competenze e altri attributi degli individui che *facilitano* la creazione di benessere personale, sociale ed economico» così come da definizione dell'Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economico, *Employment and Labour Market Statistics*, 2001, su cui v. G.J. HECKMAN, T. KAUTZ, *Formazione e valutazione del capitale umano. L'importanza dei «character skills» nell'apprendimento scolastico* (2014), trad. it. di M. Vigiak, introduzione di G. Vittadini, Bologna, 2016, 7 ss. La definizione è ripresa, con ulteriori riflessioni e con particolare riferimento alla formazione professionale, da A. MORELLI, *Istruzione, formazione e sistema produttivo*, in *Rivista AIC*, n. 1/2024, 522.

⁹³ Una vera e propria teoria economica sul capitale umano nell'ambito della scuola di Chicago emerge soprattutto grazie ai lavori di Schultz, Mincer e Becker. Theodore Schultz fu il primo a considerare l'istruzione come un investimento nell'uomo e a misurarne i costi, i benefici e gli effetti, esaminandone le conseguenze economiche (cfr. T. SCHULTZ *Investment in Human Capital*, in *The American Economic Review*, Vol. 51, No. 1, 1961, 1 ss.). Schultz riteneva che il capitale umano fosse in grado di arricchire il valore produttivo dell'economia di un Paese e che qualsiasi incremento del reddito nazionale derivasse dall'aumento dello stock di capitale umano. Jacob Mincer, professore di economia anch'egli proveniente dalla Scuola di Chicago, elaborò un modello in grado di spiegare la distribuzione del reddito da lavoro attraverso le differenze d'istruzione riscontrabili fra gli appartenenti ad una determinata categoria di forza lavoro. In questo modo il capitale umano, inteso come anni di scolarità necessari per acquisire competenze e abilità nel lavoro, veniva identificato come la variabile in grado di spiegare la distribuzione del reddito da lavoro (cfr. J. MINCER, *Investment in Human Capital and Personal Income Distribution*, in *Journal of Political Economy*, Vol. 66, no. 4, 1958, 281 ss.). Gary Becker rafforzò tali teorie

tra spesa in educazione e formazione e produttività del lavoro con conseguente creazione di benessere. Le stesse basi teoriche sono state assunte a fondamento di sperimentazioni organizzative ed istituzionali che portarono, ad esempio, nel dicembre del 1961 un certo numero di governi a dar vita all'Organizzazione di cooperazione e sviluppo economico (OCSE) allo scopo di favorire lo sviluppo economico-sociale, anche mediante il miglioramento di efficienza dei sistemi scolastici⁹⁴.

Le teorie sul capitale umano, peraltro, non sono state esenti da critiche in quanto produrrebbero alienazione⁹⁵ imponendo una concezione tecnocratica ed economicistica delle politiche scolastiche e costruendo una società di produttori efficienti anziché cittadini consapevoli⁹⁶. Connettere eccessivamente l'istruzione allo sviluppo economico porrebbe in ombra il fatto che l'istruzione rientra tra quegli investimenti che non possono essere solamente o totalmente produttivi, in quanto il fine fondamentale è la soddisfazione di esigenze proprie dell'individuo⁹⁷ che trascendono l'aspetto economico.

In verità tali posizioni, apparentemente opposte, non sono inconciliabili. Se è certamente vero che la spesa per l'istruzione non può essere considerata *solo* un investimento sotto il profilo economico-produttivo in quanto contribuisce alla formazione dell'individuo, al raggiungimento dell'eguaglianza sostanziale e al pieno sviluppo della persona umana sotto numerosi profili morali e materiali, d'altro canto non si può negare

dimostrando il ruolo fondamentale esercitato dal capitale umano nell'analisi delle differenze in termini reddituali tra persone in momenti storici, zone territoriali e professioni differenti (G. BECKER, *Investment in Human Capital: A Theoretical and Empirical Analysis with Special Reference to Education*, New York, 1964).

⁹⁴ Lo sottolinea, sviluppando ulteriori riflessioni, A. POGGI, *L'istruzione come fattore di partecipazione: le nuove sfide della "complessità"*, in *Rivista AIC*, n. 2/2025, 413 ss., con particolare attenzione a quanto la teoria del capitale umano permeò profondamente la cultura generale di quel periodo, con l'idea che l'istruzione dovesse considerarsi un volano dello sviluppo, trovando manifestazione anche nelle scelte di investimento della Banca mondiale a partire dal 1962.

⁹⁵ A. DEL REY, *La tirannia della valutazione*, Milano, 2018, *passim*.

⁹⁶ M. NUSSBAUM, *Non per profitto. Perché le democrazie hanno bisogno della cultura umanistica*, Bologna, 2014, *passim*.

⁹⁷ Cfr. ancora A. POGGI, *L'istruzione come fattore di partecipazione*, cit., 415, la quale richiama, in particolare, le critiche alle teorie mercantilistiche e alla "capitalizzazione dell'umano" di P. MALTESE, *Precarietà, flessibilità e teoria del capitale umano*, in *Journal of Theories and Research in Education*, 2018, 14.

che, come dimostrano numerose evidenze empiriche⁹⁸, l'innalzamento del livello di istruzione di un paese si muove di pari passo *anche* con un aumento della produttività, con la crescita e lo sviluppo economico.

Pertanto, occorre non cadere nei due eccessi opposti. Da un lato, non si può considerare l'istruzione come un investimento che mira esclusivamente o prevalentemente a migliorare il capitale umano in termini di competitività, produttività e crescita sotto il profilo meramente o prevalentemente economico poiché numerosi e spesso anche prevalenti sono gli effetti positivi che il livello di istruzione determina sotto il profilo culturale, umano, sociale di una collettività. Dall'altro lato, non si può nemmeno considerare l'istruzione solo come spesa sociale, come costo improduttivo che nulla produce in termini di sviluppo e di crescita economica⁹⁹.

Ma è proprio su quest'ultimo aspetto, che spesso resta in ombra nel dibattito giuspubblicistico, sarebbe utile riflettere quando si intende ripensare le politiche di bilancio, in particolare quando si profila una distinzione tra spese correnti ed investimenti produttivi. I costi relativi all'istruzione, infatti, possono essere ben ricompresi *anche* in questa seconda categoria. Se la spesa in istruzione costituisce un importante fattore di crescita economica, infatti, il relativo finanziamento potrebbe sottrarsi, in tutto o in parte, agli stringenti vincoli finanziari e di bilancio imposti dall'ordina-

⁹⁸ Sul punto gli studi sono innumerevoli, sia in ambito nazionale ma soprattutto internazionale. A mero titolo esemplificativo si vedano: D.M. NEAMTU, *Education and Economic Development: A Social and Statistical Analysis*, Cham, Switzerland, 2023, 549 ss.; W.A. LEWIS, *Education and Economic Development*, Caribbean Quarterly, 2017, 171 ss.; R.J. BARRO, *Education and Economic Growth*, in *Annals of Economics And Finance*, 14-2, 2013, 301 ss.; E.A. HANUSHEK, L. WÖSSMANN, *Education and Economic Growth*, in D.J. Brewer & P.J. McEwan (eds.), *Economics of Education*, Oxford, 2010, 60 ss.; J.L. DE MEULEMEESTER, D. ROCHAT, *A causality analysis of the link between higher education and economic development*, in *Economics of Education Review*, Vol. 14, Issue 4, 1995, 351ss.; T. W. SCHULTZ, *Education and Economic Growth*, in *Teachers College Record*, vol. 62, Issue 10, 1961 46 ss.; F. BRUNO, *L'errore di non investire in istruzione e cultura*, in *Lavoce.info*, 27 maggio 2025; C. VITA, *Alcune riflessioni sul ruolo dell'istruzione quale fattore di sviluppo e di equità sociale*, in *Studi economici e sociali*, n. I-II 2024, 17 ss.; P. CIPOLLONE, *L'istruzione, leva dello sviluppo*, in *Rivista Nuova Atlantide*, n. 2/2017, 1 ss.; L. GRAZZINI, *Istruzione, crescita e democrazia: le teorie delle complesse relazioni*, in *Politica economica*, n. 2/2009, 233 ss.; I. VISCO, *Crescita, capitale umano, istruzione*, in *Economia e politica industriale*, n. 2/2008, 1 ss.; G. DEGLI ANTONI, *Capitale sociale e crescita economica: una verifica empirica a livello regionale e provinciale*, in *Rivista italiana degli economisti*, XI, 2006, 363 ss.

⁹⁹ In questo solco si inseriscono le esortazioni a considerare il diritto allo studio non un mero "costo" ma un investimento sul futuro: cfr. G. AZZARITI, *Per un'università "senza condizione"*, in *Costituzionalismo.it*, 2009, n. 1, 8 s.

mento europeo e correlati al PIL in quanto si tratta di “investimento” che produce, nel medio-lungo periodo, un ritorno anche in termini di crescita del prodotto interno lordo e, dunque, in grado di “compensare” anche in termini economici il costo inizialmente sostenuto.

Se la crescita della spesa in istruzione, anche attraverso il ricorso al deficit, produce un aumento del prodotto interno lordo, il rapporto deficit/pil resta tendenzialmente invariato e non comporta una violazione delle regole di finanza pubblica imposte dai trattati e dal diritto eurounitario. In sostanza, distinguendo la spesa pubblica “produttiva”, ossia capace di favorire la crescita economica come è nel caso dell’istruzione, da quella “improduttiva”, è possibile rendere più elastici alcuni vincoli di bilancio e consentire la destinazione di maggiori risorse in questo settore.

Proprio sulla base delle numerose interrelazioni tra spesa in istruzione e ricadute positive in termini sociali ed economici è possibile fare un ulteriore passo in avanti considerando in senso lato l’istruzione non solo come un costo ma anche come una “risorsa” per l’intero sistema-paese. Risorsa umana, certamente, risorsa strumentale e produttiva, risorsa culturale in grado di elevare il tessuto sociale sotto numerosi punti di vista che talora sfuggono persino alle categorie classiche delle regole contabili e delle poste in bilancio.

Si tratta di una prospettiva ancor più importante in un contesto nel quale la società, sempre più globalizzata e complessa, impone di acquisire una serie di competenze nuove che nascono e si trasformano con una velocità esponenziale e danno vita a differenti e rinnovate forme di alfabetismo di ritorno. Basti pensare al crescente problema del *digital divide* dinanzi alle rivoluzionarie e talora imprevedibili frontiere dell’intelligenza artificiale. In sostanza il sistema dell’istruzione è chiamato a rinnovarsi continuamente e rapidamente, adeguarsi ai nuovi saperi, a strumenti innovativi della didattica ma anche ad estendere la platea dei destinatari del diritto all’istruzione in senso sempre più inclusivo, attento ad esigenze speciali di apprendimento e a fasce di età sempre più ampie in un’ottica di apprendimento continuo. Sfide importanti da cui dipende il tipo di società che vogliamo costruire.

Abstract

Il rapporto tra diritto all'istruzione e risorse costituisce uno dei nodi più problematici del costituzionalismo sociale contemporaneo, reso ancor più complesso dall'intreccio tra vincoli europei di bilancio, riassetto delle competenze legislative tra Stato e Regioni ed esigenze di razionalizzazione della spesa pubblica. Se la dottrina e la giurisprudenza costituzionale hanno progressivamente affinato i criteri di bilanciamento tra garanzia dei diritti e sostenibilità finanziaria, restano ancora aperti interrogativi fondamentali sulla effettività del diritto all'istruzione, sulla tenuta della distinzione tra istruzione obbligatoria e diritto allo studio, sulla perimetrazione del merito come criterio selettivo costituzionalmente orientato e sui rischi di differenziazione territoriale delle garanzie connessi all'attuazione dell'autonomia differenziata.

Il lavoro si propone di rileggere criticamente questi profili alla luce dei più recenti sviluppi normativi e giurisprudenziali e di avanzare una prospettiva interpretativa che riconduca la spesa per l'istruzione alla categoria dell'investimento produttivo, con conseguenti implicazioni sul piano del diritto europeo dei bilanci pubblici e sulla possibilità di sottrarre tale voce di spesa agli stringenti vincoli che condizionano l'effettività dei diritti sociali.

Education and resources: constitutional aspects

The relationship between the right to education and public resources is one of the most difficult issues in contemporary social constitutionalism. It is made even more complex by the combination of EU budgetary constraints, the redistribution of legislative powers between the State and the Regions, and the growing need to control public spending. Legal scholarship and constitutional case-law have gradually developed clearer criteria for balancing the protection of rights with financial sustainability, yet several key questions remain unanswered: whether the right to education is effectively guaranteed in practice, whether the distinction between compulsory education and the right to higher education still holds, where the constitutional limits of merit-based selection lie, and what risks to the equal protection of rights may arise from the devolution of powers to the Regions.

The paper examines these issues in the light of recent legislative and judicial developments, and argues that expenditure on education should be treated as productive investment rather than current spending. This approach has important consequences for EU fiscal law and may open the way to protecting education budgets from the strict financial constraints that limit the effective delivery of social rights.

Previdenza, risorse e Corte costituzionale

di Valentina Ciaccio

SOMMARIO: 1. Previdenza, doveri e sostenibilità. – 2. Adeguatezza e solidarietà nell'art. 38 Cost. – 3. Corte costituzionale e contributi straordinari a carico dei trattamenti pensionistici elevati. – 3.1. La destinazione endoprevidenziale delle somme decurtate. – 3.2. L'istruttoria sulle ragioni del prelievo. – 3.3. L'eccezionalità delle misure e la grave crisi del sistema previdenziale. – 4. Quali prospettive?

1. *Previdenza, doveri e sostenibilità*

È noto che “tutti i diritti, ivi compresi quelli di libertà, costano”¹ e che, quindi, tutti i diritti vanno qualificati come risorse giuridicamente scarse, “condizionate alla disponibilità di risorse *economicamente* scarse (nel senso che sono le decisioni di bilancio che determinano le opportunità di godimento dei diritti)”². Tale principio vale senz'altro anche per il diritto alla tutela previdenziale, ma si declina in termini peculiari in conseguenza del fatto ch'esso presenta, rispetto alla generalità dei diritti (e in particolare dei diritti sociali³), alcune innegabili specificità. Di riflesso, anche il generale problema del rapporto fra garanzia dei diritti e contrazione della spesa pubblica per farvi

¹ Le opinioni espresse nel testo non impegnano in alcun modo né sono espressione di indicazioni o orientamenti dell'istituzione di appartenenza M. LUCIANI, *Diritti sociali e livelli essenziali delle prestazioni pubbliche nei sessant'anni della Corte costituzionale*, in *Rivista AIC*, 3, 2016, 7. Tale impostazione diverge dalla ricostruzione offerta da A. BALDASSARRE, *Diritti della persona e valori costituzionali*, Torino, Giappichelli, 1997, 214 ss., che distingue, nell'ambito dei diritti sociali, tra quelli condizionati (“il cui godimento dipende dall'esistenza di un presupposto di fatto, vale a dire la presenza di un'organizzazione erogatrice delle prestazioni oggetto dei diritti stessi”, come il diritto all'assistenza e alla previdenza) e quelli incondizionati (“che attengono a rapporti giuridici che si istituiscono spontaneamente, cioè su libera iniziativa delle parti, accedendo ad essi”, come il diritto alla retribuzione sufficiente).

² *Ivi*, 8.

³ Categoria alla quale si ritiene di poter ascrivere il diritto alla tutela previdenziale, per le ragioni più ampiamente illustrate in V. CIACCIO, *Il diritto alla previdenza nella prospettiva costituzionale*, Torino, 2024, 67 ss.

fronte – che stimola le riflessioni che seguono – assume connotati specifici se lo si esamina dall’angolazione del diritto alla tutela previdenziale, come peraltro dimostra la giurisprudenza costituzionale maturata in materia.

Le specificità alle quali si allude attengono sia alla *struttura* di tale diritto che al *sistema* che nel nostro ordinamento ne garantisce, in concreto, la tutela.

In primo luogo, titolare del diritto alla tutela previdenziale è – per espressa previsione dell’art. 38, comma 2, Cost. – il lavoratore la cui capacità lavorativa sia menomata, temporaneamente o definitivamente, dal verificarsi di determinati eventi che la previsione costituzionale elenca (*i.e.*: infortunio, malattia, invalidità e vecchiaia, disoccupazione involontaria⁴). L’accesso alla prestazione previdenziale, dunque, è strettamente connesso – e anzi, a rigore, propriamente condizionato – all’adempimento di un dovere, quello fissato all’art. 4 Cost. di svolgere un’attività o una funzione che concorra al progresso materiale o spirituale della società.

A tale dovere, peraltro, si accompagna quello contributivo, atteso che nel nostro ordinamento il diritto alla tutela previdenziale viene garantito attraverso un sistema di tipo occupazionale a stampo assicurativo⁵, alimentato in parte dalla contribuzione obbligatoriamente prelevata sulle retribuzioni dei lavoratori medesimi. Tale circostanza non comporta che tra l’adempimento del dovere di contribuzione e il diritto a una prestazione previdenziale adeguata sussista un nesso sinallagmatico, che rigidamente commisuri le prestazioni alla contribuzione versata, giacché ciò sarebbe impedito dal principio solidaristico che presidia la garanzia previdenziale. Quel che è certo, però, è che il titolare del diritto alla tutela previdenziale contribuisce direttamente a finanziare, almeno in parte, la prestazione che gli viene erogata e lo fa attraverso un prelievo *obbligatorio* a carico della sua retribuzione *specificamente* finalizzato ad alimentare la provvista previdenziale. E, di riflesso, la prestazione previdenziale cui egli ha diritto è in vario modo⁶ commisurata alla contribuzione prelevata sulla sua retribuzione.

⁴ Dibattuta è la questione della tassatività o meno dell’elencazione contenuta all’art. 38, comma 2, Cost. Per l’illustrazione delle ragioni a sostegno della tassatività v. M. CINELLI, *Previdenza e Costituzione*, Napoli, 2025, 23 ss.

⁵ Per come delineato dalla legislazione vigente e benché ciò non sia costituzionalmente imposto.

⁶ In tal senso, e a mero titolo esemplificativo, sia sufficiente osservare che, con riferimento ai trattamenti pensionistici, nel caso del calcolo contributivo essi risultano

Anche per tale ragione, dunque, la situazione giuridica del lavoratore titolare di una posizione previdenziale – e più ancora del soggetto già percettore di un trattamento pensionistico (di anzianità o di vecchiaia) – è connotata da una certa aspirazione alla stabilità. Di riflesso, quindi, le modalità di intervento del legislatore su tali posizioni non possono a rigore consistere in interventi ablativi a carattere definitivo e devono risultare tendenzialmente rispettose del c.d. principio del *pro rata temporis*⁷. A ciò si aggiunga anche la configurazione del rapporto previdenziale come rapporto di durata, che copre sostanzialmente l'intera esistenza del lavoratore. Circostanza, questa, che impone al legislatore la stretta osservanza del vincolo del legittimo affidamento e del principio di certezza del diritto quando si determini a incidere *in peius* sulla regolamentazione di tale rapporto.

Tutti gli elementi ai quali s'è fatto cenno condizionano, per autoevidenti ragioni, la direzione e l'impatto di politiche di riduzione della spesa pubblica previdenziale e, di riflesso, emergono variamente in sede di sindacato del Giudice delle leggi sulle norme che di quelle politiche costituiscono espressione.

Allo stesso modo, qualsiasi riflessione sul rapporto tra garanzia del diritto alla previdenza e spesa pubblica per farvi fronte non può prescindere dal considerare le implicazioni derivanti dall'opzione per il metodo di finanziamento a ripartizione, in base al quale i contributi versati in un dato arco temporale dai lavoratori attivi vengono utilizzati per coprire, nel medesimo periodo, le prestazioni in corso di erogazione. In sostanza, dunque, le coorti di lavoratori attive, adempiendo al dovere contributivo,

legati alla contribuzione versata nel corso della vita lavorativa, a sua volta parametrata alla retribuzione percepita. Nell'ipotesi di calcolo retributivo, la retribuzione è l'immediato parametro di riferimento per la determinazione del trattamento pensionistico. Lo stesso è a dirsi per l'indennità da infortunio e per quella da malattia professionale, entrambe calcolate in misura percentuale sulla retribuzione giornaliera (art. 68 del d.P.R. 30 giugno 1965, n. 1124). Lo stesso vale per l'assegno di invalidità, in virtù di quanto disposto dall'art. 1, comma 3, della legge 12 giugno 1984, n. 222.

In tutti questi casi, quindi, pur a fronte del verificarsi del medesimo evento generatore di bisogno, la prestazione erogata per liberare dal predetto bisogno non è, nel *quantum*, eguale per tutti i lavoratori, ma è parametrata alla retribuzione percepita o, eventualmente, alla contribuzione versata sulla base di questa.

⁷ Principio in virtù del quale una rimodulazione peggiorativa dei criteri di determinazione del trattamento pensionistico non può comunque intaccare le anzianità maturate dal lavoratore sino al momento dell'adozione della modifica.

finanziano le prestazioni dei lavoratori in quiescenza. Così come questi ultimi, a loro volta, nel periodo di attività hanno finanziato, con la contribuzione prelevata a carico delle loro retribuzioni, i trattamenti erogati agli allora pensionati, e così via.

Ora, è evidente che per garantire l'equilibrio in un sistema di questo tipo, l'aumento della speranza di vita dovrebbe essere accompagnato da un crescente gettito contributivo e dall'aumento della consistenza della generazione in attività. Nondimeno, nei fatti la diminuzione della natalità e il calo dell'occupazione comporta che le coorti di lavoratori attive, che vanno gradualmente assottigliandosi, non riescano a coprire, con il versamento di contributi, l'intera domanda previdenziale. Non solo. Anche in disparte il problema della sua consistenza quantitativa, la popolazione attiva – e in particolare le sue fasce più giovani – si trova ad agire su un mercato del lavoro connotato da carriere spesso discontinue e caratterizzate da basse retribuzioni, il che incide, di riflesso, sulla provvista contributiva ch'essa è in grado di assicurare a se stessa e al sistema.

Tale configurazione strutturale del sistema previdenziale dimostra ch'esso è fisiologicamente esposto a una serie di fattori di potenziale disequilibrio (connessi a fattori demografici, mutamenti nel mercato del lavoro, etc.), che pongono un autonomo e assai serio problema di sostenibilità del sistema medesimo, sul quale si innesta poi – aggravandolo – la questione della riduzione della spesa pubblica previdenziale.

2. *Adeguatezza e solidarietà nell'art. 38 Cost.*

Quando si discorre di diritto alla tutela previdenziale, inevitabile è prendere le mosse dall'art. 38 Cost.

Il primo comma – relativo all'assistenza – garantisce a “ogni cittadino inabile al lavoro e sprovvisto dei mezzi necessari per vivere” il “diritto al mantenimento e all'assistenza sociale”. Il secondo – che riguarda invece la previdenza e che in questa sede specificamente interessa – riconosce ai lavoratori il “diritto che siano preveduti ed assicurati mezzi adeguati alle loro esigenze di vita in caso di infortunio, malattia, invalidità e vecchiaia, disoccupazione involontaria”. Il terzo comma, poi, garantisce a inabili e minorati il diritto all'educazione e all'avviamento professionale. Il quarto comma dispone che ai compiti previsti nell'articolo medesimo – ossia alla concreta tutela dei diritti sin qui richiamati – “provve-

dono organi ed istituti predisposti o integrati dallo Stato". Il comma quinto, infine, ribadisce il principio di libertà dell'assistenza privata.

Ai fini che qui interessa esaminare, rilevano specificamente il secondo e il quarto comma dell'art. 38 Cost., atteso che da tali previsioni emergono sia l'oggetto della garanzia costituzionale sia indicazioni relative all'organizzazione del sistema previdenziale e al suo finanziamento.

Quanto all'oggetto della garanzia previdenziale, in prima battuta è possibile affermare ch'esso consiste in una rendita erogata in favore del lavoratore ogniqualevolta egli sia colpito da eventi idonei a menomare la sua capacità lavorativa, impedendogli di continuare a trarre dal lavoro le risorse necessarie alle sue esigenze di vita.

Fermo quanto detto in via generale, e venendo a quanto più specificamente l'art. 38, comma 2, Cost. stabilisce, giova ricordare che molto ci si è interrogati e ci si interroga tuttora sull'esatto contenuto della nozione ivi contenuta di "*mezzi adeguati alle [...] esigenze di vita*" dei lavoratori. Rinviano all'ampio dibattito dottrinale in materia per un diffuso approfondimento del tema⁸, ci si limita qui a osservare che a parere di chi scrive non convince la tesi che fa coincidere la prestazione previdenziale adeguata con un trattamento minimo essenziale alle esigenze di vita ed eguale, nel *quantum*, per tutti i percettori. E ciò, sia perché così facendo si finirebbe per operare un'impropria sovrapposizione tra primo e secondo comma dell'art. 38 Cost. (e dunque tra prestazioni assistenziali e prestazioni previdenziali), sia perché tale impostazione Beveridgiana condurrebbe ad annullare pure qualsiasi differenza tra le stesse prestazioni previdenziali, tutte livellate verso il basso. Tanto, in spregio al parametro dell'adeguatezza alle esigenze di vita del lavoratore, che reca in sé l'idea di una differenziazione, anche tra i lavoratori, nella fase di liberazione dal bisogno generato dal verificarsi di eventi che limitano la capacità lavorativa del singolo.

A ben vedere, infatti, la tutela previdenziale obbligatoria rappresenta uno strumento di promozione della persona umana e del suo pieno sviluppo, ai sensi dell'art. 3, comma 2, Cost., "in una prospettiva che è [...] necessariamente di elevazione (parificazione «verso l'alto»), non già di «appiattimento»"⁹.

Più rispettoso dell'art. 38 Cost. pare pertanto a chi scrive riempire

⁸ Per la ricostruzione di tale dibattito si consenta di rinviare a V. CIACCIO, *Il diritto alla previdenza nella prospettiva costituzionale*, cit., 84 ss.

⁹ M. CINELLI, *I livelli di garanzia nel sistema previdenziale*, in *Arg. dir. lav.*, 1999, 58.

di contenuto la nozione di adeguatezza della prestazione previdenziale valorizzandone la *ratio* e il legame con il principio lavorista. Si ritiene, infatti, che lo scopo della tutela offerta al lavoratore dall'art. 38, comma 2, Cost. consista, per l'ipotesi in cui il lavoratore sia privato della possibilità di continuare a lavorare in ragione del verificarsi degli eventi indicati dalla norma, nel garantirgli una rendita idonea a preservare il rispetto della sua dignità di uomo libero, funzione sin lì svolta dalla retribuzione per l'attività lavorativa svolta.

Conseguentemente, le “esigenze di vita” del lavoratore si ricostruiscono valorizzando necessariamente il principio di proporzionalità alla quantità e qualità del lavoro svolto nel periodo di attività, mentre l'adeguatezza – che a quelle esigenze dev'essere agganciata – chiama in causa la necessità di preservare la dignità di uomo libero del singolo lavoratore.

Il concetto di adeguatezza della prestazione, dunque, evoca un trattamento che, “pur senza attingere al livello della «proporzionalità», non può ignorare il «merito» acquisito da chi abbia assolto compiutamente il dovere di cui all'art. 4, c. 2, Cost.: valore, questo, che non può non essere apprezzato anche nel momento previdenziale, per un'esigenza di bilanciamento tra «merito» e «solidarietà», o, se si preferisce, tra «retribuzione» e «redistribuzione», quale *proprium* della stessa logica costituzionale”¹⁰.

In altri termini, dunque, la prestazione previdenziale adeguata ai sensi dell'art. 38 Cost. è in prima battuta parametrata all'apporto fornito dal lavoratore al progresso materiale o spirituale della società, apporto misurato dalla retribuzione attraverso la mediazione della contribuzione versata. Tale parametrizzazione, però, non si risolve mai nella rigida corrispondenza tra contribuzione (commisurata alla retribuzione) e prestazione, poiché la valorizzazione dell'apporto del lavoratore viene temperata dall'operatività del principio solidaristico, che permea e condiziona profondamente il funzionamento del sistema previdenziale.

In quest'ottica, il principio di solidarietà impone che taluni soggetti abbiano diritto a determinate prestazioni anche se non le hanno integralmente finanziate e, di riflesso, che altri soggetti siano obbligati a finanziare prestazioni alle quali non potranno sicuramente mai accedere. E se ciò vale all'interno di singole gestioni previdenziali o nei rapporti fra gestioni previdenziali, l'operatività del principio di solidarietà è ancor più lampante

¹⁰ M. CINELLI, *Illegittimo il blocco della indicizzazione delle pensioni: le buone ragioni della Corte* (Corte cost. 30 aprile 2015, n. 70), in *Riv. dir. sic. soc.*, 2015, 2, 445.

se si pone l'attenzione all'apporto della fiscalità generale al finanziamento del sistema previdenziale.

Per comprendere quanto si dice, basti segnalare che la Corte dei conti, nella Relazione Inps relativa all'esercizio 2022¹¹, ha rilevato che gli oneri di alcuni fondi “sono quasi esclusivamente a carico del bilancio dello Stato”. Tra questi, emblematico è il caso del fondo dei trattamenti pensionistici integrativi a favore dei dipendenti delle Ferrovie dello Stato, che – si legge nella Relazione – “nel 2022 a fronte di 4,977 mld di costi per prestazioni riceve 4,601 mld di trasferimenti statali quale contributo a copertura del disavanzo della gestione”¹².

Al di là di tale specifico caso, quel che interessa segnalare è che, fermo l'apporto delle categorie al finanziamento del sistema previdenziale, la tenuta di quest'ultimo è garantita, in ultima istanza, dall'intervento della fiscalità generale.

Ciò pare a chi scrive perfettamente in linea con l'art. 38 Cost. La norma, infatti, lascia al legislatore un margine di discrezionalità particolarmente ampio nell'individuazione dei meccanismi di concreto funzionamento del sistema previdenziale. Nulla, infatti, impone in punto di sistema di calcolo o di metodo di finanziamento delle prestazioni, né la stessa previsione vincola la scelta del legislatore per un sistema di stampo occupazionale oppure universalista. L'unico dato realmente caratterizzante che emerge dall'art. 38 Cost. è che la tutela della previdenza sociale realizza un fine pubblico e che, quindi, un sistema di previdenza obbligatoria nel nostro ordinamento ha da esservi e deve garantire ai lavoratori prestazioni adeguate alle loro esigenze di vita. Accanto all'adeguatezza delle prestazioni, l'altro unico vincolo che l'art. 38 Cost. impone è quello di cui al comma 4, ove si stabilisce che ai compiti previsti in quell'articolo “*provvedono organi ed istituti predisposti o integrati dallo Stato*”.

Pure il contenuto di tale previsione è stato ampiamente dibattuto in dottrina e qui si conviene con chi ha osservato che la genericità della formulazione del quarto comma dell'art. 38 Cost. sia la “conseguenza di una precisa scelta”¹³, quella di non vincolare il legislatore a un determinato assetto organizzativo, lasciandogli ampia discrezionalità in materia.

¹¹ Corte dei conti, Sezione del controllo sugli enti, Determinazione e relazione sul risultato del controllo eseguito sulla gestione finanziaria dell'Istituto Nazionale della Previdenza Sociale (INPS), 2022.

¹² *Ivi*, 116.

¹³ M. CINELLI, *Appunti sulla nozione di previdenza sociale*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1982, 163.

Quel che i Costituenti hanno, però, inteso tenere fermo è che sia comunque lo Stato il garante di ultima istanza dell'esistenza di un sistema di previdenza obbligatoria e del fatto che tale sistema garantisca delle prestazioni previdenziali adeguate alle esigenze di vita dei lavoratori.

Tale principio costituisce sintesi ed espressione del principio di eguaglianza sostanziale e del principio di solidarietà. L'art. 38, comma 4, Cost., infatti, non è altro che la specifica traduzione in ambito previdenziale del più generale "compito della Repubblica" di rimozione degli ostacoli di ordine economico e sociale, che impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese.

Di riflesso, se garante di ultima istanza dell'esistenza del sistema previdenziale e dell'adeguatezza delle prestazioni è lo Stato, ciò vuol dire che l'art. 38 Cost. non concepisce semplicemente l'eventualità di un apporto della fiscalità generale al sistema previdenziale, ma in qualche modo lo impone. E difatti plurime sono, nel diritto positivo, le forme d'emersione di tale apporto¹⁴, che legano a doppio filo le sorti della garanzia dei diritti previdenziali all'andamento della spesa pubblica previdenziale.

3. *Corte costituzionale e contributi straordinari a carico dei trattamenti pensionistici elevati*

La definizione della concreta misura della tutela di diritti costituzionalmente garantiti è opera, in prima battuta e in via primaria, del legislatore, cui spetta l'allocazione delle risorse scarse a disposizione per il soddisfacimento di determinati diritti anziché di altri, all'esito di una valutazione eminentemente politica. Tale valutazione, tuttavia, non può sottrarsi al rispetto dei principi costituzionali e, quindi, alla successiva verifica a opera del Giudice delle leggi, le cui pronunce, a differenza delle scelte del legislatore, non sono assoggettate al vincolo di copertura di cui all'art.

¹⁴ A tal proposito sia sufficiente ricordare che lo Stato finanzia in via ordinaria la Gestione degli interventi assistenziali e di sostegno delle gestioni previdenziali (GIAS), istituita dall'art. 37 della legge 9 marzo 1989, n. 88. Inoltre, lo Stato interviene a favore dell'INPS non solo in via ordinaria, attraverso trasferimenti di bilancio, ma altresì in via straordinaria, tramite le anticipazioni di tesoreria.

81 Cost. Tale circostanza, di recente ribadita dalla Corte costituzionale¹⁵, non ha reso però le sue decisioni del tutto impermeabili a valutazioni in vario modo connesse al principio di sostenibilità del debito e di equilibrio di bilancio, in particolare dopo l'entrata in vigore della l. cost. n. 1 del 2012. Tale, pur indiretto, condizionamento si è manifestato, nell'ultimo decennio, nelle molteplici forme della tecnica del bilanciamento¹⁶, della modulazione degli effetti nel tempo delle decisioni di accoglimento¹⁷ sino al rinvio alla discrezionalità del legislatore anche a valle di pronunce di incostituzionalità accertata ma non dichiarata¹⁸.

La particolare attenzione del Giudice delle leggi alle conseguenze finanziarie delle proprie decisioni e la sua "sensibilità" all'argomento del risparmio di spesa hanno caratterizzato anche la giurisprudenza maturata in materia previdenziale¹⁹. Ciò tuttavia – proprio in ragione delle peculiarità del diritto alla previdenza di cui s'è detto in apertura – ha imposto alla Corte costituzionale uno sforzo teorico-argomentativo non indifferente, teso a conciliare le esigenze di riduzione della spesa con alcune "rigidità" del rapporto previdenziale (che da quelle peculiarità discendono).

¹⁵ In tal senso si veda la sentenza Corte costituzionale, 23 luglio 2025, n. 121 (in particolare par. 6.2. del *Considerato in diritto*).

¹⁶ Fermo restando che quando si bilanciano esigenze finanziarie e diritti fondamentali quel che può praticarsi è comunque un "bilanciamento ineguale" (per l'utilizzo di tale espressione v. M. LUCIANI, *Sui diritti sociali*, in *Scritti in onore di Manlio Mazziotti di Celso*, Padova, 1995, II, 126).

¹⁷ Sul punto si segnalano la sent. Corte costituzionale, 11 febbraio 2015, n. 10 (sulla quale v. I. CIOLLI, *L'art. 81 della Costituzione: da limite esterno al bilanciamento a super principio*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 26 maggio 2015) e la sent. Corte costituzionale, 22 luglio 2020, n. 152 (sulla quale v. C. COLAPIETRO, S. BARBARESCHI, *Motivazione, tempo e strumentalità del bilancio: le coordinate giurisprudenziali sul rapporto tra diritti fondamentali e risorse finanziarie alla luce della sentenza n. 152 del 2020. Rischiose variazioni ritmiche in una straordinaria composizione*, in *Nomos*, 2021, 1, 1 ss.).

¹⁸ Con le sentenze di incostituzionalità accertata ma non dichiarata "il giudice delle leggi riconosce chiaramente – nella motivazione – l'incostituzionalità della normativa; tuttavia, fa un salto logico e invece – nel dispositivo – non annulla la legge, sia pure «per il momento», in ragione di un bilanciamento fra valori costituzionali" (così A. RUGGERI, A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Torino, 2022, 227, corsivo nell'originale). Un esempio di tale tipologia di decisione della Corte costituzionale è la sentenza 28 giugno 2023, n. 130.

¹⁹ Sui "contraccolpi" in materia previdenziale dell'introduzione dell'equilibrio di bilancio all'art. 81 Cost. v. R. CALVANO, *Le coordinate del diritto alla previdenza tra passato e futuro*, in *Dir. cost.*, 2024, 2, 20 s.

Va detto, infatti, che nell'ultimo decennio il Giudice delle leggi è stato in più occasioni chiamato a pronunciarsi sulla compatibilità a Costituzione di norme tese a ridurre trattamenti pensionistici in essere in un'ottica di risparmio di spesa pubblica previdenziale. Tali interventi possono essere ricondotti a due tipologie: i cosiddetti "contributi di solidarietà" sui trattamenti superiori a una determinata soglia individuata dal legislatore e le misure di blocco temporaneo del meccanismo di perequazione automatica delle pensioni. Da tali pronunce emerge il tentativo di codificare progressivamente le specifiche condizioni di compatibilità a Costituzione di tali misure, in modo da limitare la discrezionalità del legislatore nel perseguimento del fine – comunque avvertito dalla stessa Corte come doveroso – di riduzione della spesa pubblica previdenziale. Nondimeno, l'estrema flessibilità con la quale lo stesso Giudice delle leggi ha poi interpretato nelle sue pronunce le condizioni così fissate ha finito per rendere assai dubbia l'efficacia di tale sforzo e tuttora incerti i limiti entro i quali la discrezionalità del legislatore nella materia *de qua* può legittimamente esplicarsi.

Ciononostante, risulta di sicuro interesse esaminare alcune direttrici emergenti dalla giurisprudenza costituzionale in materia, anche al fine di verificarne le sorti nelle più recenti pronunce.

3.1. *La destinazione endoprevidenziale delle somme decurtate*

Tra gli argomenti ricorrenti nella giurisprudenza costituzionale cui s'è fatto cenno al paragrafo precedente figura il vincolo della necessaria permanenza entro il circuito previdenziale delle somme decurtate dai trattamenti pensionistici più elevati. Secondo il Giudice delle leggi, infatti, tra le condizioni di legittimità dei prelievi temporanei ed eccezionali a carico di tali trattamenti v'è il loro impiego per far fronte a esigenze interne al sistema previdenziale medesimo. Circostanza, questa, che consentirebbe di escludere anche la fiscalizzazione del prelievo e quindi l'interferenza con (e la violazione del)l'art. 53 Cost.

Il principio è stato chiaramente enunciato nella sentenza 12 giugno 2013, n. 116, con la quale la Corte costituzionale ha ritenuto in contrasto con gli artt. 3 e 53 Cost. una norma che assoggettava per un triennio i trattamenti pensionistici corrisposti da enti gestori di forme di previdenza obbligatorie di importo superiore a 90.000 euro lordi annui a un contri-

buto. Tanto, in ragione del fatto che il prelievo effettuato non era volto a finanziare il sistema previdenziale, ma veniva versato dall'INPS – che fungeva da “collettore delle somme trattenute”²⁰ – all'entrata del bilancio dello Stato ed era collegato al raggiungimento degli obiettivi di finanza pubblica. Proprio per tali ragioni il Giudice delle leggi ha riconosciuto la natura tributaria della misura e ha scrutinato la questione in riferimento alla violazione del principio dell'universalità dell'imposizione e all'irragionevolezza della sua deroga, anche in ragione della disparità di trattamento fra cittadini che la norma scrutinata produceva. Non sfugge, infatti, che se v'è una necessità generale di reperire risorse per la stabilizzazione finanziaria non v'è ragione di trattare i redditi dei pensionati diversamente da quelli di tutti gli altri contribuenti.

Sempre in applicazione del principio della necessaria permanenza nel circuito previdenziale delle somme decurtate dai trattamenti pensionistici più elevati, una norma che imponeva un contributo a carico dei trattamenti pensionistici superiori a una determinata soglia ha superato indenne il vaglio di costituzionalità²¹ proprio perché il contributo era trattenuto all'interno delle gestioni previdenziali “*con specifiche finalità solidaristiche endoprevidenziali, anche per quanto attiene ai trattamenti dei soggetti cosiddetti «esodati»*”²².

Va tuttavia osservato che il canone della destinazione endoprevidenziale del prelievo costituisce un reale presidio a tutela della solidarietà interna al sistema pensionistico, da un lato, se il legislatore è tenuto a esplicitare la destinazione degli introiti e, dall'altro, se la verifica della Corte sul rispetto di tale onere sia svolta con particolare rigore. Non sembra però orientata in tal senso la più recente tendenza della Corte, che reputa rispettose di quel canone anche misure che non indichino in termini espliciti e specifici la destinazione delle somme decurtate. Ne è espressione, ad avviso di chi scrive, la sentenza 11 novembre 2020, n. 234, ove il Giudice delle leggi ha ritenuto sufficiente, ai fini del rispetto del vincolo della permanenza nel circuito previdenziale delle somme decurtate, la mera previsione del loro accantonamento in fondi dedicati, istituiti presso l'INPS e gli altri enti previdenziali, pur in

²⁰ Così, P. SANDULLI, *Le «pensioni d'oro» di fronte alla Corte europea dei diritti dell'uomo, alla Corte costituzionale italiana e al legislatore*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2013, 4, 685.

²¹ Il riferimento è alla sentenza della Corte costituzionale 20 luglio 2016, n. 173

²² Così nella sent. Corte cost. n. 173/2016, par. 9 del *Considerato in diritto*.

assenza dell'indicazione di una specifica destinazione di utilizzo dei risparmi di spesa.

Da un lato, però, l'accantonamento delle somme presso un fondo appositamente istituito presso gli enti di previdenza non appare in sé garanzia sufficientemente salda di permanenza nel circuito previdenziale, se si considera che a tali enti compete, per esempio, l'erogazione anche di prestazioni assistenziali. Dall'altro, il carattere sommario del controllo svolto dal Giudice delle leggi sul profilo teleologico della misura e, quindi, sulla specifica destinazione endoprevidenziale delle somme decurtate, si traduce irrimediabilmente in una verifica meno puntuale anche del profilo eziologico del prelievo. Va da sé, infatti, che l'irrelevanza della specifica destinazione dei risparmi ottenuti rende pressoché ininfluenti anche le circostanze che abbiano reso necessario l'intervento ablativo sulle pensioni più elevate. In altri termini, se il legislatore non è tenuto a indicare la specifica destinazione delle somme, viene necessariamente meno anche una verifica effettiva sulla ragionevolezza e proporzionalità della misura, intesa come congruità dei mezzi impiegati (e quindi dei sacrifici imposti) rispetto agli obiettivi perseguiti. Il *self-restraint* della Corte nella verifica della specifica destinazione endoprevidenziale, quindi, rischia di condurre a una sistematica prevalenza delle esigenze di risparmio sul diritto a pensione dei soggetti incisi dalla misura, tale da rendere il vincolo della permanenza nel circuito previdenziale *tamquam non esset*.

3.2. L'istruttoria sulle ragioni del prelievo.

Il rischio prospettato poco sopra appare più concreto se si considera che anche la verifica, a opera del Giudice delle leggi, delle circostanze che abbiano reso necessaria l'adozione di interventi a carico dei trattamenti pensionistici più elevati sembra farsi progressivamente meno rigorosa.

Sul punto giova segnalare che tra i vincoli che il legislatore è chiamato a rispettare ogniquale volta introduca misure di temporanea riduzione dei trattamenti pensionistici in corso d'erogazione è emerso pure, nella giurisprudenza costituzionale, l'onere di dimostrare *per tabulas* – e quindi con un'apposita istruttoria – le ragioni che rendono necessarie le misure adottate.

Tale principio è stato alla base della declaratoria di incostituzionalità

pronunciata nella nota sentenza 6 maggio 2015, n. 70²³, ove il Giudice delle leggi ha stigmatizzato in particolare che la norma ivi scrutinata evocasse la “*contingente situazione finanziaria*” senza che dal suo disegno complessivo emergesse “*la necessaria prevalenza delle esigenze finanziarie sui diritti oggetto di bilanciamento, nei cui confronti si effettuano interventi così fortemente incisivi*”²⁴.

In particolare, in quell’occasione la Corte ha segnalato l’assenza di “*documentazione tecnica circa le attese maggiori entrate, come previsto dall’art. 17, comma 3, della legge 31 dicembre 2009, n. 196*”²⁵, norma, questa, che impone che i disegni di legge, gli schemi di decreto legislativo e gli emendamenti di iniziativa governativa “*che comportino conseguenze finanziarie*” siano “*corredati di una relazione tecnica, predisposta dalle amministrazioni competenti e verificata dal Ministero dell’economia e delle finanze, sulla quantificazione delle entrate e degli oneri recati da ciascuna disposizione*”. Il dato è certamente significativo se si considera che qui non si trattava di censurare l’assenza di copertura finanziaria di una misura, ma la mancata individuazione delle attese maggiori entrate, sul presupposto che tale omissione sia sintomatica dell’insussistenza di corrispondenti esigenze di risparmio.

Su tali basi la sent. n. 70/2015 ha ritenuto che il diritto a una prestazione previdenziale adeguata era stato “*irragionevolmente sacrificato nel nome di esigenze finanziarie non illustrate in dettaglio*”²⁶. Tanto sul presupposto che la carente illustrazione delle esigenze finanziarie e dei risparmi sia di per sé indice sintomatico dell’irragionevolezza del bilanciamento di volta in volta attuato dal legislatore. Nella successiva sentenza 6 dicembre 2017, n. 250, il Giudice delle leggi ha ribadito espressamente che le relazioni tecniche, illustrative degli interventi legislativi che nella materia previdenziale si prefiggono risparmi di spesa, così come ogni altra documentazione inerente

²³ La dottrina sulla sent. n. 70/2015 della Corte costituzionale è assai vasta. Senza pretesa d’eshaustività si richiamano qui: A. ANZON, *Una sentenza sorprendente. Alterne vicende del principio dell’equilibrio di bilancio nella giurisprudenza costituzionale sulle prestazioni a carico del pubblico erario*, in *Giur. cost.*, 2015, 2, 551 ss.; A. BARBERA, *La sentenza relativa al blocco pensionistico: una brutta pagina per la Corte*, in *Rivista AIC*, 2015, 2; M. CINELLI, *Illegittimo il blocco della indicizzazione delle pensioni: le buone ragioni della Corte* (Corte cost. 30 aprile 2015, n. 70), in *Riv. dir. sic. soc.*, 2015, 2, 441 ss.; I. CIOILLI, *L’equilibrio di bilancio è il convitato di pietra nelle sentenze nn. 10 e 70 del 2015*, in *Quad. cost.*, 2015, 3, 702 ss.; M. D’ONGHIA, *La Consulta ridà linfa all’effettività dei diritti previdenziali: la sent. n. 70/2015 in tema di perequazione automatica*, in *Riv. giur. lav. e prev. soc.*, 2015, 3, 371 ss.

²⁴ Sent. Corte cost., n. 70/2015, par. 10 del *Considerato in diritto*.

²⁵ *Ibidem*.

²⁶ *Ibidem*.

le manovre finanziarie, rappresentano uno strumento per la verifica delle scelte del legislatore²⁷.

La Corte costituzionale, tuttavia, pare orientata a svolgere tale verifica in termini sempre meno rigorosi, ampliando oltremodo il perimetro delle circostanze dalle quali desumere le ragioni che dovrebbero giustificare misure di temporanea riduzione dei trattamenti pensionistici in essere.

Nella già menzionata sent. n. 234/2020, infatti, il Giudice delle leggi ritiene che tali ragioni potrebbero emergere non solo da “*atti parlamentari*”, ma anche – ben più genericamente – dal “*contesto normativo*”. E su tali basi ha reputato che un contributo di solidarietà introdotto con norma del 2018²⁸ potesse rinvenire la propria ragion d’essere nel finanziamento di un istituto introdotto nel 2019²⁹.

La medesima indulgenza nella verifica dell’istruttoria compiuta dal legislatore si rinviene, seppur con diversa declinazione, nella più recente sentenza 19 febbraio 2025, n. 19. In quella sede, il Giudice delle leggi ha ritenuto di poter rinvenire le ragioni di misure di raffreddamento della perequazione introdotte con la legge di bilancio, nel riferimento, nella relazione illustrativa del Governo allegata al disegno di legge di bilancio, allo “*scenario macroeconomico di incertezza che risente delle tensioni geopolitiche e dell’aumento dell’inflazione, dovuto principalmente all’incremento dei prezzi dei prodotti energetici e delle materie prime*” e a una “*impostazione della politica di bilancio [...] diretta a limitare quanto più possibile l’impatto del caro energia sui bilanci delle famiglie, specialmente quelle più fragili*”.

A fronte dei più recenti orientamenti, quindi, anche il vincolo della doverosa indicazione – nella documentazione tecnica allegata all’intervento normativo oggetto di scrutinio – delle specifiche esigenze finanziarie che rendono necessario il sacrificio imposto appare, per il legislatore, sempre meno stringente.

²⁷ V. in particolare il par. 6.5.1. del *Considerato in diritto* della menzionata sent. Corte cost. n. 250/2017.

²⁸ L’art. 1, comma 261, della legge 30 dicembre 2018, n. 145, oggetto dello scrutinio di costituzionalità nella sent. Corte cost. n. 234/2020.

²⁹ Il pensionamento anticipato in “quota 100”, introdotto in via sperimentale per il triennio 2019-2021 con d.l. 28 gennaio 2019, n. 4.

3.3. *L'eccezionalità delle misure e la grave crisi del sistema previdenziale.*

Un altro tòpos della giurisprudenza costituzionale in materia di contributi “di solidarietà” sui trattamenti pensionistici elevati è ch’essi dovrebbero costituire misure eccezionali utilizzabili esclusivamente per far fronte a situazioni di grave crisi del sistema previdenziale e non per alimentare “a regime” il sistema previdenziale. Anche su tale aspetto, però, si registra un graduale scivolamento della Corte verso posizioni sempre meno rigorose nella verifica dell’eccezionalità della situazione cui la misura intende far fronte.

Il Giudice delle leggi, infatti, ha in più occasioni ricordato che il prelievo, per essere legittimo, deve essere imposto da una situazione di grave crisi del sistema pensionistico ed essere utilizzato come “*misura del tutto eccezionale, nel senso che non può essere ripetitivo e tradursi in un meccanismo di alimentazione del sistema di previdenza*”³⁰ (oltre a dover incidere solo sulle pensioni più elevate e a prevedere aliquote di prelievo rispettose del principio di proporzionalità).

È evidente, tuttavia, che il nesso tra prelievo straordinario e crisi del sistema pensionistico si atteggia diversamente a seconda del perimetro della nozione di “crisi” che si assuma a riferimento.

Nella sent. n. 173/2016, per esempio, la Corte discorre di una “grave crisi” del sistema pensionistico, “*indotta da vari fattori*”, espressamente qualificati “*endogeni ed esogeni*” e tra loro interconnessi, quali: “*crisi economica internazionale, impatto sulla economia nazionale, disoccupazione, mancata alimentazione della previdenza, riforme strutturali del sistema pensionistico*”. Lo scenario evocato dalla Corte – complice anche l’ampiezza dei richiamati fattori – appare però tutt’altro che eccezionale e transeunte. Sia la crisi economica internazionale (e il conseguente impatto sull’economia interna), sia la disoccupazione e la conseguente difficoltà di alimentare un sistema fondato sulla ripartizione – che “vive” della contribuzione versata dai lavoratori in attività – sono concause non occasionali della crisi del sistema pensionistico. Di conseguenza, risulta assai arduo comprendere in che termini una crisi del sistema pensionistico possa costituire una condizione di legittimità realmente qualificante nella verifica di compatibilità a Costituzione di contributi di solidarietà eccezionali. Il rischio, quindi, è che il richiamo alla “grave” crisi del sistema pensionistico finisca per diventare una sorta

³⁰ Così nella sent. Corte cost., n. 173/2016.

di clausola di stile, buona per tutte le occasioni in cui il legislatore dovesse decidere di ricorrere alla contribuzione di solidarietà – non più qualificabile come straordinaria ed eccezionale, a quel punto – sui trattamenti pensionistici superiori a una determinata soglia.

E sembra essere proprio questo l'approdo cui l'orientamento della Corte conduce, se si considera che nella già citata sent. n. 234/2020 la Corte non evoca più – come accadeva nel 2016 – la “grave crisi” del sistema pensionistico quale condizione di legittimità della misura ablativa, ma fa riferimento a mere “*esigenze di riequilibrio e sostenibilità del sistema previdenziale*”.

Inoltre, nel richiamare l'elencazione dei fattori esogeni ed endogeni che, in reciproca combinazione, possono giustificare l'imposizione di prelievi di solidarietà, il Giudice delle leggi asserisce che a tale elenco “*potrebbe essere aggiunta oggi un'emergenza sanitaria di vaste dimensioni, che, incidendo pesantemente sul quadro macroeconomico, abbatte i flussi contributivi e accentua gli squilibri sistemici*”.

Il significato di tale affermazione non è di agevole determinazione. Da un lato, infatti, essa suona come una sorta di legittimazione *ex post* della misura in quella sede scrutinata, introdotta a fine 2018, quando l'emergenza sanitaria era ancora di là da venire. Dall'altro lato, le parole della Corte potrebbero leggersi come una legittimazione *ex ante* di misure incidenti sui trattamenti pensionistici elevati che – ove adottate a seguito e in ragione degli effetti economici della pandemia – avrebbero così potuto contare già sul *favor* espresso tra le righe dalla Corte costituzionale. E in quest'ottica non stupisce che nella sua successiva sent. n. 19/2025, scrutinando una norma introdotta nel 2022 che imponeva il blocco temporaneo della perequazione, la Corte abbia ritenuto la misura immune dai vizi censurati dal remittente anche perché tesa a far fronte alle “*difficoltà sociali cagionate da una forte e imprevedibile spinta inflazionistica causata da tensioni geopolitiche*” nell'ambito di un “*contesto economico generale ancora caratterizzato dalla necessità di uscire dalla grave crisi economica determinata dalla pandemia da COVID-19*”.

Come si vede, dunque, anche il requisito dell'eccezionalità delle misure a carico dei trattamenti pensionistici in godimento mostra segni di graduale allentamento, atteso che la stessa giurisprudenza costituzionale pare talora sovrapporre il piano dell'“ordinario” (e, quindi, dei problemi strutturali del sistema previdenziale) a quello dello “straordinario” (la pandemia, per esempio), rendendo sempre più evanescente, di fatto, il confine

tra le misure compatibili con il disegno costituzionale e quelle con esso inconciliabili.

4. *Quali prospettive?*

Dalla rapida rassegna sin qui svolta emerge, almeno per quanto concerne le misure di temporanea riduzione dei trattamenti pensionistici elevati, un Giudice delle leggi sempre più incline a riconoscere a tali interventi una funzione di redistribuzione delle risorse (scarse) a disposizione, cui ricorrere anche per far fronte ai problemi strutturali che affliggono il sistema previdenziale. Non di rado, infatti, la Corte costituzionale evoca in proposito la nozione di equità intergenerazionale o connette lo scrutinio di ragionevolezza e proporzionalità del sacrificio imposto ai titolari di trattamenti pensionistici elevati, calcolati con il sistema retributivo, ai vantaggi che da tale sistema – ritenuto l'origine di tutti i mali – deriverebbero³¹.

Non è questa la sede per indagare le ragioni alla base del minor rigore del Giudice delle leggi nella verifica del rispetto delle condizioni fissate dalla sua stessa giurisprudenza. Qui, però, interessa appuntare l'attenzione su una delle conseguenze di tale tendenza.

A sommosso avviso di chi scrive, infatti, tale indulgenza della Corte nei confronti del legislatore contribuisce, seppur indirettamente, a confortare l'illusione che una riforma previdenziale “di sistema” sia ancora evitabile. Tale indulgenza, in altri termini, finisce per ingenerare l'idea che con l'imposizione di contributi *una tantum* a carico dei trattamenti pensionistici più elevati possa farsi fronte a problemi come la sostenibilità della gestione a ripartizione a fronte della crisi demografica, il progressivo invecchiamento della popolazione, l'erosione della base produttiva o finanche la crisi economica internazionale. Tali esigenze, infatti, sono state ritenute dalla stessa Corte – come visto ai paragrafi precedenti – presupposti complessivamente idonei a giustificare misure di temporanea riduzione dei trattamenti in questione.

Come è noto, però, a fronte di problematiche complesse e radicate

³¹ Il punto è ribadito anche nella sentenza 9 luglio 2025, n. 94, ove la Corte costituzionale specifica che il sistema contributivo è invece connotato da una “*tendenziale corrispettività tra provvista finanziaria (il cosiddetto montante) e misura del trattamento previdenziale liquidato*”.

come quelle menzionate poco sopra, attinenti all'assetto del mercato del lavoro e alla disciplina dei rapporti di lavoro, oltre che specificamente al sistema previdenziale, la via percorribile è solo quella delle grandi riforme "di sistema". A un legislatore già assai restìo a intraprendere questa via, la giurisprudenza della Corte qui esaminata rischia di offrire dunque un alibi per ulteriormente temporeggiare, laddove un auspicabile orientamento più rigoroso nella verifica delle condizioni fissate dalla stessa giurisprudenza costituzionale potrebbe favorire la ricerca, in sede legislativa, di soluzioni adeguate al calibro dei problemi sul tappeto.

Abstract

Il presente contributo esamina il rapporto tra tutela previdenziale, sostenibilità finanziaria e giurisprudenza costituzionale. Muovendo dalla constatazione di un sistema previdenziale strutturalmente esposto a fattori di squilibrio di carattere sia demografico che economico, si rileva come la Corte costituzionale abbia tentato di progressivamente definire i limiti di legittimità dei contributi straordinari sulle pensioni elevate e delle misure di contenimento della spesa previdenziale, richiedendone carattere temporaneo, finalità endoprevidenziali e adeguata giustificazione finanziaria. Tuttavia, l'esame della giurisprudenza costituzionale degli ultimi anni mostra una crescente "sensibilità" verso le esigenze di sostenibilità del sistema e, al contempo, una certa attenuazione del rigore nel controllo sul rispetto dei limiti ch'essa stessa aveva fissato. Ciò rischia però di avallare la consolidata tendenza del legislatore a intervenire nella materia *de qua* con misure straordinarie ed episodiche, anziché varando riforme strutturali del sistema previdenziale.

Pensions, Public Resources, and the Constitutional Court

The paper examines the relationship between social security protection, financial sustainability and constitutional case law. Starting from the observation that the social security system is structurally exposed to factors of imbalance of both a demographic and economic nature, it is noted that the Constitutional Court has sought to progressively define the limits of the legitimacy of extraordinary contributions on high pensions and of measures to contain social security expenditure, requiring them to be temporary in nature, to serve internal social security purposes and to be adequately justified on financial grounds. However, an examination of constitutional case law in recent years reveals a growing 'sensitivity' towards the system's sustainability requirements and, at the same time, a certain relaxation of the rigour in monitoring compliance with the limits the Constitutional Court had established. This risks, however, endorsing the legislature's tendency to intervene in this area with extraordinary and *ad hoc* measures, rather than implementing structural reforms of the social security system.

Salute e risorse: il caso della *farmacia dei servizi*

di Piermassimo Chirulli

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La farmacia nell’ordinamento italiano. – 3. La *farmacia dei servizi*. – 4. La *farmacia dei servizi*: le risorse e la sperimentazione. – 5. La *farmacia dei servizi*: il consolidamento normativo e giurisprudenziale

1. Premessa

Il presente contributo mira a dar conto della trasformazione della *farmacia* da luogo vocato esclusivamente alla dispensazione dei farmaci a presidio che eroga all’utenza una serie di servizi (quella che è stata definita *farmacia dei servizi*) e, in particolare, all’interpretazione giurisprudenziale di tale trasformazione.

Ci si potrebbe chiedere per quale ragione tale contributo sia inserito in un numero speciale della *Rivista* dedicato al ciclo di seminari dal titolo “Diritti e risorse”, svoltosi nell’ambito delle cattedre di *Diritto pubblico* del Corso di Laurea in Economia Aziendale del Dipartimento di Economia, Management e Diritto dell’Impresa (DEMDI) dell’Università degli Studi di Bari “Aldo Moro”.

Anzitutto, la concreta attuazione del diritto alla salute di cui all’art. 32 Cost. comporta – com’è ampiamente noto – lo stanziamento di importanti risorse pubbliche, risorse che, come ricordato recentemente dalla Corte costituzionale, devono essere adeguatamente redistribuite sul territorio nazionale al fine di garantire in concreto e diffusamente la tutela della salute¹. Si pensi che una parte considerevole del bilancio di tutte le

¹ La Corte costituzionale, nella sent. 21 luglio 2025, n. 114, ha affermato che «Una distribuzione iniqua delle risorse determina una disparità di trattamento nell’accesso ai servizi sanitari, in quanto risorse insufficienti compromettono la capacità di fornire servizi sanitari adeguati, mettendo a rischio il diritto alla salute dei cittadini, garantito – quale diritto fondamentale dell’individuo e interesse dell’intera collettività – dall’art. 32 Cost.», rilevando che è «in sede di predisposizione del piano sanitario nazionale e di quelli regionali, di definizione e aggiornamento dei LEA e di stanziamento delle risorse occorrenti per assicurare l’erogazione delle prestazioni sanitarie sul territorio nazionale, che vengono stabilite le opportune misure di perequazione [...], occorrenti per ovviare alle disuguaglianze tra le regioni e tra i cittadini e per realizzare gli obiettivi di tutela della salute perseguiti dal SSN in ciascuna regione».

Regioni, che hanno sostanziale competenza nella concreta erogazione dei servizi sanitari, è dedicato al settore sanitario.

Il rapporto tra risorse (scarse) e concreta garanzia dei diritti (in particolare, per quel che qui interessa, il diritto alla salute) è complesso e costantemente dialettico e non ci si può qui soffermare adeguatamente. La Corte costituzionale, a tal proposito, ha affermato, da un lato, che «il diritto a trattamenti sanitari “è garantito a ogni persona come un diritto costituzionale condizionato dall’attuazione che il legislatore ordinario ne dà attraverso il bilanciamento dell’interesse tutelato da quel diritto con gli altri interessi costituzionalmente protetti, tenuto conto dei limiti oggettivi che lo stesso legislatore incontra nella sua opera di attuazione in relazione alle risorse organizzative e finanziarie di cui dispone al momento”» e, dall’altro, che «le esigenze della finanza pubblica non possono assumere, nel bilanciamento del legislatore, un peso talmente preponderante da comprimere il nucleo irriducibile del diritto alla salute protetto dalla Costituzione come ambito inviolabile della dignità umana»². Ancora recentemente, però, la Corte ha richiamato la sua giurisprudenza «che, in reazione ad una prassi legislativa troppo incline a effettuare pesanti “tagli lineari” anche sulla sanità [...], ha introdotto a partire dalla sentenza n. 169 del 2017, la nozione di “spesa costituzionalmente necessaria” (ripresa poi nelle sentenze n. 220 del 2021, n. 197 del 2019 e n. 87 del 2018), funzionale a evidenziare che, in un contesto di risorse scarse, per fare fronte a esigenze di contenimento della spesa pubblica dettate anche da

² Così nella sent. 21 luglio 2016, n. 203. Deve qui richiamarsi anche la notissima giurisprudenza costituzionale che ha sottolineato che «Tutti i diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione si trovano in rapporto di integrazione reciproca e non è possibile, pertanto, individuare uno di essi che abbia la prevalenza assoluta sugli altri. La tutela deve essere sempre «sistemica e non frazionata in una serie di norme non coordinate ed in potenziale conflitto tra loro» (sentenza n. 264 del 2012). Se così non fosse, si verificherebbe l’illimitata espansione di uno dei diritti, che diverrebbe «tiranno» nei confronti delle altre situazioni giuridiche costituzionalmente riconosciute e protette, che costituiscono, nel loro insieme, espressione della dignità della persona» (sent. 9 maggio 2013, n. 85). È la prima pronuncia sul c.d. caso ILVA, nella quale la Corte ha considerato non censurabile il *ragionevole bilanciamento* compiuto dal legislatore «tra diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione, in particolare alla salute (art. 32 Cost.), da cui deriva il diritto all’ambiente salubre, e al lavoro (art. 4 Cost.), da cui deriva l’interesse costituzionalmente rilevante al mantenimento dei livelli occupazionali ed il dovere delle istituzioni pubbliche di spiegare ogni sforzo in tal senso».

vincoli euro unitari, devono essere prioritariamente ridotte le altre spese indistinte, rispetto a quella che si connota come funzionale a garantire il «fondamentale» diritto alla salute di cui all'art. 32 Cost., che chiama in causa imprescindibili esigenze di tutela anche delle fasce più deboli della popolazione, non in grado di accedere alla spesa sostenuta direttamente dal cittadino, cosiddetta *out of pocket*³.

Tra le varie articolazioni della spesa sanitaria vi è anche la spesa farmaceutica, che è tradizionalmente divisa in due comparti separati e distinti⁴: la spesa farmaceutica c.d. convenzionata, quella che serve a remunerare

³ Sent. 6 dicembre 2024, n. 195, nella quale ha peraltro precisato che «[è] la garanzia dei diritti incompressibili ad incidere sul bilancio, e non l'equilibrio di questo a condizionarne la doverosa erogazione» (sentenza n. 275 del 2016); da questo principio deriva che tali diritti, e in particolare il diritto alla salute, coinvolgendo primarie esigenze della persona umana, non possono essere sacrificati fintanto che esistono risorse che il decisore politico ha la disponibilità di utilizzare per altri impieghi che non rivestono la medesima priorità».

Sul rapporto tra risorse e garanzia dei diritti cfr., *ex multis*, M. LUCIANI, *Costituzione, bilancio, diritti e doveri dei cittadini*, in *Scritti in onore di Antonio D'Atena*, Milano 2015, 1673 ss.; L. CARLASSARE, *Diritti a prestazione e vincoli di bilancio*, in *Costituzionalismo.it*, 3, 2015, 137 ss.; E. CAVASINO, *Perché costruire il diritto alla salute come "diritto a prestazione" rende le forme normative dell'uguaglianza dipendenti dal limite economico-finanziario e ridimensiona l'effetto garantistico del "contenuto minimo essenziale"*, in *Riv. Gruppo di Pisa*, 3, 2012; E. FURNO, *Pareggio di bilancio e diritti sociali: la ridefinizione dei confini nella recente giurisprudenza costituzionale in tema di diritto all'istruzione dei disabili*, in *Nomos*, 1, 2017, 1 ss.; M. PICCHI, *Tutela dei diritti sociali e rispetto del principio dell'equilibrio di bilancio: la Corte costituzionale chiede al legislatore di motivare le proprie scelte*, in *Osservatorio sulle fonti*, 3, 2017; F. DONATI, *Uguaglianza, diritti umani e vincoli di bilancio*, in *federalismi.it*, 21, 2018; C. CARUSO – M. MORVILLO, *Il governo dei numeri. Oggettività tecnica e discrezionalità politica nella decisione di bilancio euro-nazionale*, in *Il governo dei numeri. Indicatori economico-finanziari e decisione di bilancio nello Stato costituzionale*, a cura di C. CARUSO, M. MORVILLO, Bologna, 2020, 9 ss.; C. COLAPIETRO, *L'effettività costituzionale del diritto alla salute nella dimensione multilivello*, in *Riv. di dir. comp.*, 2024, 14 ss. P. LOGROSCINO, *Economia e ambiente nel "tempo della Costituzione"*, in *federalismi.it*, 29, 2022, 86 ss.

⁴ Il Consiglio di Stato, nella sent. Sez. III, 4 gennaio 2023, n. 131, afferma che non è possibile «la compensazione "in via amministrativa" delle due voci di spesa, appositamente dedicate agli acquisti diretti e alla spesa convenzionata [...], sulla base della legislazione vigente», anche in considerazione del fatto che tra Distribuzione diretta dei farmaci e Distribuzione convenzionata vi è una differenza formale e sostanziale; la tesi opposta «contraddice la necessità – anche, ma non solo, di ordine contabile – di tenere separati, invece, i due canali della spesa diretta e di quella convenzionata, che soddisfano due esigenze, entrambe prioritarie, ma certo diverse del S.S.N. e in nessun modo sono assimilabili o compensabili». I Giudici di Palazzo Spada sottolineano che «Se

l'attività di dispensazione dei farmaci da parte delle farmacie; la spesa farmaceutica c.d. diretta, quella che copre le spese delle strutture sanitarie per gli acquisti di farmaci direttamente dai produttori (tali farmaci sono utilizzati, in parte, per garantire l'assistenza ospedaliera; in parte, dispensati direttamente ai pazienti).

In secondo luogo, è proprio lo stanziamento di risorse da parte dello Stato ad aver innescato un contenzioso giurisprudenziale il cui esito – sino a ora – ha precisato i contorni della *farmacia dei servizi*. Come meglio si vedrà, infatti, la *farmacia dei servizi* viene introdotta sin dal 2009, ma diviene oggetto di maggiore attenzione (e di contenzioso) solo dopo il 2017 quando alcuni di quei *servizi* sono stati finanziati in via sperimentale dal bilancio pubblico.

Un'ultima precisazione: il presente scritto riprende, con alcune opportune integrazioni, l'intervento tenuto nell'ambito del ciclo di Seminari suddetti. Ciò determina un tono discorsivo e un apparato di note essenziale.

2. *La farmacia nell'ordinamento italiano*

Prima di affrontare lo specifico tema della *farmacia dei servizi* è necessario dar conto sommariamente della complessiva disciplina che potremmo definire “*diritto delle farmacie*”⁵. Si tratta di una porzione dell'ordinamento

le due forme di assistenza sanitaria e di erogazione non fossero radicalmente differenti, non avrebbe senso dunque effettuare, nell'ambito della spesa farmaceutica a livello nazionale, un'ulteriore distinzione tra la spesa per acquisti diretti e quella convenzionata e la stessa distinzione del legislatore sarebbe assurda, irrazionale e contraria al principio della c.d. riserva di scienza, alla quale anche il legislatore, pur nel margine di apprezzamento discrezionale che pure gli compete, deve attenersi in materia sanitaria (v., sul punto, Cons. St., sez. III, 20 ottobre 2021, n. 7045)».

⁵ Sul “diritto delle farmacie” in generale sia consentito rinviare a P. CHIRULLI, *Farmacia*, in *Dig. disc. pubbl.*, Aggiornamento, VII, 2017, 312 ss. Cfr., in precedenza, *ex multis* B.R. NICOLOSO, *L'evoluzione del servizio farmaceutico nell'ordinamento giuridico italiano*, in *Rass. dir. farm.*, 3, 2016, 473 ss.; G. PIPERATA, *Farmacie*, in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da S. CASSESE, III, Milano, 2006, p. 2447 ss.; G. FERRARI, *Farmacie e farmacisti nell'ordinamento giuridico e nell'elaborazione giurisprudenziale*, Roma, 2003; M. GOLA, *Farmacia e farmacisti*, in *Dig. disc. pubbl.*, VI, Torino, 1991; R. FERRARA, voce *Farmacia e farmacisti*, in *Enc. giur.*, XIV, Roma, 1989; V. RAGONESI, *Farmacie*, in *Dizionario amministrativo*, a cura di G. GUARINO, Milano, I, 1983², 907 ss.; G. LANDI, *Farmacia*, in *Enc. dir.*, XVI, Milano, 1967, 837 ss.

ampia e articolata. Coesistono, infatti, da un lato, il profilo pubblicistico, soprattutto per la finalità cui è preordinata l'attività svolta dalla farmacia, e, dall'altro, quello privatistico, con riferimento all'esercizio della relativa impresa. Tanto che autorevole dottrina lo aveva qualificato "ordinamento sezionale", in quanto conterrebbe in piccolo tutti gli elementi dell'ordinamento giuridico dello Stato, comprendendo una pluralità di soggetti, un'organizzazione e degli atti che hanno valore normativo all'interno del detto ordinamento⁶.

2.1. Il *diritto delle farmacie* deve certamente essere ricondotto alla materia tutela della salute di cui all'art. 32 Cost.⁷. Sul punto la giurisprudenza costituzionale è costante: la «complessa regolamentazione pubblicistica dell'attività economica di rivendita dei farmaci è preordinata al fine di assicurare e controllare l'accesso dei cittadini ai prodotti medicinali ed in tal senso a garantire la tutela del fondamentale

⁶ M.S. GIANNINI, *Le farmacie (problemi generali)*, in *Rass. Amm. Sanità*, 1963, 171.

⁷ Sull'art. 32 Cost. e la tutela del diritto alla salute la dottrina è amplissima. Cfr., *ex multis* e per vari profili, M. LUCIANI, *Diritto alla salute (dir. costituzionale)*, in *Enc. giur.*, VII, 1991; C. MORTATI, *La tutela della salute nella Costituzione italiana*, (1961), ora in *Raccolta di scritti*, III, Milano, 1973; B. PEZZINI, *Art. 32 Il diritto alla salute: profili costituzionali*, in *Dir. soc.*, 1, 1983, 21 ss.; G. ALPA, *Salute (diritto alla)*, in *NN.D.I.*, App. VI, Torino, 1986; R. FERRARA, *Salute (diritto alla)*, in *Dig. disc. pubbl.*, 1997; C. BOTTARI, *Il diritto alla tutela della salute*, in *I diritti costituzionali*, a cura di P. RIDOLA – R. NANIA, II, Torino, 2001, 1101 ss.; D. MORANA, *La salute nella Costituzione italiana*, Milano, 2002; M. OLIVETTI, *Appunti per una mappa concettuale sul diritto alla salute nel sistema costituzionale italiano*, in *Met. Did. Inn. Cl. – Nuova Serie*, 2004; A. SIMONCINI – E. LONGO, *Art. 32*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI, I, Torino, 2006; E. CAVASINO, *La flessibilità del diritto alla salute*, Napoli, 2012; A. MORRONE – F. MINNI, *Il diritto alla salute nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *Rivista AIC*, 3, 2013; G. SCACCIA, *Art. 32*, in *La Costituzione italiana. Commento articolo per articolo*, a cura di F. CLEMENTI, L. CUOCOLO, F. ROSA, G. E. VIGEVANI, I, Bologna, 2021; AA.VV. (a cura di I. CIOLLI), *Salute diseguale. Quali istituzioni per il diritto di tutti alla salute*, Napoli, 2024; D. MORANA, *La salute come diritto costituzionale*, Torino, 2025⁵.

Affrontano profili peculiari del diritto alla salute e della relativa garanzia: M. IMMORDINO – L. GIANI, *I diritti fondamentali degli immigrati tra emergenza rifugiati e crisi economico/finanziaria: quale ruolo per le amministrazioni?*, in *Immigrazione e diritti fondamentali*, a cura di F. ASTONE, R. CAVALLO PERIN, A. ROMEO, M. SAVINO, Torino, 2019, pp. 74 sgg., con riferimento agli stranieri; M. RUOTOLO, *Salute e carcere*, in *Studi in onore di Aldo Loiodice*, II, Bari, 2012, 1083 ss., con riferimento alle persone detenute; A. PIOGGIA, *Il diritto alla salute alla prova della differenziazione: autonomie, organizzazione e dis-eguaglianza*, in *Ist. fed.*, 1, 2020, 37 ss., con specifico riferimento alla c.d. autonomia differenziata.

diritto alla salute, restando solo marginale, sotto questo profilo, sia il carattere professionale sia l'indubbia natura commerciale dell'attività del farmacista»⁸.

Il Servizio Sanitario Nazionale⁹, istituito con l. 23 dicembre 1978, n. 833, eroga l'assistenza farmaceutica prevalentemente, anche se non esclusivamente, proprio attraverso le farmacie pubbliche e private, tutte obbligatoriamente convenzionate con esso¹⁰.

L'art. 25, comma 1, della l. n. 833/1978 stabilisce che le prestazioni curative comprendono, tra le altre, l'assistenza farmaceutica. Il successivo art. 28, comma 1, dispone che «L'unità sanitaria locale eroga l'assistenza farmaceutica attraverso le farmacie di cui sono titolari enti pubblici e le farmacie di cui sono titolari i privati, tutte convenzionate secondo i criteri e le modalità di cui agli articoli 43 e 48»¹¹.

⁸ Così nella sent. 18 luglio 2014, n. 216, confermata dalle successive sentt. 8 luglio 2022, n. 171; 7 aprile 2017, n. 66. In precedenza cfr. sentt. nn. 255 del 2013; 231 del 2012; 150 del 2011; 295 del 2009 e 430 del 2007.

⁹ Sul SSN e l'organizzazione sanitaria la dottrina è molto vasta. Cfr., *ex multis*, M.A. SANDULLI, *La sanità*, in *Osservatorio di dir. sanitario – federalismi.it*, 2025; A. PIOGGIA, *Diritto sanitario e dei servizi sociali*, Torino, 2024³; F. SAITTA, *Il servizio sanitario nazionale: punti fermi e prospettive evolutive*, in questa *Rivista*, 1-2, 2024, 79 ss.; I. CIOLLI, *La salute come diritto in movimento. Eguaglianza, universalismo ed equità nel sistema sanitario nazionale, oggi*, in *Biolaw Journal*, 2, 2019, 13 ss.; E. CAVASINO, *Il diritto alla salute come diritto "a prestazioni"*. *Considerazioni sull'effettività della tutela*, in *I diritti sociali dal riconoscimento alla garanzia: il ruolo della giurisprudenza*, a cura di E. CAVASINO, G. SCALA, G. VERDE, Napoli, 2013, 335 ss.; P. SANTINELLO, *Servizio Sanitario Nazionale*, in *Dig. Disc. pubbl.*, 1999; M. LUCIANI – R. BALDUZZI – P. CHIRULLI – F. GRANDI, *La rete della Sanità*, in AA.VV., *L'Italia che c'è: le reti territoriali per l'unità e la crescita*, Bologna, 2011, 281 ss.

¹⁰ Il d. lgs. 30 dicembre 1992, n. 502, all'art. 8, co. 2, lett. a), prevede che «le farmacie pubbliche e private erogano l'assistenza farmaceutica per conto delle unità sanitarie locali del territorio regionale dispensando, su presentazione della ricetta del medico, specialità medicinali, preparati galenici, prodotti dietetici, presidi medico-chirurgici e altri prodotti sanitari erogabili dal Servizio sanitario nazionale [...]».

In attuazione di tale disposizione, recentemente – in data 6 marzo 2025 – è stata approvata la nuova *Convenzione farmaceutica nazionale* (che ha sostituito quella precedente, approvata con d.P.R. n. 371 del 1998).

¹¹ A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli 1982¹³, 988, sottolinea che le «Unità sanitarie locali erogano l'assistenza farmaceutica appunto attraverso [le farmacie private e pubbliche] ed esercitano la vigilanza su di esse». Com'è noto il d.lgs. 19 giugno 1999, n. 229, ha inserito il comma 1-*bis* all'art. 3 del d.lgs. n. 502/1992, a tenor del quale «In funzione del perseguimento dei loro fini istituzionali, le unità sanitarie locali si costituiscono in aziende con personalità giuridica pubblica e autonomia imprenditoriale;

La farmacia, dunque, è lo strumento attraverso il quale il SSN (o, meglio, le sue articolazioni territoriali) garantisce l'assistenza farmaceutica, la quale, a sua volta, è ricompresa nel più ampio genere delle prestazioni sanitarie. È evidente, dunque, l'importanza che assume la farmacia al fine di garantire (non in astratto ma) concretamente la tutela del diritto costituzionale alla salute¹².

Deve sottolinearsi che l'assistenza farmaceutica è stata inserita tra i Livelli Essenziali di Assistenza (LEA), disciplinati dal d.P.C.M. 12 gennaio 2017¹³, i quali, peraltro, come ha ripetutamente ricordato la Corte costituzionale¹⁴, andrebbero aggiornati al fine di essere adeguati all'evoluzione

la loro organizzazione ed il funzionamento sono disciplinati con atto aziendale di diritto privato, nel rispetto dei principi e criteri previsti da disposizioni regionali. L'atto aziendale individua le strutture operative dotate di autonomia gestionale o tecnico-professionale, soggette a rendicontazione analitica». In tal modo ha trasformato definitivamente le Unità Sanitarie Locali in Aziende Sanitarie Locali, modificandone radicalmente l'assetto organizzativo e la *governance*, ma lasciando per diversi profili inalterati i compiti precedentemente svolti dalle USL.

¹² V. RAGONESI, *Farmacie*, cit. 907, affermava già molti anni fa che «il servizio farmaceutico [...] rientra nell'ambito di quella più vasta organizzazione che lo Stato mette in essere al fine di tutelare la salute pubblica».

¹³ Sui LEA, *ex multis*, v. M. LUCIANI, *I livelli essenziali delle prestazioni in materia sanitaria tra Stato e Regioni*, in *Diritto alla salute tra uniformità e differenziazione*, a cura di E. CATELANI – G. CERRINA FERONI – M.C. GRISOLIA, Torino, 2011, 11 ss.; V. ANTONELLI, *La garanzia dei livelli essenziali di assistenza nei primi 40 anni del Servizio sanitario nazionale: dall'uniformità all'appropriatezza*, in *federalismi.it*, 7, 2018; M. ATRIPALDI, *Diritto alla salute e livelli essenziali di assistenza (LEA)*, in *Osservatorio di dir. sanitario – federalismi.it*, 2017; L. BERTORELLO, *Il diritto alla salute e i livelli essenziali di assistenza*, in *CamminoDiritto*, 3, 2023; M. MENGOSI, *Tutela dei livelli essenziali di assistenza e mobilità sanitaria nell'esperienza italiana ed europea: gli slanci e i limiti dell'azione dell'Unione nella tutela del diritto alle cure*, in *L'assistenza sanitaria transfrontaliera. Verso un welfare state europeo?*, a cura di D. Morena, Napoli, 2018.

¹⁴ Ancora recentemente – sent. 17 dicembre 2024, n. 201 – la Consulta ha affermato che «questa Corte non può non formulare l'auspicio che, a livello statale, si giunga in tempi rapidi, secondo le procedure e le modalità previste e in linea con le indicazioni del progresso scientifico e medico, all'aggiornamento dei LEA, la cui individuazione è ferma al D.P.C.M. 12 gennaio 2017. Tale aggiornamento è ormai divenuto indifferibile, in considerazione della più volte riconosciuta «primazia della tutela sanitaria» (sentenze n. 142 del 2021 e n. 62 del 2020), nonché della necessità di evitare che i cittadini residenti in regioni sottoposte a piano di rientro siano posti nella condizione di non poter usufruire di prestazioni – che, peraltro, ove finalizzate all'attività di prevenzione, sono, per loro natura, in grado di produrre, nel medio-lungo periodo, risparmi di spesa

scientifica e normativa. L'art. 8 del decreto LEA, rubricato "Assistenza farmaceutica erogata attraverso le farmacie convenzionate", dispone, al comma 1, che «Il Servizio sanitario nazionale garantisce attraverso le farmacie convenzionate la fornitura dei medicinali appartenenti alla classe a) di cui all'art. 8, comma 10, della legge 24 dicembre 1993, n. 537, la cui erogazione non sia affidata direttamente alle strutture sanitarie regionali» e, al comma 2, che «Attraverso le medesime farmacie sono inoltre assicurati i nuovi servizi individuati dai decreti legislativi adottati ai sensi dell'art. 11, comma 1, della legge 18 giugno 2009, n. 69, nel rispetto di quanto previsto dai piani regionali socio-sanitari e nei limiti delle risorse rese disponibili in attuazione del citato art. 11, comma 1, lettera e)». Come si vede tra i LEA garantiti attraverso le farmacie, oltre a essere ricompresa la classica attività di dispensazione dei farmaci, è prevista anche l'attività di erogazione dei servizi di cui alla *farmacia dei servizi*.

2.2. La giurisprudenza – sia costituzionale che comune – ha avuto un ruolo determinante al fine di meglio definire la posizione della *farmacia* nell'ordinamento e per esaltarne il diretto collegamento con la concreta tutela della salute.

La Corte costituzionale recentemente ha ribadito che le farmacie «erogano l'assistenza farmaceutica (art. 28 della legge 23 dicembre 1978, n. 833 [...]), oggi ricompresa tra i livelli essenziali di assistenza ai sensi del d.P.C.m. 12 gennaio 2017 [...], e svolgono, dunque, un "servizio di pubblico interesse" (sentenza n. 312 del 1983; analogamente, sentenza n. 29 del 1957), preordinato al fine di "garantire la tutela del fondamentale diritto alla salute" [...] (sentenza n. 87 del 2006, confermata successivamente, tra le tante, dalla sentenza n. 216 del 2014)». La Corte ha sottolineato, inoltre, da un lato, che «I farmacisti titolari di farmacia, [...] sotto il profilo funzionale sono concessionari di un pubblico servizio (sentenza n. 448 del 2006; Corte di cassazione, sezioni unite civili, sentenza 24 novembre 2004, n. 22119)» e, dall'altro, che le farmacie «rientrano nell'ambito del

addirittura superiori all'immediato contenimento dei costi – rivelatesi essenziali alla luce di sopravvenute evidenze scientifiche, a garanzia delle quali il medesimo piano è sottoscritto». Già in precedenza (*ex multis* sent. 26 giugno 2002, n. 282) la Corte aveva affermato che la finalità dei LEA è quella di consentire al legislatore statale di assicurare a tutti i cittadini l'erogazione di determinate prestazioni, senza discriminazioni territoriali, in piena attuazione del principio di eguaglianza di cui all'art. 3 Cost.

servizio sanitario nazionale (SSN), di cui fanno parte (artt. 25 e 28 della legge n. 833 del 1978), e sono dislocate sul territorio secondo il sistema di pianificazione di cui alla legge 2 aprile 1968, n. 475 [...], il quale [...] è volto ad “assicurare l’ordinata copertura di tutto il territorio nazionale al fine di agevolare la maggiore tutela della salute dei cittadini” (sentenza n. 4 del 1996)»¹⁵.

La posizione della Corte costituzionale è confermata dalla giurisprudenza dei giudici comuni. Il Consiglio di Stato, in Adunanza plenaria, ha recentemente ricordato che sin dalle prime pronunce la Corte costituzionale ha ancorato il *diritto delle farmacie* all’art. 32 della Costituzione e alla tutela della salute. I Giudici di Palazzo Spada hanno poi sottolineato, da un lato, che le farmacie sono parte integrante del SSN, anche in considerazione della loro capillarità, e, dall’altro, che l’assistenza farmaceutica è compresa tra i livelli essenziali di assistenza: «All’indomani dell’istituzione del Servizio sanitario nazionale nel 1978 le farmacie [...] ne sono divenute parte integrante e costituiscono lo strumento attraverso il quale è erogata l’assistenza farmaceutica alla popolazione [...], in ragione della loro capillarità e del loro obbligo di erogare i farmaci agli assistiti ed a chiunque intenda acquistarli e di non interrompere lo svolgimento del servizio soggetto ad ampi poteri di vigilanza e di controllo dell’amministrazione (Corte cost., n. 87 del 2006; Cons. St., Ad. plen., n. 1 del 2000 e n. 5 del 2002)»¹⁶. A sua volta, la Suprema Corte di cassazione ha recentemente definito la farmacia «segmento di diretta articolazione del Servizio sanitario nazionale»¹⁷.

Emergono così le caratteristiche peculiari delle farmacie che di seguito si possono solo elencare:

i) le farmacie svolgono un servizio di pubblico interesse;

¹⁵ Corte cost., sent. n. 171/2022, cit. A commento di tale pronuncia, con accenti diversi, cfr. G. FARES, *Il c.d. diritto delle farmacie è presidio dell’art. 32 Cost.: nuove e significative conferme dalla Consulta*, in *Nomos*, 3, 2022, 1 ss.; V. CAMPIGLI, *Sul rapporto tra tutela della salute e libera iniziativa economica la Corte costituzionale non muta la propria posizione*, in *Giur. cost.*, 2, 2022, 1932 ss.; G. CARPANI – M.R. TEDESCO, *Ragionevolezza di una scelta contrastata: l’attribuzione alle sole farmacie della possibilità di eseguire test e tamponi Covid-19*, in *Corti supreme e salute*, 3, 2022, 549 ss.

¹⁶ Cons. Stato, Ad. plen., sent. 14 aprile 2022, n. 5; nello stesso senso, in precedenza, *ex multis*, Cons. Stato, Comm. Spec. ad. 22 dicembre 2017, par. 3 gennaio 2018, n. 69/2018: “la farmacia è qualificata come luogo a primaria vocazione pubblicistica a tutela della salute. Invero, le farmacie [...] integrano un’organizzazione strumentale di cui il servizio Sanitario [...] si avvale per l’esercizio del compito di servizio pubblico loro assegnato dal legislatore”.

¹⁷ Cass. civ., Sez. Un., 14 dicembre 2023, n. 35092.

- ii) le prestazioni che erogano – tutte le prestazioni – rientrano tra i LEA;
- iii) i farmacisti titolari di farmacia sono concessionari di pubblico servizio¹⁸;
- iv) le farmacie rientrano a pieno titolo nell'ambito del SSN, di cui sono diretta articolazione;
- v) il sistema di pianificazione che regola la dislocazione delle farmacie serve ad assicurare la copertura di tutto il territorio nazionale e, in ultima analisi, a una migliore tutela della salute in ogni contesto sociale;
- vi) le farmacie sono soggette a una serie di specifici obblighi¹⁹ e controlli

¹⁸ Sulla natura dell'atto con il quale è “concessa” la titolarità della sede farmaceutica e “autorizzata” l'apertura della farmacia si è a lungo divisa la dottrina, non aiutata peraltro da una certa imprecisione del linguaggio normativo, che a volte parla di autorizzazione altre di concessione.

Sostengono che si tratti di un servizio pubblico in regime concessorio, tra gli altri, A.M. SANDULLI, *Manuale*, cit., 988, il quale definisce il servizio farmaceutico «servizio privato sotto direzione pubblica»; V. RAGONESI, *Farmacie*, cit., 916, il quale muovendo dalla natura di pubblico servizio dell'attività farmaceutica per il cui esercizio lo Stato ha posto una rigida disciplina normativa, afferma che «con il provvedimento in questione non si rimuove un limite frapposto all'esercizio di un diritto preesistente ma si conferisce un diritto *ex novo*, quello cioè di esercitare un'attività professionale a favore di chi ne possiede i requisiti necessari»; G. CALANDRA, *Farmacia e farmacisti*, in *N.mo Dig. It.*, VII, 1961, 88 sg.; G. FERRARI, *Farmacie e farmacisti*, cit., 15, la quale, partendo dalla constatazione che l'art. 33 del d. lgs. n. 80 del 1998, annovera esplicitamente il servizio farmaceutico tra i “pubblici servizi”, ossia «tra le attività imprenditoriali assoggettate *naturaliter* alle determinazioni conformative e organizzative della competente pubblica Amministrazione», conclude nel senso che «le farmacie svolgono dunque un servizio pubblico in senso tecnico, quello sanitario, sulla base di regole pubblicistiche che costituiscono attuazione dell'art. 32 Cost. e che riguardano ogni aspetto della loro attività»; B.R. NICOLOSO, *L'evoluzione*, cit. 185.

Propendono invece per la natura autorizzatoria M.S. GIANNINI, *Le farmacie*, cit., 171; G. ABBAMONTE, *Iniziativa pubblica e privata nell'esercizio dell'attività farmaceutica*, in *Rass. Amm. Sanità*, 1962, 102; G. LANDI, *Farmacia*, cit., 840 sgg., specie 844, il quale afferma che «sembra da ritenere che il cosiddetto servizio farmaceutico sia un'attività, resa bensì al pubblico ed involgente interessi pubblici, ma di natura privata, cioè di regola un'attività con profili professionali ed imprenditoriali connessi, esercitata da soggetti privati, sotto vigilanza pubblica» e conclude nel senso che «il servizio farmaceutico (il cui interesse sociale è indiscutibile) è appunto un'attività economica privata “programmata” e “controllata”»; M. GOLA, *Farmacia e farmacisti*, in *Dig. disc. pubbl.*, VI, 1991

¹⁹ A mero titolo esemplificativo e non esaustivo, in capo alle farmacie gravano gli

che ne caratterizzano la spiccata funzione pubblicistica, anche limitando la libera iniziativa economica dei titolari di farmacia;

vii) le farmacie rappresentano il primo presidio di prossimità del SSN.

È tenendo a mente queste coordinate che, da un lato, si può e si deve rapportare la specifica disciplina del *diritto delle farmacie* con altre porzioni dell'ordinamento giuridico; dall'altro, si deve valutare la ragionevolezza dell'affidamento in esclusiva alle farmacie di determinate attività. Proprio in tale prospettiva, è convincente la giurisprudenza costituzionale che ha ritenuto esente da vizi la disciplina che esclude le c.d. parafarmacie²⁰ dalla

obblighi che di seguito si elencano senza pretesa di completezza (alcuni di questi sono disciplinati anche dalle singole leggi regionali sull'assistenza farmaceutica; qui, a mero titolo esemplificativo e per non appesantire eccessivamente il testo, si farà riferimento solo alla l. reg. Siciliana n. 15/1978 e alla l. reg. Lombardia n. 33/ 2009):

- posizionarsi esclusivamente all'interno della zona territoriale assegnata (artt. 1 e 2 l. n. 475/1968);
- esporre gli orari di apertura e chiusura, con un minimo di ore di apertura stabilite dalla legge o dall'Autorità sanitaria competente, l'art. 2 della l. reg. Siciliana n. 15/1978 e gli artt. 90 e 93 della l. reg. Lombardia n. 33/ 2009: ciascuna Regione disciplina il dettaglio di molti di questi obblighi) e di dare notificazione al prefetto dell'intenzione di sospendere l'esercizio (art. 119 del r.d. n. 1265/1934 – T.U.L.S.), obbligo che assicura la continuità territoriale e temporale del servizio (tanto perché l'utente non sia esposto al rischio di non trovare aperta la farmacia cui si indirizzi);
- garantire la continuità assistenziale festiva e notturna attraverso una turnazione che comunque assicuri il servizio in un contesto territoriale limitato (cfr. artt. 5, 6 e 7 l. reg. Siciliana n. 15/1978 e art. 91 l. reg. Lombardia n. 33/2009);
- programmare la chiusura per ferie, con necessaria approvazione del piano ferie da parte dell'Autorità sanitaria competente, sempre al fine di garantire la continuità assistenziale e di impedire la contestuale chiusura di farmacie contigue (cfr. art. 9 l. reg. Siciliana n. 15/1978 e art. 92 l. reg. Lombardia n. 33/2009);
- essere provviste delle sostanze medicinali prescritte come obbligatorie nella farmacopea ufficiale ed esporre al pubblico un esemplare della farmacopea (art. 123 del T.U.L.S.);
- conservare tutte le ricette mediche (art. 123 del T.U.L.S.);
- ricevere, a cadenza almeno biennale, l'ispezione ordinaria o straordinaria delle autorità sanitarie e di mantenere il registro delle ispezioni (art. 127 T.U.L.S.);
- pagare la tassa annuale di ispezione (art. 128 T.U.L.S.);
- esporre al pubblico le quote di partecipazione degli assistiti alla spesa farmaceutica (art. 5 della l. n. 484 del 1978);
- comunicare alla ASL l'assunzione degli addetti all'esercizio farmaceutico (art. 32 del r. d. n. 1076 del 1938, recante regolamento per il servizio farmaceutico).

²⁰ L'art. 5 del d.l. 4 luglio 2006, n. 223, ha consentito anche agli esercizi di vicinato denominati nel linguaggio comune “parafarmacie” di dispensare alcune limitate tipologie

vendita della maggior parte dei farmaci²¹ e dalla somministrazione (con valenza pubblica dei risultati) dei tamponi per il rilievo del COVID-19²². La Corte ha correttamente evidenziato, tra l'altro, che le parafarmacie non sono collegate al SSN in alcun modo (a differenza delle farmacie, che sono convenzionate con esso e ne sono considerate parte integrante); che le parafarmacie non sono assoggettate agli obblighi delle farmacie: per esempio, le parafarmacie sono libere di posizionarsi dove meglio credono in base a valutazioni meramente economiche; le farmacie sono invece

di farmaci senza obbligo di prescrizione medica (SOP e OTC), purché alla presenza di un farmacista abilitato alla professione.

²¹ Corte cost., sent. n. 216/2014, cit. Nello stesso senso, in precedenza, anche la Corte di giustizia UE nella sent. Sez. IV, 5 dicembre 2013, cause riunite da C-159/12 a C-161/12, *Venturini e al.* Con accenti diversi, alcuni AA. hanno criticato tale posizione. Cfr. P. LOGROSCINO – M. SALERNO, *La distribuzione dei farmaci tra libertà economiche e tutela della salute*, in *federalismi.it*, 7, 2019, i quali, anzitutto affermano – con riferimento alla sentenza della CGUE – che «l'argomento della rischiosità d'uso dei farmaci C con prescrizione appare più seducente che decisivo» (9); in secondo luogo, quanto alla sentenza costituzionale, che «non si può concordare con quanto sostenuto dalla Corte: il titolo di studio è sì il medesimo, ma per la responsabilità della farmacia esso deve essere doppiato da requisiti di qualificazione ulteriori. Sicché la differenza c'è» (11); sostengono, infine, che «da sentenza si limita a ritenere “non irragionevole” il sistema sottoposto al proprio giudizio», sicché nel caso di una modifica legislativa “andrebbe valutata alla luce del test di ragionevolezza al quale sinora la Corte costituzionale ha sottoposto la normativa sulla distribuzione dei farmaci, nel delicato equilibrio tra tutela della salute e libertà di iniziativa economica» (15). Più radicale la critica di L. CASSETTI, *La distribuzione del farmaco tra tutela della salute e (contrastate) aperture alla concorrenza*, in *Giur. cost.*, 2014, 3457 ss., la quale afferma, tra l'altro, che «Sul versante della distribuzione del farmaco, l'apertura del mercato avviata nel 2006 in favore degli imprenditori che intendevano investire nell'apertura di una parafarmacia è stata accompagnata da tutta una serie di vincoli e di obblighi che sono analoghi a quelli che gravano sulla farmacia tradizionale» e che mancherebbe «in questa parte della motivazione (fondata interamente ed esclusivamente sulla riproduzione di alcuni passi della giurisprudenza europea) lo svolgimento della questione di costituzionalità sollevata con riferimento alla eventuale violazione della libertà di impresa in regime di concorrenza garantita dall'art. 41 Cost. I giudici costituzionali non entrano nel merito della valutazione della eventuale proporzionalità e congruità del sacrificio imposto allo svolgimento dell'attività imprenditoriale della parafarmacia, che continua a distribuire farmaci di fascia C senza obbligo di prescrizione ma non può distribuire quelli che hanno avuto la mediazione del medico prescrittore, rispetto ad eventuali finalità sociali riconducibili alla tutela della salute alla quale sarebbe legata l'esigenza di continuare a garantire una distribuzione capillare del bene farmaco sul territorio nazionale».

²² Sent. n. 171/ 2022, cit.

vincolate dalla *pianta organica*, che garantisce la presenza capillare su tutto il territorio nazionale.

2.3. Uno degli elementi caratterizzanti il *diritto delle farmacie* è appunto la regolamentazione del numero e della localizzazione degli esercizi farmaceutici, tramite la c.d. “*pianta organica*” comunale delle farmacie.

La legge, infatti, stabilisce anzitutto che il numero delle farmacie sia rapportato al numero di abitanti di ciascun Comune. Oggi, a seguito della novella di cui al d.l. 24 gennaio 2012, n. 1, questo rapporto è stabilito in modo tale che vi sia una farmacia ogni 3.300 abitanti²³.

In secondo luogo, il territorio comunale è suddiviso in tante porzioni (la “*zona farmaceutica*”) quante sono le farmacie che spettano al Comune. In tal modo a ogni sede farmaceutica corrisponde una (e una soltanto) zona farmaceutica. Il titolare della sede farmaceutica, quindi, è (relativamente) libero di posizionarsi all’interno della sua zona²⁴, ma non può fuoriuscire dai confini della stessa.

Tale regolamentazione consente il dispiegarsi di quella che la Corte costituzionale, con locuzione elegante e particolarmente efficace, ha definito «*rete capillare delle farmacie*»²⁵, che si estende uniformemente su tutto il territorio nazionale, garantendo in tal modo a tutti i cittadini di

²³ L’art. 1, comma 2, della l. 2 aprile 1968, n. 475, come novellato dall’art. 11 del d.l. n. 1/2012 dispone ora che “*Il numero delle autorizzazioni è stabilito in modo che vi sia una farmacia ogni 3.300 abitanti*”; in precedenza era stabilito “*una farmacia ogni 5.000 abitanti nei comuni con popolazione fino a 12.500 abitanti e una farmacia ogni 4.000 abitanti negli altri comuni*”.

Deve precisarsi che accanto al c.d. criterio demografico, che è il criterio generale per l’apertura di nuove sedi farmaceutiche, vi sono altre due modalità in deroga: il c.d. criterio topografico, disciplinato dall’art. 104 del r. d. n. 1265/1934; le c.d. farmacie aggiuntive di cui all’art. 1-*bis* della l. n. 475/1968, istituite in determinati luoghi caratterizzati da un grande afflusso di soggetti non residenti.

²⁴ Il titolare di farmacia, in realtà, non è totalmente libero di posizionarsi all’interno della sua zona. Anzitutto, egli incontra il limite della distanza dalle altre farmacie già aperte (da calcolarsi per il percorso pedonale più breve), che non può essere inferiore a 200 metri. In secondo luogo, una parte della giurisprudenza ha affermato – forse interpretando in modo eccessivamente restrittivo l’art. 1, comma 7, della l. n. 475/1968 – che è la p.A. a dover autorizzare i trasferimenti all’interno della zona di pertinenza, valutando che siano soddisfatte le esigenze degli abitanti a una migliore assistenza farmaceutica (cfr., *ex multis*, Cons. Stato, Sez. III, 16 settembre 2014, n. 4705; Cons. Stato, Sez. V, 23 novembre 2010, n. 8147; Cons. Stato, Sez. IV, 12 dicembre 1997, n. 1414; TAR Lazio, Roma, Sez. II-*ter*, 3 ottobre 2008, n. 8760).

²⁵ Sent. 4 febbraio 2003, n. 27.

trovare una farmacia in un raggio sufficientemente limitato. È esperienza comune, infatti, che in ogni contesto geografico – nei quartieri centrali o periferici delle grandi città; in località montane o marine; in Comuni medi o piccoli; *etc.* – è agevole trovare una farmacia. Il legislatore intende così evitare, da un lato, che vi siano concentrazioni di farmacie in zone economicamente appetibili e, dall'altro, che vi sia assenza di farmacie nelle aree meno ricche, situazione che priverebbe gli abitanti di quei luoghi dell'assistenza farmaceutica. In buona sostanza, è proprio la programmazione delle farmacie a garantire in concreto il diritto alla salute dei cittadini assicurando, da un lato, la continuità territoriale e temporale del servizio e la più ampia e razionale copertura di tutto il territorio e, dall'altro, un determinato bacino d'utenza agli esercenti (elemento, quest'ultimo, ritenuto dalla Corte costituzionale rilevante per garantire l'altro e che però non sempre viene tenuto in conto dai critici del *diritto delle farmacie*). In questo senso si è espressa in modo molto netto sia la giurisprudenza costituzionale («la programmazione delle piante organiche delle sedi farmaceutiche è principalmente finalizzata proprio a garantire la più ampia e razionale copertura di tutto il territorio nell'interesse della salute dei cittadini. Allo stesso scopo la legge prevede altresì strumenti per adeguare periodicamente dette piante organiche ai mutamenti numerici della popolazione, nonché la rettifica topografica delle zone circoscrizionali delle sedi, anche con riguardo alla dislocazione degli insediamenti abitativi»²⁶) che la Corte di giustizia UE, la quale ha ritenuto che il sistema di contingentamento e programmazione delle sedi farmaceutiche (proprio di diversi Paesi dell'UE) non sia in contrasto con il diritto eurounitario: ciò è particolarmente rilevante, dato che il diritto eurounitario è focalizzato in modo

²⁶ Così nella sent. n. 4 del 1996; nello stesso senso, *ex multis*, sentt. nn. 103 del 1977, 393 e 589 del 1987, 27 e 275 del 2003, 87 e 448 del 2006, 76 del 2008, 216 del 2014, 66 del 2017, 171 del 2022. È interessante rilevare che qualche accenno a questa questione si trova già in una delle prime pronunce della Consulta: la Corte, dovendo decidere se la normativa speciale relativa alle farmacie (nel caso specifico l'art. 125 del TULS) violasse i principi costituzionali della libertà di impresa (art. 41 Cost.), ha affermato che tale normativa speciale risponde pienamente alla norma costituzionale dell'art. 32, che «tutela la salute come fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività», definendo peraltro l'organizzazione del servizio farmaceutico come «servizio di pubblica necessità» (sent. n. 29 del 1957).

prioritario a tutela del libero mercato e del diritto alla concorrenza e la Corte di Giustizia ne è un'attenta custode²⁷.

In questa sede deve ribadirsi che la novella del 2012 non ha superato l'istituto della pianta organica, come pure subito dopo la sua approvazione era stato ventilato. Né appare persuasivo qualificare quella riforma come "liberalizzazione" del comparto delle farmacie²⁸. La giurisprudenza suc-

²⁷ La CGUE con riferimento al regime di pianificazione territoriale delle farmacie vigente in Italia, ha affermato che tale sistema, per costante giurisprudenza eurounitaria, "è in linea di principio att[o] a realizzare l'obiettivo di garantire alla popolazione un approvvigionamento di medicinali sicuro e di qualità", in quanto "può rivelarsi indispensabile per colmare eventuali lacune nell'accesso alle prestazioni sanitarie e per evitare una duplicazione nell'apertura delle strutture, in modo che sia garantita un'assistenza medica adeguata alle necessità della popolazione, che copra tutto il territorio e tenga conto delle regioni geograficamente isolate o altrimenti svantaggiate". In particolare, riconosce la Corte, "se non ci fosse alcuna regolamentazione, le farmacie potrebbero concentrarsi in località reputate attraenti, mentre in località meno attraenti si rischierebbe di non trovare un numero di farmacie sufficiente ad assicurare un servizio farmaceutico sicuro e di qualità" (sent. Sez. IV, 5 dicembre 2013, cause riunite da C-159/12 a C-161/12, *Venturini e al.*, §§ 46 sgg.). Già in precedenza la stessa Corte di Lussemburgo aveva affermato che le limitazioni alla possibilità di istituire liberamente delle farmacie sono pienamente legittime perché "possono essere giustificate dall'obiettivo di garantire alla popolazione una fornitura di medicinali sicura e di qualità". Più in particolare, la CGUE ha ricordato che "stabilimenti ed infrastrutture sanitarie possono essere oggetto di una pianificazione", che può altresì "comprendere una previa autorizzazione per l'installazione di nuovi prestatori di cure", se un tale sistema si riveli "indispensabile" a far sì che sia garantita un'assistenza sanitaria "adeguata alle necessità della popolazione, che copra tutto il territorio e tenga conto delle regioni geograficamente isolate o altrimenti svantaggiate". Quanto ai criteri usati generalmente per la pianificazione, quello demografico "può sortire l'effetto di canalizzare l'insediamento di farmacie verso parti del territorio nazionale dove l'accesso al servizio farmaceutico è lacunoso, poiché, impedendo ai farmacisti di impiantarsi in zone già dotate di un numero sufficiente di farmacie, li invita così a stabilirsi in zone nelle quali le farmacie scarseggiano", mentre quello geografico, a sua volta, mira ad impedire "una concentrazione all'interno di un'area geografica" che possa conseguire all'applicazione del solo criterio demografico (CGUE, sent. 1° giugno 2010, C-570/07, *Blanco Pérez e Chao Gómez*, § 64; le successive citazioni sono tratte dalla medesima sentenza, §§ 70, 77 e 79; dello stesso tenore l'ord. 6 ottobre 2010, C-563/08, *Carlos Sàez Sanchez e a.*, entrambe riferite all'ordinamento spagnolo. Nello stesso senso la sent. 13 febbraio 2014, C-367/12, *Sokoll-Seebacher*, per l'ordinamento austriaco, e le ordd. 17 dicembre 2010, C-217/09, *Maurizio Polissen e a.* e 29 settembre 2011, C-315/08, *Angelo Grisoli e a.*, per l'ordinamento italiano). Cfr. R. CIFARELLI, *Il servizio farmaceutico italiano di nuovo al vaglio della Corte di giustizia*, in *Giur. merito*, 7-8, 2012, 1694 ss.; A. MONICA, *Mercato farmaceutico e liberalizzazione della Fascia C: ancora un nulla di fatto. Analisi della recente giurisprudenza fino alla pronuncia della Corte di giustizia*, Cause riunite da C-159/12 a C-161/12, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 261 ss.

²⁸ M. CALABRÒ, *Linee evolutive del servizio di assistenza farmaceutica*, in *Riv. it. dir. pubbl.*

cessiva – costituzionale e comune – ha esplicitamente o implicitamente confermato la permanenza dell'istituto della pianta organica²⁹, che è di per sé incompatibile con ipotesi di *liberalizzazione* in senso proprio: difficilmente si può parlare di *liberalizzazione* se il numero degli esercizi farmaceutici è contingentato e ne è stabilita anche la zona di ubicazione. Ciò non sminuisce, ovviamente, l'importanza della riforma del 2012, anche in considerazione dell'eliminazione di alcuni obblighi precedentemente previsti in capo alle farmacie (come, ad esempio, con riferimento all'orario di apertura, che la novella ha previsto come orario minimo, lasciando ai titolari di farmacia la possibilità di prolungare l'orario oltre il minimo).

com., 2015, pp. 1243 sgg., parla di «dichiarato intento di liberalizzare» con riferimento al d. l. n. 1 del 2012. Parla di «una (molto) parziale liberalizzazione» con riferimento alle farmacie, L. DELLI PRISCOLI, *Il limite dell'utilità sociale nelle liberalizzazioni*, in *Giur. comm.*, 2014, 352 ss. Anche L. CASSETTI, *La distribuzione del farmaco*, cit., fa riferimento a forme di liberalizzazione. Per una più diffusa trattazione della questione sia consentito rinviare a P. CHIRULLI, *Farmacia*, cit., 316 ss.

P. LOGROSCINO – M. SALERNO, *La distribuzione*, cit., 40 ss., partendo dalla sent. CGUE, 19 ottobre 2016, causa C-148/15, *Deutsche Parkinson Vereinigung* relativa ai prezzi dei farmaci distribuiti *on line*, mettono in dubbio la perdurante validità dell'argomento che la liberalizzazione del settore porterebbe una penuria di farmacie nelle zone non redditizie; gli AA. propongono che il sostegno alle farmacie svantaggiate potrebbe essere sostituito da incentivi o altre misure di sostegno economico, avvertendo, però, che tali misure dovrebbero «comunque rispettare il principio di proporzionalità e non andare oltre l'obiettivo di garantire la necessaria e appropriata remunerazione all'attività economica al fine di evitare che possa delocalizzarsi» (41). Propongono, in alternativa, che nelle zone meno appetibili si possa dare in gestione le farmacie a soggetti pubblici.

²⁹ Cfr. Corte cost., sentt. n. 171/2022 cit., 216/2014 cit., 255/2013. La sent. Cons. Stato, Sez. III, 31 maggio 2013, n. 2990, fu la prima a riaffermare chiaramente la persistenza della pianta organica dopo il d.l. n. 1 del 2012. Cfr. recentemente, *ex multis*, Cons. Stato, Sez. IV, Sentenza, 20 novembre 2025, n. 9068; Cons. Stato, Sez. III, 7 novembre 2025, n. 8691; Cons. Stato, Sez. III, 7 maggio 2025, n. 3872; T.A.R. Campania Napoli, Sez. IX, 17 novembre 2025, n. 7443; T.A.R. Emilia-Romagna, Parma, Sez. I, 17 novembre 2025, n. 489.

Deve rilevarsi che da ultimo Cons. Stato, Sez. III, 11 febbraio 2026, n. 1111, lungi dall'affermare il superamento della *pianta organica* (come pure qualche osservatore aveva ritenuto), sembra piuttosto sostenere che i confini della zona spettante a ogni singola farmacia non siano definiti con l'indicazione precisa di tutte le strade perimetrali. Ciò, comunque, può determinare incertezze nel caso in cui una farmacia decida di spostarsi in zone di confine con altre sedi che possano essere di incerta attribuzione. In tal caso sarà il giudice amministrativo a dover risolvere in concreto la vicenda, esattamente come accaduto nel caso de quo.

3. *La farmacia dei servizi*

Per rafforzare il ruolo dell'assistenza territoriale, il legislatore ha individuato nella farmacia lo strumento più adeguato all'erogazione di numerosi e diversi servizi: nasce così la *farmacia dei servizi*³⁰. L'art. 11 della l. 18 giugno 2009, n. 69, ferme restando le competenze regionali, ha delegato il Governo ad adottare «uno o più decreti legislativi finalizzati all'individuazione di nuovi servizi a forte valenza socio-sanitaria erogati dalle farmacie pubbliche e private nell'ambito del Servizio sanitario nazionale», fissando diversi principi e criteri direttivi³¹. In attuazione di tale delega è stato approvato il d.lgs. 3 ottobre 2009, n. 153, con il quale si è provveduto alla definizione dei «nuovi compiti e funzioni assistenziali delle farmacie pubbliche e private operanti in convenzione con il Servizio sanitario nazionale» (così l'art. 1, comma 1). Il successivo comma 2 del medesimo articolo 1 stabilisce «I nuovi servizi assicurati dalle farmacie nell'ambito del Servizio sanitario nazionale, nel rispetto di quanto previsto dai Piani socio-sanitari regionali e previa adesione del titolare della farmacia»³².

³⁰ Sulla *farmacia dei servizi*, *ex multis*, cfr. L. CORRADETTI, *La farmacia dei servizi: un presidio sociosanitario di prossimità in divenire*, in *federalismi.it*, 24, 2004, 256 ss.; P. Di Lallo, *La farmacia alla prova del tempo e del diritto*, in *Riv. it. med. leg.*, 3-4, 2024, 463 ss.; M. LA ROCCA, *La farmacia dei servizi*, in *Giustamm*, 2014; P.I. D'ANDREA, *La Farmacia dei servizi arriva alla Corte costituzionale*, in *Oss. cost.*, 2, 2018; P. CHIRULLI, *Farmacia*, cit., 322 ss.;

³¹ Tra questi: «c) realizzare, nel rispetto di quanto previsto dai singoli piani regionali socio-sanitari, campagne di prevenzione delle principali patologie a forte impatto sociale, anche effettuando analisi di laboratorio di prima istanza nei limiti e alle condizioni stabiliti con decreto del Ministro del lavoro, della salute e delle politiche sociali, d'intesa con la Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano, restando in ogni caso esclusa l'attività di prelievo di sangue o di plasma mediante siringhe;

d) consentire, nel rispetto di quanto previsto dai singoli piani regionali socio-sanitari, la prenotazione in farmacia di visite ed esami specialistici presso le strutture pubbliche e private convenzionate, anche prevedendo la possibilità di pagamento delle relative quote di partecipazione alla spesa a carico del cittadino e di ritiro del referto in farmacia;

e) prevedere forme di remunerazione delle attività di cui al presente comma da parte del Servizio sanitario nazionale entro il limite dell'accertata diminuzione degli oneri derivante, per il medesimo Servizio sanitario nazionale, per le regioni e per gli enti locali, dallo svolgimento delle suddette attività da parte delle farmacie, e comunque senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica; [...].».

³² Il d.lgs. n. 153/2009 reca «Individuazione di nuovi servizi erogati dalle farmacie

In attuazione della disciplina primaria sono stati adottati due decreti

nell'ambito del Servizio sanitario nazionale, nonché disposizioni in materia di indennità di residenza per i titolari di farmacie rurali, a norma dell'articolo 11 della legge 18 giugno 2009, n. 69». Oggi, a seguito delle numerose novelle susseguitesi, l'ultima delle quali ad opera dell'art. 60 della l. 2 dicembre 2025, n. 182 (le altre disposte dall'art. 1, comma 420, della l. 30 dicembre 2020, n. 178 e dall'art. 2, comma 8-*bis*, d.l. 24 marzo 2022, n. 24, convertito, con modificazioni, in l. 19 maggio 2022, n. 52), i nuovi servizi, tra l'altro, «concernono:

- a) la partecipazione delle farmacie al servizio di assistenza domiciliare integrata a favore dei pazienti residenti o domiciliati nel territorio della sede di pertinenza di ciascuna farmacia, a supporto delle attività del medico di medicina generale o del pediatra di libera scelta, a favore dei pazienti che risiedono o hanno il proprio domicilio nel territorio di competenza, attraverso: [...]
- 3) la dispensazione per conto delle strutture sanitarie dei farmaci e dei dispositivi medici necessari al trattamento dei pazienti in assistenza domiciliare, residenziale e semiresidenziale;
- 4) la messa a disposizione di operatori socio-sanitari, di infermieri e di fisioterapisti, per la effettuazione, a domicilio, di specifiche prestazioni professionali richieste dal medico di famiglia o dal pediatra di libera scelta, fermo restando che le prestazioni infermieristiche o fisioterapiche che possono essere svolte presso la farmacia, sono limitate a quelle di cui alla lettera d) e alle ulteriori prestazioni, necessarie allo svolgimento dei nuovi compiti delle farmacie, individuate con decreto del Ministro del lavoro, della salute e delle politiche sociali, sentita la Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano; [...]
- c) la erogazione di servizi di primo livello, attraverso i quali le farmacie partecipano alla realizzazione dei programmi di educazione sanitaria e di campagne di prevenzione delle principali patologie a forte impatto sociale, rivolti alla popolazione generale ed ai gruppi a rischio e realizzati a livello nazionale e regionale, ricorrendo a modalità di informazione adeguate al tipo di struttura e, ove necessario, previa formazione dei farmacisti che vi operano;
- d) la erogazione di servizi di secondo livello rivolti ai singoli assistiti, in coerenza con le linee guida ed i percorsi diagnostico-terapeutici previsti per le specifiche patologie, su prescrizione dei medici di medicina generale e dei pediatri di libera scelta, anche avvalendosi di personale infermieristico, prevedendo anche l'inserimento delle farmacie tra i punti forniti di defibrillatori semiautomatici;
- e) l'effettuazione, presso le farmacie, nell'ambito dei servizi di secondo livello di cui alla lettera d), di prestazioni analitiche di prima istanza, nei limiti e alle condizioni stabiliti con decreto di natura non regolamentare del Ministro del lavoro, della salute e delle politiche sociali, d'intesa con la Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano, restando in ogni caso esclusa l'attività di prescrizione e diagnosi, nonché il prelievo di sangue o di plasma mediante siringhe o dispositivi equivalenti; [...]

del Ministro della Salute in data 16 dicembre 2010, l'uno recante «Erogazione da parte delle farmacie di specifiche prestazioni professionali» (in G.U. 19 aprile 2011, n. 90), l'altro «Disciplina dei limiti e delle condizioni delle prestazioni analitiche di prima istanza, rientranti nell'ambito dell'autocontrollo ai sensi dell'articolo 1, comma 2, lettera *e*), e per le indicazioni tecniche relative ai dispositivi strumentali ai sensi dell'articolo 1, comma 2, lettera *d*) del decreto legislativo n. 153 del 2009» (in G.U. 10 marzo 2011, n. 57)³³.

- e-ter*) l'effettuazione presso le farmacie da parte di un farmacista di test diagnostici che prevedono il prelievo di sangue capillare;
- e-quater*) la somministrazione presso le farmacie, da parte di farmacisti opportunamente formati a seguito del superamento di specifico corso abilitante e di successivi aggiornamenti annuali, organizzati dall'Istituto superiore di sanità, di vaccini individuati dal Piano nazionale di prevenzione vaccinale nei confronti dei soggetti di età non inferiore a dodici anni, nonché l'effettuazione di test diagnostici che prevedono il prelievamento del campione biologico a livello nasale, salivare o orofaringeo, da effettuare in aree, locali o strutture, anche esterne, dotati di apprestamenti idonei sotto il profilo igienico-sanitario e atti a garantire la tutela della riservatezza. Le aree, i locali o le strutture esterne alla farmacia devono essere compresi nella circoscrizione farmaceutica prevista nella pianta organica di pertinenza della farmacia stessa;
- e-quinquies*) l'effettuazione da parte del farmacista di test diagnostici decentrati, a supporto del medico di medicina generale e del pediatra di libera scelta ai fini dell'appropriatezza prescrittiva, per il contrasto all'antibiotico-resistenza;
- e-sexies*) l'effettuazione da parte del farmacista, nei limiti delle proprie competenze professionali, dei servizi di telemedicina nel rispetto dei requisiti funzionali e dei livelli di servizio indicati nelle linee guida nazionali;
- e-septies*) l'esecuzione in farmacia, da parte di personale abilitato, di test di screening per l'individuazione del virus dell'epatite C;
- f) la effettuazione di attività attraverso le quali nelle farmacie gli assistiti possano prenotare prestazioni di assistenza specialistica ambulatoriale presso le strutture sanitarie pubbliche e private accreditate, e provvedere al pagamento delle relative quote di partecipazione alla spesa a carico del cittadino, scegliere il medico di medicina generale e il pediatra di libera scelta tra quelli convenzionati con il servizio sanitario regionale, nonché ritirare i referti relativi a prestazioni di assistenza specialistica ambulatoriale effettuate presso le strutture sanitarie pubbliche e private accreditate; [...].».

³³ I decreti ministeriali attuativi sono stati a suo tempo impugnati innanzi il Giudice amministrativo da alcuni ambulatori e dalle associazioni rappresentative, i quali ritenevano che la *farmacia dei servizi* invadesse loro prerogative, ma tutti i ricorsi sono stati respinti. A mero titolo esemplificativo e senza alcuna pretesa di completezza si possono ricordare i seguenti giudizi instaurati innanzi il TAR Lazio:

La disciplina – primaria e secondaria – della *farmacia dei servizi* regola-
menta un *bouquet* eterogeneo di servizi. In particolare, volendo in qualche
modo classificarli, abbiamo:

- i) servizi più strettamente legati alla tradizionale funzione di dispensa-
zione del farmaco: farmacovigilanza; collaborazione con i medici di
medicina generale (MMG) e i pediatri di libera scelta (PLS); distri-
buzione a domicilio dei farmaci; preparazione e distribuzione di
preparati “galenici” e di “*miscele per la nutrizione artificiale e dei medicinali
antidolorifici*”; dispensazione per conto delle strutture sanitarie dei far-
maci a distribuzione diretta;
- ii) coinvolgimento di altri professionisti (infermieri; fisioterapisti, etc.)
che utilizzano i locali messi a disposizione dalla farmacia per poter
svolgere la propria attività;
- iii) erogazione di servizi c.d. di secondo livello, che necessitano di una
specifica attività da parte del farmacista in “ausilio attivo” al paziente,
anche con l'utilizzo di strumentazione *ad hoc* messa a disposizione
dalla farmacia (si pensi alla somministrazione di tamponi e vaccini;
elettrocardiogramma e holter pressorio in modalità telemedicina; test
diagnostici decentrati per il contrasto all'antibiotico-resistenza, etc.),
nonché «test diagnostici che prevedono il prelievo di sangue capilla-
re»;
- iv) attività di semplice ausilio a prestazioni analitiche di prima istanza
(trigliceridi; colesterolo; etc.) con strumentazione messa a disposizio-
ne dalla farmacia, da non confondersi con quelle precedenti: qui il

-
- ricorso proposto da S.I.M.F.E.R. – Società Italiana di Medicina Fisica e Riabilitativa e S.I.M.M.Fi.R. – Sindacato Italiano Medici di Medicina Fisica e Riabilitazione contro il d.m. 16 dicembre 2010, definito nel senso del rigetto prima con sentenza TAR Lazio, Roma, Sez. III-*Quater*, 20 febbraio 2012, n. 1704 e poi concluso con sent. Cons. Stato, Sez. III, 4 gennaio 2021, n. 111, cit., che ha respinto l'appello;
 - ricorso proposto da URSAP – Unione Regionale Sanità Privata e altri, avverso il d.m. 16 dicembre 2010, definito nel senso del rigetto con sent. TAR Lazio, Roma, Sez. III-*Quater*, 22 febbraio 2012, n. 1792;
 - ricorso proposto da SNABILP Sindacato Nazionale Biologi Liberi Professionisti – FEDERBIOLOGI avverso il d.m. 16 dicembre 2010, che i ricorrenti non hanno poi inteso coltivare (giudizio dichiarato perento con decreto presidenziale 19 dicembre 2017, n. 8251);
 - ricorso proposto dal Consiglio Nazionale dei Chimici avverso il d.m. 16 dicembre 2010, respinto con sent. TAR Lazio, Roma, Sez. III-*Quater*, 22 febbraio 2012, n. 1814.

farmacista svolge solo un ruolo di supporto, nelle altre il suo ruolo è maggiormente attivo;

- v) attività di collaborazione con le altre strutture del SSN: prenotazioni per visite ambulatoriali; partecipazione a programmi di educazione sanitaria; indicazione della scelta del MMG e del PLS, *etc.*

Da quanto osservato *supra*, può rilevarsi che la *ratio* della *farmacia dei servizi* si basa essenzialmente su due pilastri, tra loro strettamente collegati:

- i) la qualità e peculiare affidabilità del servizio che le farmacie offrono, in quanto «*segmento di diretta articolazione del Servizio sanitario nazionale*»: rileva qui lo stabile legame tra farmacia e SSN derivante dalla Convenzione nazionale, nonché i numerosi obblighi che incombono sulla farmacia;
- ii) la capillarità della loro presenza sul territorio, grazie all'istituto della pianta organica: le farmacie presidio di prossimità del SSN (spesso *unico* presidio, in special modo nelle località meno abitate o più remote) garantiscono in concreto l'erogazione di tali servizi su tutto il territorio nazionale. La stessa Corte costituzionale ha sottolineato il profondo e significativo collegamento fra la capillarità della presenza delle farmacie e la c.d. *farmacia dei servizi*³⁴.

Come si vede la novità è rilevante: la farmacia, che sino ad allora era percepita come luogo dove venivano esclusivamente dispensati farmaci, si trasforma in qualcosa di più completo, un vero presidio di tutela della salute a tutto tondo, che abbraccia uno spettro di attività ben più ampio.

Come ha efficacemente affermato la Corte costituzionale, «Con questa riforma, l'attività svolta dalle farmacie non è più ristretta alla distribuzione di farmaci o di prodotti sanitari, ma si estende alla prestazione di servizi»³⁵. Anche il Consiglio di Stato ha ben evidenziato la trasformazione della farmacia conseguente alla novella legislativa: «È evidente come, per effetto del delineato quadro normativo [la l. 18 giugno 2009, n. 69 e il d.lgs. 3 ottobre 2009, n. 153], si sia consumata una profonda transizione

³⁴ La Corte, nella già richiamata sent. n. 171/2022, afferma, infatti, che «È anche in ragione di questa diffusione sull'intero territorio nazionale delle farmacie – frutto dell'applicazione del criterio del contingentamento nella determinazione del numero delle sedi farmaceutiche – che il legislatore delegato, con il decreto legislativo 3 ottobre 2009, n. 153 [...], ha previsto che, in aggiunta all'assistenza farmaceutica, “nuovi servizi a forte valenza socio-sanitaria [siano] erogati dalle farmacie pubbliche e private nell'ambito del Servizio Sanitario Nazionale”».

³⁵ Sent. n. 66/2017, cit., sulla quale v. P.I. D'Andrea, *La Farmacia dei servizi*, cit.

del ruolo della farmacia da una (più tradizionale) attività di mera distribuzione di prodotti (lato sensu) farmaceutici, verso un ruolo di erogazione di prestazioni e servizi, comunque teleologicamente preordinati ad assicurare la somministrazione di interventi connessi con la tutela della salute (ma, rispetto alla precedente conformazione, «delocalizzati» ed insediati anche in ambiente farmaceutico)»³⁶.

4. *La farmacia dei servizi: le risorse e la sperimentazione*

Per dare concreto impulso e piena attuazione alla *farmacia dei servizi*, nel 2017 il legislatore ha stabilito che «per il triennio 2018-2020, è avviata, in nove regioni, una sperimentazione per la remunerazione delle prestazioni e delle funzioni assistenziali previste dall'articolo 1 del citato decreto legislativo n. 153 del 2009, erogate dalle farmacie con oneri a carico del Servizio sanitario nazionale»³⁷. In buona sostanza, la l. n. 205/2017 ha previsto, anche se solo in via sperimentale, di stanziare delle risorse del SSN per l'erogazione di servizi rientranti nel novero della *farmacia dei ser-*

³⁶ Cons. Stato, Sez. II, 4 gennaio 2021, n. 111.

³⁷ La l. 27 dicembre 2017, n. 205, all'art. 1 così stabiliva: i) «Al fine di consentire l'attuazione delle disposizioni del decreto legislativo 3 ottobre 2009, n. 153, concernente i nuovi servizi erogati dalle farmacie nell'ambito del Servizio sanitario nazionale, per il triennio 2018-2020, è avviata, in nove regioni, una sperimentazione per la remunerazione delle prestazioni e delle funzioni assistenziali previste dall'articolo 1 del citato decreto legislativo n. 153 del 2009, erogate dalle farmacie con oneri a carico del Servizio sanitario nazionale, nei limiti dell'importo di cui al comma 406» (comma 403);

ii) «Con decreto del Ministro della salute, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, previa intesa sancita in sede di Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano, sono individuate nove regioni, di cui tre per l'anno 2018, ulteriori tre per l'anno 2019 e ulteriori tre per l'anno 2020, in cui avviare la sperimentazione prevista dal comma 403, tenendo conto dell'esigenza di garantire la rappresentatività delle aree geografiche del nord, del centro e del sud del territorio nazionale» (comma 404);

iii) «La sperimentazione di cui al comma 403 è sottoposta a monitoraggio da parte del Comitato paritetico e del Tavolo tecnico di cui, rispettivamente, agli articoli 9 e 12 dell'intesa stipulata il 23 marzo 2005 in sede di Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano, al fine di verificarne le modalità organizzative e gli impatti nonché di valutarne un'eventuale estensione sull'intero territorio nazionale, fermo restando quanto disposto dal decreto legislativo 3 ottobre 2009, n. 153» (comma 405).

vizi. Sino ad allora, infatti, i costi dei servizi erogati dalle farmacie erano a carico degli utenti. Successivamente la sperimentazione è stata prorogata negli anni successivi.

In attuazione di quanto stabilito dalla l. n. 205/2017, è stato siglato in data 17 giugno 2019 apposito Accordo in sede di Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le Regioni e le Province autonome di Trento e di Bolzano, con il quale sono state, da un lato, individuate le nove Regioni interessate alla prima fase della sperimentazione e, dall'altro, sono state approvate le *Linee di indirizzo per la sperimentazione dei nuovi servizi nella farmacia di comunità*³⁸.

5. *La farmacia dei servizi: il consolidamento normativo e giurisprudenziale.*

Com'è noto, ulteriore e decisivo impulso alla *farmacia dei servizi* è venuto dalla pandemia da COVID-19. In quell'occasione le farmacie hanno collaborato attivamente con gli altri operatori sanitari al fine di contenere il contagio e garantire in ogni caso alla popolazione sia la dispensazione dei farmaci sia ulteriori servizi. Si è confermata la differenza con altri esercizi, come le parafarmacie: solo le farmacie, infatti, in virtù del loro diretto collegamento con il SSN e la qualifica di pubblico servizio, avevano l'obbligo di continuare a svolgere la propria attività; solo alle farmacie è stato riservato il compito di somministrare i tamponi per il COVID-19 con valenza esterna del risultato³⁹.

³⁸ Nelle suddette *Linee guida 2019* si afferma chiaramente, in premessa, che:

- i) «la farmacia di Comunità, intesa come *Presidio sociosanitario polivalente*, assolve appieno alle necessità della popolazione aumentando la fruibilità dei Livelli Essenziali di Assistenza (LEA)»;
- ii) «Il nuovo ruolo affidato alle Farmacie di Comunità richiederà al farmacista lo sviluppo di competenze trasversali acquisite con una formazione professionale, all'interno della programmazione strategica del sistema salute, mirata a dare impulso alla qualificazione dell'offerta di nuovi servizi sociosanitari»;
- iii) la complessiva disciplina sulla farmacia dei servizi ha «formalizzato e rafforzato il ruolo della Farmacia intesa non solo come luogo specifico e privilegiato di erogazione dei farmaci, ma anche come *Centro sociosanitario polifunzionale* a servizio della comunità nonché come punto di raccordo tra Ospedale e territorio e *front office* del Servizio Sanitario Nazionale (SSN)».

³⁹ La più volte richiamata sent. n. 171/2022 della Corte costituzionale deriva proprio dalla pretesa delle parafarmacie di somministrare i tamponi per il COVID-19

Due ulteriori provvedimenti segnano il consolidamento della *farmacia dei servizi* nell'ordinamento:

- i) anzitutto, il d.m. 23 maggio 2022, n. 77 (“Regolamento recante la definizione di modelli e standard per lo sviluppo dell’assistenza territoriale nel Servizio sanitario nazionale”) ha ribadito lo stretto collegamento tra capillarità delle farmacie, necessità di un primo presidio di prossimità del SSN e sviluppo dell’assistenza territoriale, anche tramite l’erogazione di servizi specifici⁴⁰;
- ii) la nuova Convenzione farmaceutica, approvata in data 6 marzo 2025 in sede di Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le Regioni e le Province autonome di Trento e Bolzano⁴¹. Il Capo III del Tito-

con valenza esterna del risultato, che l’art. 1, commi 418 e 419, l. 30 dicembre 2020, n. 178, riservava alle sole farmacie. La Corte ha dichiarato non fondata la q.l.c. sollevata dal TAR Marche.

⁴⁰ L’All. 1 al suddetto decreto ministeriale dedica ampio spazio alle farmacie quali gangli dell’assistenza territoriale. Al par. 2, si premette in via generale che «Il Servizio Sanitario Nazionale (SSN) [...] si basa su tre principi fondamentali: universalità, uguaglianza ed equità. Il perseguimento di questi principi richiede un rafforzamento della sua capacità di operare come un sistema vicino alla comunità, progettato per le persone e con le persone. In tale ottica e contesto si inserisce la necessità di potenziare i servizi assistenziali territoriali per perseguire la garanzia dei LEA, riducendo le disuguaglianze, e contestualmente costruendo un modello di erogazione dei servizi condiviso ed omogeneo sul territorio nazionale» e che «L’Assistenza Primaria rappresenta la prima porta d’accesso ad un servizio sanitario. Essa rappresenta infatti l’approccio più inclusivo, equo, conveniente ed efficiente per migliorare la salute fisica e mentale degli individui, così come il benessere della società». Tanto premesso, si afferma, poi, in particolare, che «In questo ambito le farmacie convenzionate con il SSN ubicate uniformemente sull’intero territorio nazionale, costituiscono presidi sanitari di prossimità e rappresentano un elemento fondamentale ed integrante del Servizio sanitario nazionale. In particolare, la rete capillare delle farmacie convenzionate con il SSN assicura quotidianamente prestazioni di servizi sanitari a presidio della salute della cittadinanza: in tale ambito vanno inquadrare la dispensazione del farmaco, per i pazienti cronici la possibilità di usufruire di un servizio di accesso personalizzato ai farmaci, la farmacovigilanza, le attività riservate alle farmacie dalla normativa sulla c.d. “Farmacia dei Servizi” (D. Lgs. 153/2009) e l’assegnazione delle nuove funzioni tra le quali le vaccinazioni anti-Covid e antinfluenzali, la somministrazione di test diagnostici a tutela della salute pubblica. Quanto appena descritto, circa le attività svolte dalle farmacie, si innesta integralmente con le esigenze contenute nel PNRR riguardanti l’assistenza di prossimità, l’innovazione e la digitalizzazione dell’assistenza sanitaria».

⁴¹ In sede di Conferenza permanente Stato-Regioni è stata sancita “Intesa, ai sensi dell’articolo 5, comma 6, dell’accordo Stato-regioni del 5 dicembre 2013, Rep. atti n.

lo II, rubricato «Farmacia dei servizi», ha ulteriormente valorizzato l'erogazione di servizi da parte delle farmacie, in considerazione del fatto che «la dislocazione capillare sul territorio e la relazione diretta con il cittadino caratterizzano fortemente il ruolo della farmacia come presidio sanitario all'interno della rete dei servizi del SSN» (art. 18).

Deve ora darsi conto del contenzioso amministrativo che si è venuto a creare nel corso della fase attuativa della sperimentazione della *farmacia dei servizi*. Era in capo alle Regioni disciplinare in concreto le attività da svolgere nell'ambito della sperimentazione e molti provvedimenti regionali sono stati impugnati innanzi i relativi TAR da ambulatori e laboratori di analisi, unitamente alle loro organizzazioni rappresentative.

Il *leit motiv* dei ricorsi, in estrema sintesi, è, da un lato, che le farmacie non potrebbero erogare determinati servizi perché altrimenti si sovrapporrebbero alle attività dei ricorrenti. In secondo luogo, per svolgere quei servizi le farmacie avrebbero dovuto seguire la trafila di cui agli artt. 8-*bis* sgg. del d.lgs. n. 502/1992 (autorizzazione – accreditamento – convenzionamento) che – sola – consentirebbe agli ambulatori e ai laboratori di analisi di ottenere il rimborso delle loro prestazioni da parte del SSN.

Queste tesi non sembrano tenere nel debito conto le peculiarità delle farmacie e il loro particolare rapporto con il SSN.

Anzitutto, come abbiamo già visto, l'obiettivo principale della *farmacia dei servizi* è quello di integrare la rete delle farmacie nell'ambito delle attività sul territorio del SSN, sulla base di nuove funzioni assistenziali erogate: la *farmacia dei servizi* è oramai un perno centrale ed elemento fondamentale e integrante della complessiva assistenza sanitaria erogata dal SSN in quanto vero e proprio *presidio di prossimità* dello stesso.

In secondo luogo, le farmacie hanno uno specifico regime concessorio e sono direttamente e stabilmente legate al SSN in forza della Convenzione nazionale alla quale devono necessariamente aderire per poter svolgere la loro attività. Lo specifico regime concessorio copre tutte le attività che si svolgono in farmacia, ivi comprese quelle legate alla *farmacia dei servizi*. Di conseguenza, la pretesa di applicare alle farmacie la disciplina approntata per altri soggetti e che prevede la scansione autorizzazione –

164/CSR, sull'ipotesi di Accordo collettivo nazionale per la disciplina dei rapporti con le farmacie pubbliche e private di cui all'articolo 8, comma 2, del decreto legislativo 30 dicembre 1992, n. 502" (Rep. atti n. 35/CSR del 6 marzo 2025), pubblicata in G.U. – Serie generale, Supplemento ordinario n. 7, del 19 marzo 2025.

accreditamento è errata: in capo alle farmacie sussistono tutta una serie di specifici obblighi che gravano sul loro assetto organizzativo e condizionano direttamente la qualità e l'affidabilità del loro servizio.

Infine, non c'è alcuna violazione del principio di concorrenza, né del principio di eguaglianza, in quanto, da un lato, il farmacista è di mero ausilio e supporta l'utente nell'utilizzo del dispositivo medico specifico per l'esame che deve svolgere e, dall'altro, al farmacista è esplicitamente inibita l'attività di refertazione e diagnosi.

I giudizi di primo grado si sono conclusi con il sostanziale rigetto dei ricorsi⁴², con sentenze sostanzialmente sovrapponibili tra loro (nel caso della Campania e della Sicilia, è stato accolto solo il motivo di ricorso relativo alla possibilità di utilizzare locali esterni alla farmacia). I Giudici amministrativi hanno valorizzato le peculiarità del *diritto delle farmacie*, in generale, e della *farmacia dei servizi*, in particolare, affermando chiaramente che «La c.d. “Farmacia dei servizi” rappresenta una ulteriore fase nell'ambito del processo che ha visto nel tempo mutare il ruolo delle farmacie, le quali, oltre a quello tradizionale di distribuzione di prodotti farmaceutici, hanno assunto quello nuovo di erogazione di prestazione e servizi sanitari»⁴³. Come si vede il Giudice amministrativo colloca perfettamente la *farmacia dei servizi* nell'ambito della complessiva attività delle farmacie, da tener distinta da quella di altri operatori, come ambulatori e laboratori di analisi.

5.1. Recentemente la *farmacia dei servizi* è stata oggetto di ulteriore disciplina, con misure che appaiono in qualche modo contraddittorie.

L'art. 60 della l. 2 dicembre 2025, n. 182, ha anzitutto novellato, come abbiamo già visto, il d.lgs. n. 153/2009, inserendo ulteriori servizi

⁴² Di seguito si riportano gli estremi delle sentenze dei giudizi conclusi:

- TAR Campania, Napoli, Sez. I, 14 novembre 2024, n. 6226 (pende l'appello innanzi il Consiglio di Stato);
- TAR Sicilia, Palermo, Sez. I, sentt. 22 aprile 2025, nn. 881, 882, 883, 884, 885 (la nota dell'Assessorato della Salute – Dipartimento Regionale per la Pianificazione Strategica della Regione Siciliana prot. n. 22991 del 14/05/2024 era stata impugnata con distinti ricorsi da diversi ambulatori e laboratori);
- TAR Lazio, Roma, Sez. III-*Quater*, 15 dicembre 2025, n. 22621 e 22623;
- TAR Lombardia, Milano, Sez. V, 22 dicembre 2025, n. 4247.

⁴³ Così TAR Lazio, Roma, n. 22623/2025, cit., ma tale statuizione si ritrova nelle altre pronunce indicate alla nota precedente.

da erogare in farmacia. Tuttavia, ha stabilito, al comma 2, che alcune delle prestazioni erogate in farmacia (quelle di cui alle lett. da *e-quater* a *e-septies*) dell'art. 1, comma 2, del d.lgs. n. 153/2009) «sono a carico degli utenti». Come si vede, il legislatore, da un lato, fa un passo in avanti, ampliando il numero di prestazioni da erogare in farmacia; dall'altro sembra fare un passo indietro, stabilendo che alcune di queste prestazioni particolarmente significative debbano essere remunerate dagli utenti e non dal SSN. È interessante notare che tra queste vi sono i servizi diagnostici in telemedicina, che erano tra i servizi che avevano provocato il recente contenzioso di cui si è dato conto subito *supra*.

La *farmacia dei servizi* è quindi ora “stabilizzata”. In ogni caso, per il futuro sarà necessario valutare adeguatamente le concrete modalità – a regime – dell'erogazione dei servizi, al fine di verificare se sia tutelato al meglio il diritto alla salute dei cittadini.

I successivi commi 3 e 4 dell'art. 60 della l. n. 182/2025 consentono di utilizzare per l'erogazione dei servizi anche locali esterni a quelli della farmacia. In tal caso, però, l'utilizzo di tali locali deve essere autorizzata dall'amministrazione sanitaria territorialmente competente. Il successivo comma 6, peraltro, dispone che più farmacie possano usare congiuntamente i locali esterni per l'erogazione dei servizi.

Il comma 5, infine, stabilisce tra l'altro che «al fine di consentire ai cittadini un'immediata identificazione dei servizi sanitari offerti nei locali di cui al comma 3, i soggetti titolari di farmacia appongono presso i locali stessi, oltre alla croce verde identificativa della farmacia, un'insegna riportante la denominazione “Farmacia dei servizi”». Questa insegna identificativa è molto importante per il riconoscimento immediato da parte degli utenti della possibilità di ricevere in una farmacia determinati servizi.

In conclusione, il cammino per la progressiva affermazione della *farmacia dei servizi*, iniziato senza risorse nel 2009, a oggi vede il suo punto d'arrivo nella l. 30 dicembre 2025, n. 199 (legge di Bilancio 2026), che all'art. 1, comma 351, dispone, tra l'altro, che «i servizi resi dalle farmacie ai sensi del decreto legislativo 3 ottobre 2009, n. 153, sono stabilmente integrati nel Servizio sanitario nazionale». Quel che colpisce è il lemma “*stabilmente*”: sembra che il legislatore, conscio del precedente dibattito tra gli operatori e della giurisprudenza maturatasi sul punto, abbia voluto superare la sperimentazione avviata nel 2017 e, quindi,

rafforzare ulteriormente il rapporto quasi organico delle farmacie aperte al pubblico (siano esse di proprietà pubblica o di proprietà privata) con il SSN⁴⁴.

⁴⁴ Alla farmacia dei servizi sono dedicati i commi da 351 a 356 dell'art. 1 della l. n. 199 del 2025. Essi dispongono quanto segue:

- «*In attuazione di quanto previsto dall'articolo 1, comma 406-bis, della legge 27 dicembre 2017, n. 205, e tenuto conto dell'esito della relativa sperimentazione da comunicare da parte del Ministero della salute, i servizi resi dalle farmacie ai sensi del decreto legislativo 3 ottobre 2009, n. 153, sono stabilmente integrati nel Servizio sanitario nazionale. Le farmacie pubbliche e private operanti in convenzione con il Servizio sanitario nazionale sono riconosciute come strutture eroganti prestazioni sanitarie e socio-sanitarie ai sensi del decreto del Presidente del Consiglio dei ministri 12 gennaio 2017, pubblicato nel supplemento ordinario alla Gazzetta Ufficiale n. 65 del 18 marzo 2017, anche in sinergia con gli altri professionisti sanitari. Per le ulteriori prestazioni assistenziali eventualmente da erogare da parte delle farmacie convenzionate con il Servizio sanitario nazionale rispetto a quanto disciplinato dall'articolo 18 dell'accordo collettivo nazionale per la disciplina dei rapporti con le farmacie pubbliche e private ai sensi dell'articolo 8, comma 2, del decreto legislativo 30 dicembre 1992, n. 502, di cui all'intesa in sede di Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano sancita il 6 marzo 2025, il Ministero della salute adotta apposite linee guida al fine di definire i requisiti per lo svolgimento delle predette prestazioni, in particolare con riferimento ai requisiti delle farmacie che operano in contesti decentrati, di disagio e di ruralità*» (comma 351);

- Il comma successivo finanzia con una dotazione annuale a partire dal 2026 l'erogazione dei servizi erogabili in farmacia e oramai stabili: «Per le finalità di cui al comma 351, nell'ambito del fabbisogno sanitario nazionale standard è vincolata una quota pari a 50 milioni di euro annui a decorrere dall'anno 2026, al cui riparto si provvede in sede di riparto del complessivo fabbisogno sanitario nazionale standard dell'anno di riferimento» (comma 352);

- «La remunerazione dei servizi di cui al comma 351 è definita nell'ambito degli accordi integrativi regionali, dalle regioni e dalle province autonome di Trento e di Bolzano, all'esito delle negoziazioni con le organizzazioni di categoria maggiormente rappresentative delle farmacie, sulla base di quanto stabilito dal citato accordo collettivo nazionale per la disciplina dei rapporti con le farmacie pubbliche e private ai sensi dell'articolo 8, comma 2, del decreto legislativo 30 dicembre 1992, n. 502, nei limiti dell'importo di cui al comma 352 del presente articolo» (comma 353);

- «Le regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano rendicontano al Ministero della salute, entro il 30 giugno di ogni anno, l'utilizzo delle risorse e i volumi di attività erogati nel corso dell'anno precedente, anche ai fini della verifica degli impatti organizzativi ed economici dei servizi resi dalle farmacie» (comma 354);

- il comma 355 apporta modifiche all'art. 8 del d.lgs. n. 502 del 1992, che, come abbiamo visto, disciplina il rapporto convenzionale tra farmacie e SSN;

- infine, il comma 356 delega il MEF all'adozione di un decreto per disciplinare, con specifico riferimento ai servizi qui in discussione, «le modifiche alle procedure delle prescrizioni mediche dematerializzate nell'ambito del Sistema tessera sanitaria, nonché delle relative erogazioni, fatte salve le modalità già operative per l'assistenza farmaceutica,

Abstract

Il lavoro descrive la trasformazione della *farmacia* da struttura vocata esclusivamente alla dispensazione dei farmaci a presidio di prossimità del Servizio Sanitario Nazionale che eroga all'utenza una serie di servizi.

Si affronterà, prima, il *diritto delle farmacie*, anche alla luce della giurisprudenza costituzionale e amministrativa. Si passerà, poi, a descrivere l'evoluzione della *farmacia dei servizi*, da sperimentazione a realtà solida nel panorama sanitario.

Health and resources: the case of the *service pharmacy*

This paper describes the transformation of the pharmacy from a facility solely dedicated to dispensing medications to a local hub of the National Health Service that provides users with a range of services.

The paper will first describe *pharmacy law*, including in light of constitutional and administrative case law. It will then describe the evolution of the service-oriented pharmacy, from a pilot program to a well-established part of the healthcare landscape.

anche ai fini del rimborso delle stesse da parte del Servizio sanitario nazionale».

Alcune prospettive sulla libertà di attività economica privata e il caso delle concessioni balneari

di Bruno Brancati

SOMMARIO: 1. Brevi considerazioni sui contenuti economici della Costituzione italiana. – 2. La libertà di attività economica privata *ex art. 41 Cost.* – 3. La penetrazione del principio di concorrenza dall'ordinamento sovranazionale nell'ordinamento italiano. – 4. Le concessioni balneari. – 5. La concorrenza e le risorse scarse.

1. *Brevi considerazioni sui contenuti economici della Costituzione italiana*

Il presente contributo mira a delineare, seppur molto sinteticamente e sulla base di una selezione dei profili da trattare, la fisionomia della libertà di attività economica privata all'interno del nostro ordinamento costituzionale, alla luce delle trasformazioni a cui essa è andata incontro nel corso del tempo, per focalizzarsi, nell'ultima parte, su un caso particolare. Dopo aver proposto un breve inquadramento dei contenuti economici nell'assetto costituzionale italiano, ci si concentrerà dapprima sulla libertà di attività economica privata secondo l'art. 41 Cost., per poi presentare il tema della concorrenza nell'ordinamento eurounitario, con il suo impatto sull'ordinamento interno. Successivamente, si affronterà il caso delle concessioni demaniali marittime, lacuali e fluviali per finalità turistico-ricreative e sportive (d'ora in poi "concessioni balneari"). Esse si pongono al centro di una vicenda particolare che desta attenzione da tempo, in Italia, da un punto di vista giuridico e politico, e che permette di apprezzare l'importanza di alcuni profili afferenti al tema generale in esame, specialmente sul piano dei rapporti tra ordinamento nazionale e ordinamento eurounitario. Infine, si proporrà qualche spunto finale su un aspetto particolare della questione, attinente alla scarsità delle risorse in gioco.

Collocare adeguatamente la libertà di attività economica privata all'interno della Costituzione implica preliminarmente lo svolgimento di alcune considerazioni sulle discipline che la Costituzione contiene in campo (in senso lato) economico. Tale operazione si rende necessaria, in quanto le parti della Costituzione dedicate alla materia economica,

nel corso del tempo, hanno conosciuto un ventaglio molto ampio di interpretazioni possibili. Le ragioni di ciò potrebbero essere varie: tra queste si può ricordare l'adozione di clausole flessibili in virtù del carattere non immediatamente determinato del loro significato, e l'impatto particolarmente forte dell'integrazione sovranazionale in questo ambito. Ciò, se da un lato contribuisce al fascino della materia, comporta anche uno sforzo di chiarificazione e di comprensione, al fine di individuare almeno alcuni elementi essenziali, basati su fondamenta ragionevolmente solide, che permettano di superare lo stato di paralisi che potrebbe essere determinato dalla constatazione che, in tale campo, si sono confrontate tesi e visioni assai disparate, talvolta quasi agli antipodi.

Così, ad esempio, non si può non ricordare la tesi di Lavagna, per cui la Costituzione avrebbe consentito in futuro l'affermazione di un modello economico socialista, e, dunque, il superamento di quelle previsioni che esplicitamente fanno riferimento ad un'economia capitalistica¹. Tale tesi non sembra poter trovare accoglimento. Non pare dubitabile che la Costituzione italiana aderisca al sistema capitalistico, del quale contempla e tutela i pilastri²: libertà dell'attività economica privata e proprietà privata. Al contempo, è evidente che la Costituzione italiana è piena di contenuti sociali, che possono comportare una limitazione di libertà e diritti economici privati. Quindi, è abbastanza ovvio constatare che la Costituzione delinei una "economia mista", posto che a questa espressione si può assegnare un significato dalla portata generalissima, e cioè quello di assetto economico in cui sono compresenti una sfera privata e una sfera pubblica. Il significato è, come si diceva, talmente generale che si può associare ad una serie forse innumerevole di ipotesi, anche molto lontane tra loro, visto che a fare la differenza sono la prevalenza dell'una ovvero dell'altra sfera e le

¹* Ricercatore di Diritto costituzionale e pubblico – Università di Pisa
Vedi C. LAVAGNA, *Costituzione e socialismo*, Bologna, 1977.

² Vedi M. LUCIANI, *Unità nazionale e struttura economica. La prospettiva della Costituzione repubblicana*, Relazione al Convegno annuale AIC su *Costituzionalismo e Costituzione nella vicenda unitaria italiana*, Torino, 28 ottobre 2011, in www.associazionedeicostituzionalisti.it, 46, in particolare con riferimento all'art. 41 Cost., che «dà per scontata l'esistenza di un modo di produzione di tipo capitalistico», la cui garanzia è «parte costitutiva del patto repubblicano». Vedi anche O. CHESSA, *La costituzione della moneta. Concorrenza indipendenza della banca centrale pareggio di bilancio*, Napoli, 2016, 121, che evidenzia come la Costituzione repubblicana garantisca il mercato e il sistema capitalistico, sottolineando come le due nozioni non vadano confuse.

modalità con cui queste interagiscono tra loro. In termini molto sintetici, si possono individuare due grandi indirizzi interpretativi, ovvero quello che pone l'accento sulla discontinuità rispetto al modello liberista, e, quindi, contempla un significativo intervento pubblico essenzialmente finalizzato all'inveramento dell'eguaglianza sostanziale, e quello che pone l'accento sulla separazione dal modello socialista, ed è intento a contenere entro una misura minima l'intervento pubblico nell'economia, per proteggere la libertà economica privata, affermando la primazia del mercato³.

A tal proposito, non sembra che si possa sostenere che la Costituzione italiana aderisca in maniera acritica e ingenua al sistema capitalistico. Del resto, le culture politiche prevalenti in Assemblea costituente, per il loro "DNA", non potevano che elaborare un disegno in cui l'assetto capitalistico avrebbe dovuto incontrare limiti o addirittura correzioni, per poter essere inserito in un orizzonte più ampio, che avrebbe visto campeggiare come fari la dignità, la libertà e il pieno sviluppo della persona, e la partecipazione effettiva dei lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese. Com'è stato messo in evidenza, tale disegno presupponeva alcune prese di posizione relativamente al rapporto tra il bene pubblico e il bene privato: un rapporto che non poteva essere inteso in termini di automatismo e di ineluttabile coincidenza né dalla cultura cristiano-cattolica né da quella del movimento operaio, la cui presenza in Assemblea costituente era certamente più consistente della cultura liberale⁴. Tale orientamento poneva, evidentemente, una serie di problemi legati all'individuazione dell'interesse comune (non sovrapponibile a quello privato, come si diceva), problemi che furono affrontati sulla scorta di una premessa: la saldatura tra politica ed economia, operata attraverso la fondazione della Repubblica sul lavoro⁵, ed emergente pure all'art. 41 Cost., in particolare al secondo

³ Ivi, 12-13. L'Autore si dichiara espressamente come aderente al primo indirizzo interpretativo (ivi, 13). Afferiscono al secondo indirizzo G. BOGNETTI, *La costituzione economica tra ordinamento nazionale e ordinamento comunitario*, in *La costituzione economica*, Atti del convegno di Ferrara dell'11-12 ottobre 1991, Padova, 1997, 75-76, 84 ss; G. GUARINO, *Pubblico e privato nell'economia. La sovranità tra costituzione ed istituzioni comunitarie*, in *La costituzione economica*, Atti del convegno di Ferrara dell'11-12 ottobre 1991, Padova, 1997, 40-41.

⁴ M. LUCIANI, *Unità nazionale e struttura economica*, cit., 30. Secondo l'Autore, peraltro, neanche dal punto di vista dei classici del liberalismo si potrebbe ravvisare una derivazione automatica nel rapporto tra bene pubblico e bene privato.

⁵ Ivi, 41-45.

comma⁶. Non si tratta di una saldatura qualsiasi, ma di una saldatura che dovrebbe vedere la politica come il “cerchio più ampio”, capace di regolare e riequilibrare la dimensione economica, ove questa produca effetti dannosi per l’interesse comune. A ciò si può aggiungere che la saldatura tra politica ed economia pare trovare corrispondenza, almeno in parte, in una saldatura tra le diverse parti della Costituzione: in particolare, le parti della Costituzione dedicate all’economia non possono essere isolate dalle altre, e specialmente dai principi fondamentali, ma devono essere lette come componenti di un tessuto costituzionale unitario. Alla luce di tale considerazione, la stessa formula “Costituzione economica” ha ricevuto critiche significative⁷.

⁶ Ivi, 48.

⁷ L’espressione “Costituzione economica” è una formula ormai alquanto risalente, che ha riscosso un certo successo, sulla quale si registrano anche divergenze dottrinali. Ad esempio, Sabino Cassese adotta l’espressione “Costituzione economica”, individuando tre principali accezioni: 1) la prima accezione indica l’insieme delle previsioni costituzionali, ma anche di importanti leggi ordinarie di rilevanza costituzionale che si occupano di economia; 2) la seconda accezione (risalente a Dicey) è comprensiva anche della valutazione dell’opinione pubblica rispetto al corso della storia economica, quindi del mutamento dello “spirito pubblico” in relazione a tale materia; 3) la terza accezione è comprensiva anche dell’applicazione amministrativa, quindi della prassi applicativa (S. CASSESE, *Introduzione*, in *La nuova costituzione economica*, a cura di S. CASSESE, Roma-Bari, 2007, 3-4). Un critico dell’espressione è Massimo Luciani, il quale ne contesta la capacità esplicativa, e contesta le ipotesi che sarebbero alla base della categoria: ovvero l’ipotesi per cui all’interno della Costituzione si possa, per così dire, isolare una parte autonoma, dedicata all’economia, la cosiddetta “costituzione economica”; e quella per cui questa parte sia anche la più importante (M. LUCIANI, *Brevi cenni sulla cosiddetta “costituzione economica” europea e sul suo rapporto con la Costituzione italiana*, in *Le riforme istituzionali e la partecipazione dell’Italia all’Unione europea*, a cura di S. PANUNZIO, E. SCISO, Milano, 2002, 47-48). In effetti, al di là dell’aspetto terminologico, è importante osservare come le parti del testo costituzionale che più direttamente si occupano della dimensione economica siano in relazione stretta con tutte le altre parti della Costituzione, a cominciare dai principi supremi: non è possibile isolare le previsioni costituzionali direttamente riguardanti l’economia come se fossero sottratte ad una interazione con tutte le altre parti del testo costituzionale, interazione che implica un’incessante rigenerazione semantica delle une alla luce delle altre e viceversa, l’effettuazione di bilanciamenti, e ovviamente una ricostruzione dei significati alla luce di principi che le abbracciano. Aderisce alle tesi di Luciani O. CHESSA, *La costituzione della moneta. Concorrenza indipendenza della banca centrale pareggio di bilancio*, Napoli, 2016, 11-12: pur utilizzando l’espressione “costituzione economica”, l’autore con essa intende soltanto «il modo in cui una costituzione tratta il tema dell’economia», non esistendo «una costituzione *economica*, distinta e autonoma

Sembra di potersi affermare, allora, che l'economia mista prefigurata dalla Costituzione italiana abbia una peculiare connotazione, essendo particolarmente accentuati i contenuti sociali della Costituzione stessa, corrispondenti a una larga parte dei suoi principi supremi e alle grandi finalità della Repubblica. I contenuti economici, pertanto, devono essere “ordinati” nel disegno costituzionale, e quest’ordine si può declinare anche in termini di mezzi rispetto a dei fini (specialmente quelli sociali), tanto che in dottrina si è parlato dell’esistenza di un “bilanciamento ineguale” tra mezzi economici e fini sociali⁸.

2. *La libertà di attività economica privata ex art. 41 Cost.*

Occorre adesso concentrarsi un po’ più da vicino sulla libertà contemplata dall’art. 41 della Costituzione. Per prima cosa, è opportuna una precisazione terminologica, a riguardo della formula “libertà di attività economica”, qui adottata. Il 3° comma dell’art. 41 Cost., infatti, impiega l’espressione “attività economica” (peraltro, riferendosi esplicitamente sia a quella “pubblica” che a quella “privata”), mentre il 1° comma contempla l’“iniziativa economica privata”, sul cui svolgimento si concentra il 2° comma. Com’è stato sostenuto in dottrina, “iniziativa” e “svolgimento” sono concetti distinti, consistendo l’iniziativa nell’investimento del capitale, e denominandosi “svolgimento” ciò che consegue all’iniziativa. Dunque, la nozione più generale è quella di “attività economica”, che include il momento dell’iniziativa e quello dello svolgimento⁹. Il presente contributo non intende focalizzarsi solo sull’iniziativa o solo sullo svolgimento, ma

rispetto alla costituzione *politica*», giacché «La Costituzione repubblicana è una sola». In questo senso, si esprime anche F. MARONE, *Introduzione* al Forum “*Emergenza Covid e questioni economiche*”, in www.gruppodipisa.it, n. 2/2020. Tra gli autori che, usando la categoria di “costituzione economica”, sembrerebbero aver assegnato una preminenza a questa sul resto della Costituzione è Bognetti. Quest’ultimo ha sostenuto, infatti, che se il popolo non accoglie in misura ampiamente condivisa «un concetto sufficientemente preciso di “costituzione economica”, è un popolo privo quasi di una vera “Costituzione”, sotto tutti gli aspetti», o comunque le altre parti della Costituzione si trovano in una condizione di particolare precarietà (G. BOGNETTI, *La Costituzione economica italiana*, Milano, 1995, X).

⁸ M. LUCIANI, *Sui diritti sociali*, in *La tutela dei diritti fondamentali davanti alle Corti costituzionali*, a cura di R. ROMBOLI, Torino, 1994, 100.

⁹ M. LUCIANI, *La produzione economica privata nel sistema costituzionale*, Padova, 1983, 14-15.

mira ad una considerazione complessiva della libertà di cui si tratta: da ciò la scelta di impiegare la formula “libertà di attività economica”.

Non potendosi qui sviscerare tutte le questioni ascrivibili ad un’analisi organica e sistematica dell’art. 41 Cost., ci si concentrerà qui su un punto nevralgico della disciplina costituzionale, consistente nei limiti allo svolgimento dell’attività economica privata, ai sensi dell’art. 41, 2° comma, Cost.¹⁰, con particolare riferimento al limite dell’“utilità sociale”. Il concetto di “utilità sociale”, infatti, particolarmente problematico, è anche molto significativo perché si pone al cuore del problema della collocazione costituzionale della libertà di attività economica. Com’è noto, un assai autorevole critico della formula fu, in Assemblea costituente, Luigi Einaudi, per il quale si trattava di una norma senza significato, di una formula inconoscibile e, pertanto, arbitraria¹¹. L’obiezione di Einaudi metteva – per così dire – il dito nella piaga, nel senso che evidenziava un grande problema che la formula pone, riguardante la possibilità (o meno) di riempirla di significato su un piano giuridico, in modo non arbitrario. A seconda del punto di vista assunto, infatti, e degli interessi considerati meritevoli di tutela, potrebbero essere “socialmente utili” una cosa ed anche il suo opposto. Servono, dunque, dei criteri fondati su un piano giuridico-costituzionale per poter attribuire legittimamente, di volta in volta, dei significati all’espressione, cui corrisponde una norma elastica (o principio-valvola)¹². In tempi risaltanti, la Corte costituzionale ha preso posizione sulla questione di fondo, dimostrando di non accogliere l’obiezione mossa da Einaudi. La Corte, infatti, ha affermato che, almeno in termini molto generali, il significato e “il senso” dell’utilità sociale possano essere ricavati dalla Costituzione ad opera dell’interprete. Al contempo, essa ha pure

¹⁰ Quest’ultimo, infatti, vieta uno svolgimento «in contrasto con l’utilità sociale» o tale «da recare danno alla salute, all’ambiente, alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana». I riferimenti espliciti alla salute e all’ambiente sono stati inseriti con legge cost. 11 febbraio 2022, n. 1. Sull’intervento operato dalla riforma sull’art. 41 Cost., oltre che sull’art. 9 Cost., già oggetto di diversi studi, si segnala il recente Forum *Un primo bilancio sulla riforma costituzionale degli artt. 9 e 41 Cost.*, in www.gruppodipisa.it, n. 1/2025, 200 ss.

¹¹ Cfr. la seduta pomeridiana del 9 maggio 1947 dell’Assemblea costituente, in Atti ass. cost., 3778, nonché la seduta antimeridiana del 13 maggio 1947 dell’Assemblea costituente, in Atti ass. cost., 3937-3938, disponibili anche nel portale storico della Camera dei Deputati, rispettivamente alla pagina https://documenti.camera.it/_dati/Costituente/Lavori/Assemblea/sed118/sed118.pdf e alla pagina https://documenti.camera.it/_dati/Costituente/Lavori/Assemblea/sed123/sed123.pdf.

¹² M. LUCIANI, *La produzione economica privata nel sistema costituzionale*, cit., 79.

stabilito che la specificazione del significato (di volta in volta, in relazione ai diversi ambiti materiali) dell'utilità sociale sia compito del legislatore, il cui prodotto legislativo, però, è suscettibile di controllo da parte della Corte costituzionale¹³. All'interno di una parte della giurisprudenza della Corte, si può ravvisare un nesso unificatore, consistente nel considerare di utilità sociale quei beni o interessi che sono pure oggetto di garanzia costituzionale. Così, è stato evidenziato che la Corte ha considerato di utilità sociale «la protezione della salute; la tutela dei consumatori; quella del contraente più debole; il perseguimento dell'obiettivo della piena (ovvero della maggiore possibile) occupazione, etc.»¹⁴. In altri casi, però, nella giurisprudenza non è ravvisabile il collegamento tra “utilità sociale” e altri beni o interessi contemplati e tutelati dalla Costituzione: per esempio, la Corte ha anche ritenuto di utilità sociale l'interesse alla massimizzazione della produzione, che, com'è stato osservato, potrebbe essere conforme al perseguimento di una politica di potenza, non riconducibile in quanto tale alla trama costituzionale¹⁵. Per quanto riguarda il controllo della Corte sulle scelte del legislatore, particolarmente importante, per il carattere organico e strutturato del controllo, fu la sentenza 7 marzo 1964, n. 14, sulla legge di nazionalizzazione delle imprese elettriche (legge 6 dicembre 1962, n. 1643). In particolare, in quella decisione la Corte doveva effettuare un sindacato sui “fini di utilità generale” di cui all'art. 43 Cost., la cui sussistenza legittima la riserva originaria o il trasferimento di imprese o categorie di imprese che si riferiscano a servizi pubblici essenziali, o a fonti di energia o situazioni di monopolio e abbiano carattere di preminente interesse generale. La riserva originaria e il trasferimento sono misure che incidono notevolmente sulla libertà di attività economica, restringendola: la riserva originaria preclude *ab origine* l'esercizio della libera iniziativa economica in determinati casi e ambiti, il trasferimento impedisce la prosecuzione di un'attività economica che era già stata avviata, determinando pure un sacrificio del diritto di proprietà, mediante l'espropriazione. Sebbene la collocazione all'interno dell'articolato della Costituzione sia diversa, e la stessa formula testuale in questione sia diversa, è stato autorevolmente affermato che quanto la Corte stabilisca in relazione all'“utilità generale” *ex* art. 43 Cost. si possa applicare anche all'“utilità sociale” *ex* art. 41 Cost.,

¹³ Ivi, 230-231.

¹⁴ Ivi, 138.

¹⁵ Ivi, 139.

sulla base di una sostanziale equivalenza tra le due formule assunta dalla Corte¹⁶. Richiamando un paio di decisioni di qualche anno prima¹⁷, la Corte assunse come pacifica la possibilità di effettuare un «sindacato di legittimità sull'esistenza dei fini di utilità generale». In termini generali, la Corte affermò, sulla scorta di un modello di sindacato di ragionevolezza¹⁸, che l'incostituzionalità consistente nella non rispondenza a fini di utilità generale può derivare da una mancanza di valutazione legislativa dei fini e dei mezzi per raggiungerli, o da una valutazione viziata, perché inficiata da «criteri illogici, arbitrari o contraddittori» o perché «in palese contrasto con i presupposti di fatto»; ancora, la legge sarebbe incostituzionale per l'impiego di «mezzi assolutamente inidonei o contrastanti con lo scopo che essa doveva conseguire» oppure se mira a finalità che non siano di utilità generale. La Corte ritenne conforme all'utilità generale lo scopo enunciato all'art. 1 della legge scrutinata, consistente nell'assicurare una disponibilità di energia elettrica adeguata all'equilibrato sviluppo economico del Paese, e non ravvisò nella valutazione del legislatore contraddittorietà e incongruenze palesi. Pur avendo effettuato uno scrutinio articolato e strutturato, la Corte manifestò di avere consapevolezza dell'importanza di fissare un limite al proprio sindacato, per non entrare in una sfera di valutazione squisitamente politica spettante al legislatore¹⁹. Un aspetto molto interessante della decisione, poi, che merita di essere evidenziato, consiste nelle affermazioni della Corte circa il rapporto tra collettività (con i suoi interessi, corrispondenti all'utilità generale o sociale) e individui. Per la Corte, la collettività deve essere «considerata non come somma di individui e di gruppi, ma come complesso unitario». Dunque, esiste la possibilità di configurare l'insieme (ovvero la collettività) come un'entità con una

¹⁶ Ivi, 218.

¹⁷ Corte costituzionale, sent. 15 marzo 1960, n. 11 e sent. 6 luglio 1960, n. 59.

¹⁸ M. LUCIANI, *La produzione economica privata nel sistema costituzionale*, cit., 219.

¹⁹ Così si esprime la Corte: «La verità è che il legislatore ha fatto una scelta di fini e di mezzi, rispetto a cui il controllo di legittimità deve arrestarsi entro i limiti al di là dei quali il controllo stesso costituirebbe una inammissibile ingerenza nella sfera di discrezionalità politica spettante all'organo legislativo». E ancora molto interessante risulta, per quanto riguarda la politicità della valutazione dell'utilità generale, il seguente passaggio: «Le leggi, al pari di ogni altra attività del Parlamento, non mancano di movente politico; ed è naturale che una legge, come quella in esame, fosse permeata in modo ancora più vigoroso di impulsi politici. Ma ciò non significa che tali impulsi abbiano soverchiato e travolto quei fini di utilità generale che il Parlamento, assumendone la responsabilità di fronte alla Nazione, si è proposto di raggiungere con l'approvazione della legge».

consistenza autonoma e distinta da quella degli individui. Affermando che l'insieme non è la somma di individui o gruppi, si sta dicendo che esso non è riducibile agli individui o gruppi che lo compongono, ma che è possibile individuarlo e identificarlo nei suoi elementi essenziali come un'entità che si caratterizza per qualcosa di diverso e ulteriore rispetto alla mera somma degli individui che lo compongono. Esso sussiste in quanto insieme, non essendo sufficiente una pluralità di individui a dare vita alla "collettività" di cui si sta trattando. In contrapposizione frontale rispetto alla posizione assunta dalla Corte in questa decisione sembrerebbe porsi la celebre affermazione di Margaret Thatcher secondo la quale la società non esisterebbe, perché esisterebbero soltanto gli individui²⁰. Dall'impostazione della Corte, discendono conseguenze importanti. Se la collettività ha una sua autonoma sussistenza rispetto agli individui in quanto «complesso unitario», è allora possibile che l'utilità generale, che secondo la Corte «deve corrispondere al bene della collettività», comporti in qualche caso il sacrificio di interessi particolari di alcuni. Se la collettività ha un'autonoma consistenza rispetto agli individui, anche l'utilità generale della collettività ha una sua autonomia e potrebbe non coincidere, in ogni singolo caso particolare, con l'interesse di ciascun individuo singolarmente inteso²¹.

Come la Corte ricordava, il soggetto in primo luogo deputato all'«identificazione degli interessi da soddisfare e dei mezzi da adoperare e dei sacrifici da imporre» è il legislatore²². Rimane comunque il problema del metodo che dovrebbe essere seguito per identificare l'utilità sociale/generale. A questo problema offre una risposta particolarmente interessante Luciani, instaurando un nesso tra l'utilità sociale e il principio di eguaglianza sostanziale di cui all'art. 3, 2° comma, Cost. Posto che l'utilità sociale è l'utilità dell'intera società, il riferimento non può essere alla società

²⁰ L'affermazione «*there is no such thing as society*» fu pronunciata da Margaret Thatcher in un'intervista del 23 settembre 1987 a «*Woman's Own*». L'intervista «*no such thing [as society]*» è disponibile sul sito www.margaretthatcher.org. Recentemente, una critica radicale all'ideologia della Thatcher è stata mossa da G. SERUGHETTI, *La società esiste*, Roma-Bari, 2023 e Id., *La società esiste*, in Menabò, www.eticaeconomia.it, n. 212/2024.

²¹ Affermava sempre la Corte: «il fatto che la legge abbia imposto il sacrificio di particolari interessi non comporta che l'utilità generale sia venuta a mancare».

²² Per essere più precisi, la sent. n. 14/1964 affermava esplicitamente che il soggetto in questione sia il Parlamento. L'affermazione, però, forse non dovrebbe essere intesa in senso escludente, nel senso che anche il Governo-Legislatore potrebbe ritenersi abilitato all'identificazione degli scopi di utilità generale e dei mezzi per raggiungerli.

attualmente esistente, contrassegnata da disuguaglianze disapprovate dalla Costituzione, e neanche ad una società del futuro, per la quale la Costituzione non impone alcun modello preciso, ma piuttosto alla società che dovrebbe progressivamente emergere, quale frutto della traduzione in atto del metodo di trasformazione delineato dal principio di eguaglianza sostanziale, di cui all'art. 3, 2° comma, Cost.²³. Il discernimento volto all'individuazione dell'utilità sociale, dunque, dovrebbe essere compiuto continuamente, e sempre dovrebbe essere "illuminato" dal faro offerto dall'art. 3, 2° comma, Cost., in modo che in ogni contingenza storica, in ogni fase del cammino di trasformazione del Paese, ci si domandi quali interventi trasformativi possano essere appropriati al momento particolare, e quali ostacoli debbano essere rimossi, per realizzare sempre di più «il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese».

Non potendo in questa sede affrontare sistematicamente e in modo analitico tutti gli aspetti dell'art. 41 Cost., si daranno brevissimi cenni sull'impatto della riforma apportata con la richiamata l. cost. n. 1/2022 su di esso. Com'è noto, questa riforma, oltre ad aver inserito all'art. 9 Cost. un terzo comma, in cui si prescrive la tutela dell'ambiente, della biodiversità, degli ecosistemi, «anche nell'interesse delle future generazioni», e degli animali, inserisce all'art. 41, 2° comma Cost. la salute e l'ambiente come ulteriori beni o interessi cui l'attività economica non può recar danno, e, all'art. 41, 3° comma, Cost., introduce i fini ambientali accanto a quelli sociali, quali fini per i quali l'attività economica pubblica e privata può essere indirizzata e coordinata tramite programmi e controlli. La riforma solleva interrogativi notevoli, a volte imponenti, e si presta a letture di vario segno. In particolare, si può registrare una divergenza significativa tra la tesi secondo la quale la riforma avrebbe una portata semplicemente ricognitiva, esplicitando nel testo della Costituzione alcune acquisizioni cui l'ordinamento, e specialmente la giurisprudenza, erano approdati²⁴, e le tesi secondo cui la riforma avrebbe innovato (in termini più o meno radicali)

²³ M. LUCIANI, *Unità nazionale e struttura economica*, cit., 49.

²⁴ Cuocolo, osservando che la giurisprudenza costituzionale aveva già incluso la protezione dell'ambiente nell'alveo dell'art. 41 Cost, sostiene che dell'impatto della riforma sull'art. 41 occorre dare una lettura prevalentemente simbolica, evitando eccessi di formalismo (L. CUOCOLO, *Dallo Stato liberale allo "Stato ambientale". La protezione dell'ambiente nel diritto costituzionale comparato*, in www.dpceonline.it, n. 2/2022, 1082).

l'ordinamento²⁵. Si potrebbero annoverare tra coloro che attribuiscono alla riforma un impatto profondo e radicale sul nostro ordinamento alcuni autori fanno derivare da questa un cambiamento della stessa forma di stato²⁶, dando la luce allo "Stato ambientale". Altri, pur non considerando la riforma come meramente ricognitiva, ma comunque capace di inserire elementi innovativi, non giungono a riconoscere una trasformazione così profonda, quale potrebbe essere un cambiamento della forma di stato²⁷. A tal riguardo, è stato rilevato che, tenendo presente la sent. 29 dicembre 1988, n. 1146, le letture della riforma che le attribuissero una modifica dei contenuti essenziali dei principi supremi dovrebbero essere accantonate, a meno di non giungere alla conclusione della incostituzionalità della riforma stessa per violazione dei principi supremi²⁸. Secondo un diverso punto di vista, la riforma avrebbe inciso sui principi supremi, ma non per questo sarebbe incostituzionale, dal momento che l'incisione avrebbe determinato un accrescimento del contenuto del nucleo dei principi in questione²⁹. Il dibattito coinvolge, come si diceva, interrogativi imponenti, attinenti a tematiche che trascendono il raggio d'azione di questo contributo, quali i limiti della revisione costituzionale.

In merito alla riforma costituzionale, un'ultima rapidissima notazione si vorrebbe aggiungere, riguardante ciò che essa *non* ha inserito nel testo costituzionale. Ci si riferisce, cioè, alla c.d. economia circolare, che il legislatore costituzionale ha ritenuto di non richiamare espressamente all'interno del testo della Costituzione. Tuttavia, i riferimenti all'economia circolare, anche se ancora in misura limitata, sono apparsi nella giurisprudenza della Corte costituzionale, che, nella sent. 1 aprile 2022, n. 85, ha considerato la stessa come strumento utile a una maggiore

²⁵ Riflette su queste possibili letture della riforma N. PIGNATELLI, *Introduzione al Forum Un primo bilancio sulla riforma costituzionale degli artt. 9 e 41 Cost.*, in *www.gruppodipisa.it*, n. 1/2025, 200.

²⁶ Ad esempio, R. BIFULCO, *Primesime riflessioni intorno alla l. cost. 1/2022 in materia di tutela dell'ambiente*, in *www.federalismi.it*, 6 aprile 2022, 4; M. E. BUCALO, in *Forum Un primo bilancio sulla riforma costituzionale degli artt. 9 e 41 Cost.*, in *www.gruppodipisa.it*, n. 1/2025, 204.

²⁷ Per esempio, in questo senso, v. M. CECCHETTI, in *Forum Un primo bilancio sulla riforma costituzionale degli artt. 9 e 41 Cost.*, in *www.gruppodipisa.it*, n. 1/2025, 206, che pure ritiene che si possa ricorrere alla categoria dello "Stato ambientale".

²⁸ *Ivi*, 205.

²⁹ In questo senso, v. M. D'AMICO, in *Forum Un primo bilancio sulla riforma costituzionale degli artt. 9 e 41 Cost.*, in *www.gruppodipisa.it*, n. 1/2025, 208-209.

tutela ambientale³⁰. Tra le varie questioni che l'ingresso del paradigma dell'economia circolare nel nostro ordinamento potrebbe far sorgere, è stata segnalata quella dell'interazione col principio lavoristico e con l'art. 41, 3° comma, Cost. Infatti, non è ancora ben chiaro se il paradigma economico circolare avrà un impatto complessivamente positivo o negativo sui livelli occupazionali. Adottare programmi e controlli che indirizzino l'attività economica nella direzione dell'economia circolare potrebbe soddisfare congiuntamente i fini sociali e ambientali nella misura in cui l'economia circolare tutelasse o incrementasse i livelli occupazionali, mentre, in caso contrario, determinerebbe il perseguimento dei fini ambientali a scapito di quelli sociali³¹.

3. *La penetrazione del principio di concorrenza dall'ordinamento sovranazionale nell'ordinamento italiano*

Il tema di cui si tratta ha risentito enormemente dell'influenza dell'ordinamento comunitario (e adesso eurounitario), il quale, però, assume un'impostazione non sovrapponibile a quella originaria della Costituzione italiana. Com'è noto, l'ordinamento comunitario nasceva con lo scopo di realizzare un mercato comune ai vari Stati membri, e a tal fine istituì le libertà economiche fondamentali di circolazione. Inoltre, il principio della concorrenza assunse un ruolo centrale: presente sin dal Trattato di Roma, firmato il 25 marzo 1957, istitutivo della Comunità economica europea, anche se con una valenza per lo più strumentale all'integrazione del mercato, rafforzatosi significativamente grazie all'operato della Commissione europea e allo stesso sviluppo dell'economia europea e internazionale, assurse, col Trattato di Maastricht, firmato il 7 febbraio

³⁰ A tal riguardo, vedi le considerazioni di E. Malfatti, *Introduzione*, in *Economia circolare, riduzione delle povertà e tutela delle nuove generazioni. Una sfida per il decisore politico*, a cura di B. Brancati, E. Malfatti, Torino, 2024, X.

³¹ Su questi problemi, vedi. C. Luzzi, *L'economia circolare al bivio tra incremento e "povertà" occupazionale: suggestioni sull'(instabile) centralità del principio lavoristico*, in *Economia circolare, riduzione delle povertà e tutela delle nuove generazioni. Una sfida per il decisore politico*, cit., 125 ss. Prendendo seriamente in considerazione tali scenari, rileva come l'ambiente rappresenti la nuova linea del conflitto sociale R. Bifulco, *Qualche considerazione conclusiva*, in *Economia circolare, riduzione delle povertà e tutela delle nuove generazioni. Una sfida per il decisore politico*, cit., 151.

1992, al rango di principio fondamentale con una valenza autonoma³². In via preliminare, è necessario ricordare il peso e il ruolo dei principi economici all'interno dell'ordinamento sovranazionale. Si può subito notare una differenza abbastanza evidente rispetto alla Costituzione italiana, nella quale, come si è detto, i principi economici sono una parte di un tessuto costituzionale, nel quale campeggiano principi fondamentali che hanno in gran parte uno spiccato contenuto sociale. L'ordinamento comunitario, invece, è caratterizzato nel suo momento originario da una centralità dei contenuti economici, essendo il suo scopo principale la creazione di un mercato comune. Si vuole precisare che questo dato non deve far giungere a conclusioni affrettate, in particolare nel senso che l'ordinamento sovranazionale sarebbe stato segnato da una presunta "frigidità sociale" dei Padri fondatori, della quale parlava Mancini³³. Ci sono, infatti, buone ragioni per ritenere che i padri fondatori dell'edificio europeo non fossero indifferenti ai contenuti sociali, ma che ritenessero piuttosto che di questi si dovessero occupare gli ordinamenti nazionali, sulla base di un'idea di una sorta di "divisione del lavoro" tra l'ordinamento nazionale e l'ordinamento sovranazionale³⁴. La creazione del mercato unico ha sospinto l'affermazione delle fondamentali libertà economiche europee di circolazione e del principio di libera concorrenza. L'unità di un mercato comune per tutti gli stati membri comporta il divieto, per gli ordinamenti nazionali, di adottare restrizioni della concorrenza, nonché discriminazioni basate sulla nazionalità che possano colpire le suddette

³² G. AMATO, *Il potere e l'antitrust. Il dilemma della democrazia liberale nella storia del mercato*, Bologna, 1998, 46-47.

³³ G.F. MANCINI, *Principi fondamentali di diritto del lavoro nell'ordinamento delle comunità europee*, in AA.VV., *Il lavoro nell'ordinamento comunitario e l'ordinamento italiano*, Atti del Convegno di Parma, 30-31 ottobre 1985, Padova, 1988, 26.

³⁴ F.W. SCHARPF, *The European Social Model: Coping with the Challenges of Diversity*, in *Journal of Common Market Studies*, n. 4/2002, 646 parla di *political decoupling of economic integration and social-protection issues*. Il termine "*decoupling*" (letteralmente: disaccoppiamento) rende bene l'idea della divisione, della disgiunzione di elementi. Ovviamente si potrebbe discutere ampiamente della opportunità o della auspicabilità di una disgiunzione dei contenuti relativi al mercato su un ordinamento distinto da quello deputato a trattare i contenuti sociali. Quello che qui si vuole sottolineare è che nelle intenzioni dei fondatori non vi fosse, verosimilmente, un ripudio o comunque una rinuncia ai contenuti sociali, ma la scelta di non includerli nei trattati, sul presupposto che la loro sede più adeguata fossero gli ordinamenti statali (cfr. S. GIUBBONI, *Diritti e solidarietà in Europa. I modelli sociali nazionali nello spazio giuridico europeo*, Bologna, 2012, 36).

libertà di circolazione. Si può dunque osservare come la creazione del mercato comune attui un certo tipo di eguaglianza in ambito economico, sulla scorta dell'assunzione che una differenziazione di trattamento (tra operatori, tra merci, etc.) basata sulla nazionalità non sarebbe giustificata³⁵.

Sebbene l'intenzione dei padri fondatori non fosse quella di ripudiare i contenuti sociali, la diversità tra i contenuti dell'ordinamento comunitario e quelli degli ordinamenti nazionali, e in particolare della Costituzione italiana, non poteva non risaltare. Nel corso del tempo, però, si sono verificate delle trasformazioni. I principi e i contenuti dell'ordinamento sovranazionale sono penetrati, sempre più profondamente, negli ordinamenti nazionali, e contenuti che storicamente erano tipici del costituzionalismo dei Paesi membri si sono infiltrati nell'ordinamento sovranazionale³⁶. Ciò, però, non ha provocato un annullamento delle differenze. Da un lato, si può dire tendenzialmente che la penetrazione dei contenuti economici dall'ordinamento sovranazionale in quelli statali è stata abbastanza profonda, anche in virtù delle prerogative dell'ordinamento sovranazionale e delle sue fonti; dall'altro, i contenuti provenienti dall'ordinamento "altro", una volta immessi nell'ordinamento di destinazione, hanno dovuto intraprendere una "convivenza" con i contenuti tipici e originari dello stesso ordinamento di destinazione, dando luogo a combinazioni, bilanciamenti ed equilibri peculiari. Per questa perdurante diversità tra ordinamento sovranazionale e ordinamenti nazionali, non cessano di verificarsi conflitti tra di loro, che sono stati denominati "conflitti da convergenza"³⁷, per via del movimento di convergenza che ha condotto a una parziale assimilazione (che però non ha eliminato le differenze) tra gli ordinamenti in questione.

A questo punto, può essere opportuno focalizzarsi su un elemento saliente della penetrazione dei contenuti economici sovranazionali nell'ordinamento italiano, relativo proprio alla concorrenza. Proprio l'immissione della concorrenza dall'ordinamento sovranazionale in quello nazionale è al centro di un dibattito relevantissimo, relativo alla eterogeneità

³⁵ Vedi L. CASSETTI, *La cultura del mercato fra interpretazioni della Costituzione e principi comunitari*, Torino, 1997, 205-207.

³⁶ Tracce di questa infiltrazione sono oggi visibili, ad esempio, al livello delle fonti apicali del diritto UE, agli artt. 2 e 3 del TUE.

³⁷ Vedi G. MARTINICO, *The "Polemical" Spirit of European Constitutional Law: On the Importance of Conflicts in EU Law*, in <https://germanlawjournal.com>, XVI, n. 6/2015, 1343-1374.

o meno dei contenuti sovranazionali rispetto a quelli della Costituzione repubblicana nel corrispondente ambito materiale. In particolare, la domanda è se la concorrenza sia coesistente ad alcuni tasselli originari della Costituzione italiana, oppure meramente compatibile con essa, ma non costituzionalmente imprescindibile e inderogabile. Mentre Amato ha sostenuto che la cultura del mercato (e della concorrenza) non sia presente originariamente nella Costituzione, ma che sia stata piuttosto accolta nell'ordinamento nazionale come frutto del diritto comunitario, il quale richiede una interpretazione aggiornata della Costituzione³⁸, Pace ha sostenuto che la concorrenza non sia altro che un'implicazione dell'eguale libertà di attività economica ex art. 41 Cost., perché quest'ultima non può che essere interpretata come libertà di tutti, e non di pochi, che, peraltro, deve operare anche nei rapporti tra privati³⁹. Occorre evidenziare, in ogni caso, come i principi relativi alla concorrenza non siano privi di una carica positiva, apprezzabile anche dal punto di vista dei principi costituzionali. Da molto tempo, infatti, è stata introdotta una riflessione (debitrice, in Europa, dell'apporto della Scuola di Friburgo) animata dall'intento di contrastare l'evoluzione della libertà economica privata in un potere privato capace di soffocare i diritti e le libertà economiche altrui. Il caso lampante in cui ciò si verifica è quello del monopolio, in cui un soggetto, astrattamente titolare di libertà economica come altri, risulta a un certo punto in grado di "far fuori" gli altri dal mercato. Il valore positivo della concorrenza, allora, si apprezza in termini di eguaglianza, e di eguaglianza sostanziale: il potere del monopolista, infatti, sembra atteggiarsi come un ostacolo di ordine economico che limita di fatto l'eguaglianza e la libertà delle persone⁴⁰. Oltre a ciò, la concorrenza ha la capacità di produrre effetti virtuosi dal punto di vista dei consumatori. La concorrenza,

³⁸ G. AMATO, *Il mercato nella Costituzione*, in *La costituzione economica*, Atti del convegno di Ferrara dell'11-12 ottobre 1991, Padova, 1997, 12, 16-19. Amato precisa anche che la Costituzione si è dimostrata, comunque, «un contenitore adatto per la stessa cultura del mercato» (ivi, 17-18).

³⁹ A. PACE, *Libertà «del» mercato e «nel» mercato*, in *La costituzione economica*, Atti del convegno di Ferrara dell'11-12 ottobre 1991, Padova, 1997, 178, 179. A supporto di tale tesi, Pace adduce anche l'elemento testuale presente all'art. 41, 2° comma, Cost., che afferma che la libertà di attività economica non può recare danno alla libertà altrui, evidenziando che nella libertà altrui rientri pure la libertà di attività economica degli altri operatori.

⁴⁰ G. RESTA, *Poteri privati e regolazione*, in M. RUOTOLO, M. CARTABIA, *Enciclopedia del diritto* – I Tematici V, *Potere e Costituzione*, 2023, in particolare 1016 ss.

dunque, può rilevare come modalità di raggiungimento dell'utilità sociale, in contrasto con la quale non può svolgersi la libertà di attività economica. Peraltro, le potenzialità virtuose della concorrenza e dell'antitrust non si fermano qui, estendendosi invece fino alla protezione, in parte, della stessa democraticità dell'ordinamento, nei confronti della quale una temibile minaccia può provenire anche dall'eccessivo potere di soggetti privati, capace di interferire con le decisioni pubbliche⁴¹.

Da ciò non può derivare, però, un atteggiamento fideistico nei confronti della concorrenza, come se fosse sempre, in ogni circostanza, il migliore strumento possibile. È necessario, quindi, che l'ordinamento non cada in un atteggiamento dogmatico a favore della concorrenza, ma piuttosto mantenga l'attitudine ad una verifica empirica, che gli permetta di constatare se effettivamente la concorrenza sia in sinergia con l'utilità sociale. In verità, sembra convincente la tesi per cui la concorrenza può costituire il viatico per l'eguale godimento delle libertà, ma non deve essere considerata uno strumento ineludibile e necessariamente implicato dall'art. 41 Cost.; infatti, se si tiene conto che l'interpretazione dell'art. 41 Cost. deve essere sempre "illuminata" dai principi supremi e dal principio di eguaglianza sostanziale, che mira al pieno sviluppo della persona, si deve riconoscere che potrebbero esservi situazioni in cui quest'ultimo richieda una rinuncia all'assetto concorrenziale⁴².

Una fonte che certamente testimonia il grande impatto ordinamentale dell'immissione del principio di concorrenza è la legge 10 ottobre 1990, n. 287, recante norme per la tutela della concorrenza e del mercato⁴³. Di questa legge ci si limita a sottolineare i riferimenti iniziali contenuti all'art. 1. Il comma 1 dello stesso stabilisce che le disposizioni della legge, le quali concernono le intese, gli abusi di posizione dominante e le concentrazioni di imprese «sono in attuazione dell'articolo 41 della Costituzione a tutela e garanzia del diritto di iniziativa economica». L'art. 1, comma 4, poi, afferma che le disposizioni contenute nel Titolo I⁴⁴ della legge devono essere interpretate «in base ai principi dell'ordinamento delle Comunità europee in materia di disciplina della concorrenza». Si ha in questo caso,

⁴¹ G. AMATO, *Il potere e l'antitrust*, cit., 8.

⁴² O. CHESSA, *La costituzione della moneta*, cit., 127-128.

⁴³ Osserva Amato, tuttavia, che la prima legge di tutela della concorrenza in Italia è la legge del 1981 sull'editoria (G. AMATO, *Il mercato nella Costituzione*, cit., 17)

⁴⁴ «Norme sulle intese, sull'abuso di posizione dominante e sulle operazioni di concentrazione».

pare, un esempio plastico di quanto si affermava prima, e cioè della forte penetrazione dei contenuti economici nell'ordinamento nazionale. Infatti, non solo si afferma che l'attuazione dell'art. 41 della Costituzione avviene attraverso la tutela della concorrenza, ma si afferma anche che la relativa disciplina deve avere come termine di riferimento interpretativo l'ordinamento sovranazionale.

Al livello delle fonti costituzionali, poi, occorre ricordare l'inserimento della parola "concorrenza" all'interno dell'art. 117 Cost., a seguito della riforma apportata con legge cost. 18 ottobre 2001, n. 3. Infatti, all'art. 117, 2° comma, lett. e), la tutela della concorrenza figura quale competenza legislativa esclusiva statale. Per le ragioni indicate *supra*, tale competenza dovrebbe essere intesa non nel senso di obbligare il legislatore ad adottare discipline a tutela della concorrenza, ma nel senso di autorizzarlo a farlo (quindi, come norma abilitante e non obbligante)⁴⁵.

4. *Le concessioni balneari*

Il tema delle concessioni balneari offre un caso di studio molto interessante per esaminare il modo in cui la libertà di attività economica "vive" nell'esperienza ordinamentale, storica e concreta, anche perché la questione, oltre ad aver assunto un significativo rilievo politico, rappresenta da circa vent'anni un notevole terreno di incontro e scontro tra il diritto nazionale e il diritto sovranazionale. Un altro aspetto che accresce sia la complessità che l'interesse del tema è costituito, poi, dal fatto che la libertà di attività economica entra in relazione, in questo caso, con un bene demaniale. Per quanto interessa in particolare in questa sede, si può affermare che il regime giuridico dei beni demaniali, caratterizzato dall'inalienabilità e dalla preclusione della possibilità che essi formino «oggetto di diritti a favore di terzi, se non nei modi e nei limiti stabiliti dalle leggi che li riguardano» (*ex* art. 823, comma 1, c.c.), è integrato, per quanto concerne i beni del demanio marittimo, dalla disciplina dell'istituto della concessione, prevista all'art. 36 del codice della navigazione (d'ora in poi: "cod. nav.")⁴⁶. Quest'ultimo, al primo comma, prevede la possibilità di concedere, «compatibilmente con le esigenze del pubblico uso»,

⁴⁵ In questo senso, vedi O. CHESSA, *La costituzione della moneta*, cit., 131.

⁴⁶ R. d. 30 marzo 1942, n. 327.

«l'occupazione e l'uso, anche esclusivo, di beni demaniali e di zone di mare territoriale per un determinato periodo di tempo». Evidentemente, l'istituto della concessione implica il ritrarsi della regola per cui i beni demaniali non possono costituire oggetto di diritti a favore di terzi (regola di cui lo stesso art. 823, comma 1, c.c. prevede la derogabilità). La concessione di un bene demaniale è un fenomeno molto delicato sul piano del rapporto tra la proprietà pubblica e i consociati, giacché, a fronte della generalità dei consociati che non possono vantare diritti sul bene, se ne individuano alcuni che possono vantare alcuni diritti. Pertanto, è fondamentale che tale differenziazione di trattamento tra consociati trovi una giustificazione costituzionalmente apprezzabile, poiché, altrimenti, si risolverebbe in una lesione del principio di eguaglianza. Ebbene, innanzi tutto, si deve rilevare come il regime normativo originario fosse caratterizzato dal principio della temporaneità della concessione, anche se non fissava un periodo di tempo preciso. Se la concessione perde il carattere di temporaneità, si produce una divaricazione insostenibile tra la dimensione della titolarità formale del bene (pubblica) e la dimensione effettiva sostanziale, che vedrebbe l'emersione di un concessionario per un tempo indeterminato. Inoltre, altro aspetto rilevante che emerge dal regime originario consiste nella sussistenza dell'interesse pubblico. Ciò emerge, in particolare, dall'art. 37 cod. nav., che, al primo comma, per il caso di più domande di concessione, stabilisce la preferenza per il richiedente «che offra maggiori garanzie di proficua utilizzazione della concessione e si proponga di avvalersi di questa per un uso che, a giudizio dell'amministrazione, risponda ad un più rilevante interesse pubblico». Con il passare dei decenni, cambia la situazione sociale ed economica dell'Italia: per quanto qui interessa in particolare, si deve tenere conto, come elemento di contesto, l'emersione del fenomeno del turismo di massa, e la connessione tra le attività economiche legate al turismo e il demanio costiero. L'utilizzazione economica dei beni del demanio marittimo non viene percepita come un'ipotesi remota. In questo contesto, assume importanza, sul piano ordinamentale, il periodo compreso tra gli anni Novanta e l'inizio del nuovo millennio, in quanto in tale periodo il legislatore ha adottato due notevoli misure di favore nei confronti di quanti avevano la titolarità di una concessione: la prima è il c.d. "diritto di insistenza", introdotto all'art. 37 cod. nav. dall'art. 02 del d.l. 5 ottobre 1993, n. 400, convertito con modificazioni dalla legge 4 dicembre 1993, n.

494; la seconda è il principio del rinnovo automatico della concessione, introdotto all'art. 42 cod. nav. dalla legge 16 marzo 2001, n. 88. La prima misura consiste nel dare preferenza alle precedenti concessioni già rilasciate rispetto alle nuove istanze, e la seconda nel rinnovo automatico ad ogni scadenza – fatta salva la possibilità di revoca – delle concessioni (la cui durata è fissata, da quella disciplina, in sei anni). Il legislatore, dunque, ha consolidato in maniera robustissima la posizione acquisita dai titolari delle concessioni, divergendo notevolmente dal principio originario della temporaneità della concessione, dal momento che il rinnovo automatico, di sei anni in sei anni, è diventato l'ipotesi ordinaria, e limitando significativamente per i nuovi aspiranti la possibilità di divenire titolari della concessione. Dopo non molti anni, nell'ordinamento sovranazionale è stato introdotto un atto normativo che avrebbe avuto grandi ripercussioni sul nostro ordinamento interno: la direttiva 2006/123/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 12 dicembre 2006, relativa ai servizi nel mercato interno (nota comunemente come “direttiva Bolkestein”, o “direttiva servizi”). Posto che, in questo contesto, per “servizi” si intende, in linea generale, un'attività economica non salariata⁴⁷, la direttiva mira ad agevolare la libertà di stabilimento e la libertà di prestazione dei servizi, che rivestono grande importanza per il mercato europeo. Sul presupposto dell'applicabilità della direttiva all'ambito materiale delle concessioni demaniali, la Commissione europea ha avviato una prima procedura d'infrazione⁴⁸ nei confronti dell'Italia, ritenendo la disciplina nazionale incompatibile col diritto sovranazionale. La Commissione ha, poi, archiviato tale procedura, dato che l'Italia aveva dato il segnale di volersi adeguare al diritto sovranazionale, eliminando la disciplina del diritto di insistenza⁴⁹ e quella del rinnovo automatico⁵⁰. Il legislatore, però, sul presupposto che fosse necessario del tempo per introdurre un nuovo regime del rilascio delle concessioni, basato, tra l'altro, sul principio di libera concorrenza, ha ritenuto di prorogare non una, ma più volte il termine di durata delle concessioni in essere. Una di queste proroghe, che ha

⁴⁷ Vedi art. 4, dir. 2006/123/CE.

⁴⁸ N. 2008/4908.

⁴⁹ Art. 1, comma 18, d.l. 30 dicembre 2009, n. 194, convertito con modificazioni dalla legge 26 febbraio 2010, n. 25.

⁵⁰ Art. 11, legge 15 dicembre 2011, n. 217.

fissato come termine il 31 dicembre 2020⁵¹, è stata oggetto di una importante decisione della Corte di Giustizia, sul caso *Promoimpresa*⁵². Un aspetto della direttiva servizi che assume un certo rilievo in questa decisione concerne il regime dell'autorizzazione, a cui gli Stati membri, secondo la direttiva stessa, possono subordinare l'accesso ad un'attività di servizio e il suo esercizio⁵³. La Corte di Giustizia, nella sentenza richiamata, ha affermato che le concessioni demaniali di cui si tratta devono essere considerate "autorizzazioni" ai sensi della direttiva⁵⁴. Ciò ha delle implicazioni rilevanti, in quanto l'art. 12, par. 1, della direttiva stessa stabilisce che, «qualora il numero di autorizzazioni disponibili per una determinata attività sia limitato per via della scarsità delle risorse naturali o delle capacità tecniche utilizzabili», occorre adottare procedure di selezione tra i candidati potenziali con garanzie di imparzialità, trasparenza e pubblicità. L'intenzione del legislatore europeo è chiara: quando non è possibile ammettere la libera attività economica di tutti gli aspiranti operatori, l'individuazione degli operatori che potranno esercitarla deve avvenire secondo quelle garanzie che implicano un confronto concorrenziale, e che in fondo sono un riflesso dell'eguaglianza e della parità di trattamento. Si comprende, dunque, come sia fondamentale, per accertare il regime giuridico cui sottoporre le concessioni di cui si tratta, stabilire se sussista la condizione di scarsità delle risorse naturali. Ancora, nel caso in cui si verifichino le condizioni indicate al par. 1 dell'art.12, il par. 2 dello stesso articolo fornisce prescrizioni più precise: infatti, afferma che la durata dell'autorizzazione di cui si tratta deve essere adeguata, ma comunque limitata, e vieta forme di rinnovo automatico e qualsiasi altro vantaggio per il prestatore di servizi uscente o persone che abbiano particolari legami con lui. Si tratta, dunque, di evitare vantaggi ingiustificati

⁵¹ Art. 34-*duodecies*, d.l. 18 ottobre 2012, n. 179, convertito con modificazioni dalla legge 17 dicembre 2012, n. 221.

⁵² Corte di Giustizia, sez. V, 14 luglio 2016, C-458/14 e C-67/15, *Promoimpresa e M. Melis*.

⁵³ Art. 9, dir. 2006/123/CE.

⁵⁴ Si rammenta che nella direttiva servizi il regime di autorizzazione comporta un rapporto con un'attività di servizio. Come è stato osservato, con riferimento alle concessioni balneari, è prevalso l'aspetto dinamico della concessione, e quindi l'attività economica ha assunto centralità, rispetto al bene su cui viene svolta (M. GOLA, *La concessione di beni demaniali: verifica della sua attualità e influenza dell'ordinamento euro-unitario per la sua interpretazione*, in <https://ceridap.eu>, n. 4/2024, 176).

e rendite di posizione a favore di operatori che sono in prima battuta riusciti a prevalere sugli altri, in maniera tale che il confronto economico rimanga aperto, e chi non sia riuscito ancora a esercitare l'attività possa ragionevolmente aspirare a farlo in un momento successivo. Al fondo della disciplina troviamo l'eguaglianza (tra operatori economici), e anche l'attenzione all'efficienza e alla qualità delle attività economiche, che si riflettono positivamente sugli interessi degli utenti o consumatori. Se chi ha ottenuto la possibilità di svolgere l'attività sa che il diritto corrispondente non gli/le verrà tolto per un tempo molto lungo, non sarà incentivato a svolgere l'attività in modo efficiente e con elevati standard di qualità. Il comma 3 dell'art. 12 della direttiva, però, aggiunge altri elementi, indicando espressamente alcuni specifici valori, interessi, obiettivi che gli Stati possono prendere in considerazione nel tracciare le regole della selezione, fermo restando che queste devono garantire imparzialità, trasparenza e pubblicità: si tratta di salute pubblica, obiettivi di politica sociale, salute e sicurezza dei lavoratori dipendenti e autonomi, protezione ambientale, salvaguardia del patrimonio culturale e altri motivi imperativi d'interesse generale conformi al diritto UE. Altro elemento decisivo è costituito dal carattere "scarso" o meno della risorsa rilevante, da cui, come si è detto prima, dipende, secondo l'art. 12 della direttiva, l'adozione di procedure di selezione trasparenti, pubbliche e imparziali. Nella sentenza *Promoimpresa*, la Corte non ha stabilito unilateralmente se, nel caso concreto, si trattasse di risorsa scarsa oppure no, demandando l'accertamento di ciò al giudice nazionale, anche se alcuni passaggi della decisione contengono delle indicazioni utili per l'accertamento della scarsità della risorsa. Essa, comunque, ha chiarito che, in caso di scarsità della risorsa, si applicherebbe l'art. 12 della direttiva servizi, col quale la normativa nazionale sarebbe incompatibile. Inoltre, la decisione contiene un'altra importante affermazione, ovvero quella per cui, nel caso in cui si dovesse propendere per la non applicabilità dell'art. 12 della direttiva servizi, non per questo l'assetto normativo italiano si potrebbe dire compatibile col diritto UE. Infatti, il regime delle proroghe automatiche, secondo la Corte, comunque contrasterebbe con il diritto primario UE, in particolare con la previsione della libertà di stabilimento, nel caso di concessioni con un interesse transfrontaliero certo⁵⁵. Nonostante la sentenza della Corte di Giustizia, il

⁵⁵ Il profilo relativo all'interesse transfrontaliero è stato affrontato da una più recente decisione della Corte di Giustizia, la quale, sulla scorta pure di altre decisioni

legislatore ha continuato a disporre proroghe automatiche delle concessioni in essere, che hanno rinviato sempre un po' più in là nel tempo l'adozione di un regime di selezione competitiva conforme al diritto sovranazionale. Pertanto, la Commissione europea ha deciso, qualche anno fa, di avviare una nuova procedura d'infrazione contro l'Italia su tale questione⁵⁶. Tra gli aspetti controversi, si annovera quello relativo alla qualificazione delle coste come risorsa scarsa oppure no⁵⁷. Nel corso dell'ultimo decennio, la questione è divenuta estremamente complicata e intricata, costituendo oggetto di interventi delle autorità italiane (Parlamento, Governo e organi giurisdizionali⁵⁸) e dell'UE (Commissione europea, Corte di Giustizia). Non è possibile ricostruire analiticamente tutti i passaggi della vicenda, divenuti ormai assai numerosi e anche caratterizzati da cambiamenti repentini, ma ci si limiterà ad evidenziare alcuni passaggi salienti. In particolare, nel 2021 il Consiglio di Stato è intervenuto con due decisioni molto importanti rese in Adunanza plenaria⁵⁹, con le quali ha stabilito che, dato il contrasto tra le normative nazionali che dispongono le proroghe automatiche delle concessioni balneari e il diritto eurounitario, le norme nazionali in questione sono suscettibili di non-applicazione, non solo da parte dei giudici, ma anche delle pubbliche amministrazioni; al contempo, considerando il negativo impatto economico-sociale che sarebbe potuto derivare da una cessazione immediata e generalizzata di tutte le concessioni

precedenti, ha affermato che la direttiva servizi «si applica a tutte le concessioni di occupazioni del demanio marittimo, a prescindere dal fatto che esse presentino un interesse transfrontaliero certo o che riguardino una situazione i cui elementi rilevanti rimangono tutti confinati all'interno di un solo Stato membro» (Corte di Giustizia, sez. III, 20 aprile 2023, C-348/22, *A.G.C.M. c. Comune di Ginosa*).

⁵⁶ Procedura n. 4118/2020.

⁵⁷ Su questo aspetto, vedi N. D'ANZA, *Le concessioni demaniali marittime ad uso turistico-ricreativo. Prolegomeni e prospettive*, in *www.osservatorioaic.it*, n. 2/2024, in particolare 53 ss.

⁵⁸ Anche la Corte costituzionale si è occupata del problema. Pur non potendo qui analizzare la sua giurisprudenza, si rammenta la sent. 1 luglio 2025, n. 89, con cui la Corte ha dichiarato incostituzionali disposizioni della l.r. Toscana 29 luglio 2024, n. 30, per violazione della competenza legislativa esclusiva dello Stato in materia di tutela della concorrenza.

⁵⁹ Consiglio di Stato, ad. plen., sent. 9 novembre 2021, nn. 17 e 18. Si segnala che la sentenza della Corte di cassazione, sez. un., 23 novembre 2023, n. 32559 ha annullato con rinvio la sent. n. 18/2021, Cons. St., per motivi attinenti alla giurisdizione, in particolare a causa della dichiarazione di inammissibilità degli interventi nel giudizio davanti al Consiglio di Stato.

in essere, lo stesso Consiglio di Stato ha ritenuto di poter disporre la protrazione dell'efficacia delle concessioni in essere fino al 31 dicembre 2023, chiarendo che, dopo tale termine, anche in assenza di una compiuta e riordinata disciplina legislativa della materia, o addirittura in presenza di eventuali nuove proroghe legislative, la cessazione degli effetti sarebbe avvenuta senz'altro, a causa del contrasto col diritto eurounitario. Le pronunce del Consiglio di Stato presentano più di un profilo significativo. In primo luogo, emerge la nettezza con la quale il giudice italiano delinea il contrasto tra la normativa nazionale e quella eurounitaria, arrivando alla conclusione che la prima non debba trovare applicazione, né da parte delle autorità giudiziarie né da parte delle pubbliche amministrazioni. Al contempo, desta delle perplessità il potere, esercitato dal giudice, di fissazione del termine di scadenza delle concessioni: non solo attraverso tale potere l'autorità giudiziaria sembra aver effettuato valutazioni politiche, ma ha creato delle criticità sul piano dei rapporti tra ordinamento nazionale e ordinamento sovranazionale⁶⁰.

Nell'estate del 2022, con il Governo Draghi già dimissionario, è stato fatto un tentativo di porre le basi di una riforma della materia. La legge 5 agosto 2022, n. 118 (legge annuale per la concorrenza e il mercato 2021⁶¹), pur disponendo ancora delle proroghe nell'attesa dell'operatività di un nuovo regime, ha delegato il Governo ad adottare uno o più decreti legislativi per «riordinare e semplificare la disciplina» della materia (art. 4). Tra i principi e i criteri direttivi posti dalla legge nella versione originaria (art. 4, comma 2), una collocazione centrale assume, certamente, l'effettuazione dell'affidamento delle concessioni sulla base di procedure selettive, da disciplinare in modo uniforme, nel rispetto dei principi di imparzialità, non discriminazione, parità di trattamento, massima partecipazione (possibilmente anche per le imprese di piccole dimensioni), trasparenza e adeguata pubblicità, da avviare con un congruo anticipo rispetto alla scadenza. Per evitare che i vantaggi delle concessioni si concentrino oltre misura in capo solo ad alcuni beneficiari, la legge ha

⁶⁰ Rilievi critici sul piano dei rapporti tra ordinamento nazionale e ordinamento sovranazionale muove al profilo della modulazione temporale degli effetti R. MASTROIANNI, *L'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato e le concessioni balneari: due passi avanti e uno indietro?*, in <https://rivista.eurojus.it>, n. 1/2022, 115-116.

⁶¹ Si rammenta che l'art. 47, legge 23 luglio 2009, n. 99 stabilisce che il Governo disponga il disegno di legge annuale per la concorrenza e il mercato, sulla base della relazione annuale e delle segnalazioni dell'Antitrust.

rivolto la sua attenzione alla durata della concessione, che non deve essere eccessiva; inoltre, ha accolto l'idea della fissazione di limiti massimi di concessioni che uno stesso concessionario può cumulare. Oltre a ciò, la legge ha prestato attenzione pure al delicato aspetto della quantificazione dei canoni, affinché alla redditività per l'operatore privato corrisponda una congrua entrata per il soggetto pubblico⁶². Ma non si tratta soltanto di evitare il consolidamento di rendite di posizione e l'ingiustificata concentrazione di vantaggi soltanto in capo ad alcuni soggetti. La delega legislativa ha tenuto conto anche di altri interessi costituzionalmente rilevanti, creando – pare – un'intelaiatura equilibrata e proporzionata, frutto di un bilanciamento ragionevole. Ad esempio, è stata contemplata la valorizzazione di obiettivi di politica sociale, salute, sicurezza dei lavoratori, protezione ambientale, salvaguardia del patrimonio culturale. Oltre a ciò, è stato evidenziato che nella decisione dell'affidamento debbano avere adeguata considerazione la qualità e le condizioni di servizio per gli utenti (miglioramento dell'accessibilità e della fruibilità dell'area demaniale, anche da parte dei soggetti con disabilità, con il minimo impatto sul paesaggio, sull'ambiente e sull'ecosistema, con preferenza per gli interventi che prevedono attrezzature amovibili e non fisse). La legge ha contemplato anche la possibilità di valorizzare l'esperienza e la professionalità acquisita da chi ha già svolto le attività per le quali si rende necessaria la concessione demaniale, senza, però, che tale valorizzazione si traduca in una preclusione dell'accesso di nuovi operatori.

La posizione del concessionario uscente veniva tutelata, inoltre, con la previsione della misura dell'indennizzo. Nell'impianto di quella legge, dunque, sono presenti elementi idonei per realizzare un nuovo regime, in cui non dovrebbe necessariamente concretizzarsi un rischio paventato dagli avversari di una riforma di questo tipo: ci si riferisce, cioè, al rischio che l'apertura indiscriminata al mercato vada a vantaggio di operatori capaci di condurre competizioni economicamente "aggressive", spazzando via un tessuto economico-sociale di piccoli operatori, che sarebbero capaci di integrarsi armoniosamente con il contesto sociale, culturale e naturalistico. Invero, pare che gli elementi presenti in quella delega, se ben maneggiati e valorizzati, potrebbero scongiurare un simile scenario. Inoltre, la legge

⁶² Evidenzia il problema costituito dall'esiguità dell'importo dei canoni M. GOLA, *La concessione di beni demaniali: verifica della sua attualità e influenza dell'ordinamento euro-unitario per la sua interpretazione*, cit., 179.

del 2022 ha anche posto un tema importantissimo, ovvero quello della proporzione tra aree suscettibili di concessione e aree libere, stabilendo che occorra mantenere un equilibrio tra le aree concedibili e quelle libere, e che per individuare le aree affidabili in concessione occorra adottare criteri omogenei. Va sempre ricordato che il bene oggetto di concessione è demaniale: la concessione demaniale, quindi, crea uno spazio di dispiegamento dell'attività economica privata. Sembra doversi ritenere che l'ordinamento dovrebbe salvaguardare la fruibilità e il godimento da parte di tutti i consociati dei beni demaniali. Ciò non significa escludere la possibilità di concessioni demaniali a privati, ma impedire che tale possibilità "dilaghi" nella gestione dei beni demaniali, sovvertendo il principio indicato. Pertanto, si rivela molto importante l'individuazione di una proporzione tra i beni demaniali non sottoposti a concessione e quelli sottoposti a concessione.

Durante la legislatura successiva, il tema delle concessioni balneari, che è stato uno degli argomenti evocati durante la campagna elettorale del 2022, è stato affrontato dalla nuova maggioranza e dal Governo Meloni. In particolare, col d.l. 16 settembre 2024, n. 131, convertito con modificazioni dalla legge 14 novembre 2024, n. 166, il Governo ha deciso l'ulteriore proroga delle concessioni fino al 30 settembre 2027, ed è pure intervenuto sull'art. 4, l. n. 118/2022, eliminando da esso la delega legislativa in materia di affidamento delle concessioni balneari. All'interno della disciplina attuale, si può evidenziare, all'art. 4, comma, 5, l'indicazione precisa della durata minima (cinque anni) e massima (venti anni) della concessione. Inoltre, all'art. 4, comma 6, lett. l), si indica quale criterio di aggiudicazione il numero di concessioni di cui è già titolare ciascun offerente nell'ambito territoriale di riferimento dell'ente concedente, al fine di garantire la massima partecipazione.

Anche le più recenti misure, tuttavia, paiono trovare uno scoglio negli organi giurisdizionali nazionali, che affermano l'esistenza di pesanti criticità su un piano tecnico-giuridico. La sentenza del TAR Liguria, sez. I, 19 febbraio 2025, n. 183 ha ritenuto che debbano essere non applicate, in quanto contrastanti con l'ordinamento dell'UE, le proroghe disposte dall'art. 12, comma 6-*sexies*, d.l. 29 dicembre 2022, n. 198, convertito con modificazioni dalla legge 24 febbraio 2023, n. 14, e dall'art. 1, comma 1, lett. a), n. 1.1., d.l. n. 131/2024. La sentenza del Tar Puglia, sez. I, 24 febbraio 2025, n. 268 ha affermato che la direttiva servizi, all'art. 12,

introduce una previsione immediatamente precettiva, ovvero il divieto di proroga automatica: quest'ultima, producendo una disparità di trattamento, si risolverebbe in un regime equivalente al rinnovo automatico, vietato dal suddetto art. 12. L'effetto diretto comporterebbe per tutti gli organi dello Stato, comprese le amministrazioni di ogni livello (anche comunale), l'obbligo di applicare la norma sovranazionale e non applicare il diritto nazionale contrastante.

Sembra che si stia consolidando uno scontro istituzionale, tra il legislatore che continua a prorogare (anche se – si afferma – per l'ultima volta), e gli organi giurisdizionali italiani che ritengono insuperabile l'incompatibilità delle proroghe col diritto sovranazionale, deducendone la necessità di non applicare la relativa normativa italiana.

Pur non essendo possibile affrontare nel dettaglio tutti gli aspetti e tutte le fasi della vicenda, in questa sede interessa rilevare come, in relazione a questo ambito materiale, il diritto sovranazionale potrebbe essere in grado di aprire un varco capace di veicolare interventi di riforma, improntati alla libertà economica e alla concorrenza, che potrebbero porre rimedio ad alcune storture, ormai da troppo tempo consolidate nell'ordinamento nazionale⁶³.

Il “volto” che stavano assumendo la disciplina e la gestione delle concessioni balneari, infatti, era per molti versi inaccettabile e poco in sintonia con i principi costituzionali. Il mantenimento dello *status* di concessionario di un bene demaniale per tempi molto lunghi:

- rischia di creare una divaricazione tra la dimensione giuridico-formale e quella sostanziale effettiva, giacché il bene, pur rimanendo formalmente pubblico, costituisce per un periodo di tempo assai duraturo oggetto di diritti in capo agli stessi soggetti privati;
- crea una profonda differenziazione di trattamento tra soggetti privati (operatori economici e aspiranti tali), perché un gruppo relativamente “chiuso”, dopo aver avuto accesso ai beni demaniali, mantiene su di essi diritti che ne consentono l'utilizzazione economica per molto tempo, mentre agli altri, al di fuori di questo gruppo, è preclusa, per lo stesso periodo di tempo, la possibilità di accedere al bene e di ottenere quei diritti.

⁶³ Mostra apprezzamento verso l'impatto del diritto sovranazionale, in relazione alle concessioni balneari, M. Gola, *La concessione di beni demaniali: verifica della sua attualità e influenza dell'ordinamento euro-unitario per la sua interpretazione*, cit., 180.

Il diritto dell'UE, in questa situazione, sembra dare un contributo a superare queste criticità:

- imponendo in maniera più incisiva il carattere limitato nel tempo delle concessioni;
- facendo dipendere l'accesso al bene demaniale, e quindi all'attività economica, da una selezione imparziale e aperta.

5. *La concorrenza e le risorse scarse*

Nella parte finale di questa riflessione, si vorrebbe richiamare un aspetto cui si è fatto cenno in precedenza, riguardante la qualificazione del bene demaniale, necessario per lo svolgimento di un certo tipo di attività economica, come “risorsa scarsa”. Come si è visto, la Corte di Giustizia, nella sentenza *Promoimpresa*, non aveva voluto decidere unilateralmente la questione in un senso o in un altro, rimettendo piuttosto la valutazione finale al giudice nazionale, anche se lo stesso giudice eurounitario non aveva rinunciato a fornire un'indicazione, ovvero quella per cui nello stabilire se la risorsa sia scarsa oppure no si dovrebbe pure tenere in considerazione il livello di governo da cui dipende la concessione. Dopo che è stata aperta la seconda procedura d'infrazione da parte della Commissione europea, la Corte di Giustizia, con la già richiamata decisione del 20 aprile 2023⁶⁴, ritorna sul problema. Innanzi tutto, essa specifica che l'accertamento della scarsità della risorsa deve intendersi rimesso non soltanto all'autorità giudiziaria nazionale, ma anche e prioritariamente all'amministrazione competente ad effettuare la concessione. E, in effetti, si può osservare, a margine, che, probabilmente, tra il giudice e l'amministrazione è la seconda che possiede gli strumenti più incisivi e adatti per operare una tale valutazione; al contempo, il giudice potrebbe fornire un contributo significativo nella valutazione dei criteri adottati dall'amministrazione per valutare la scarsità delle risorse stesse. In secondo luogo, la Corte afferma che la direttiva riconosce una certa discrezionalità agli Stati membri nell'individuazione dei criteri da adottare per l'apprezzamento della scarsità delle risorse: potrebbe trattarsi, dunque, di criteri che comportano una valutazione generale, operante a livello nazionale, oppure di criteri spendibili in una valutazione caso per caso, calibrata sulla specificità dei

⁶⁴ Corte di Giustizia, sez. III, 20 aprile 2023, C-348/22.

singoli territori, o ancora di una combinazione delle due tipologie. Il Governo Meloni ha provato a fornire una risposta circa la qualificazione della risorsa in termini di scarsità o meno, sottoponendo la questione a un tavolo tecnico interministeriale che, a seguito di una mappatura delle coste, operata tenendo conto del dato nazionale, avrebbe registrato che la quota coperta da concessioni ammonti al 33% delle aree disponibili⁶⁵. Tale tentativo messo in atto dal Governo nazionale si è imbattuto nelle obiezioni mosse dalla Commissione europea con il parere motivato, *ex art. 258 TFUE*, del 16 novembre 2023⁶⁶. In tale parere, la Commissione si è espressa a favore di una valutazione funzionale della scarsità della risorsa, cioè di una valutazione che tenga conto della effettiva possibilità di utilizzazione economica della stessa. Ciò dovrebbe implicare, tra l'altro, che dalla quantificazione del totale delle risorse in questione dovrebbero essere esclusi i tratti di costa sottratti alla concessione demaniale, nella misura in cui l'assenza di concessione non consente l'attività turistico-ricreativa. Inoltre, richiamando sia le decisioni della Corte di Giustizia, sia quelle dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, nn. 17 e 18 del novembre 2021, la Commissione manifesta di ritenere convincente una valutazione che tenga conto anche dei singoli territori, con le loro specificità. Peraltro, com'è stato rilevato, nella valutazione non si può neanche prescindere dalla considerazione per cui alcuni tratti di costa non possiedono un valore economico paragonabile ad altri⁶⁷. Per questo, ma anche per altri fattori, non si può assumere come presupposto che tutti i tratti di costa (pur soggetti a concessione) siano tra loro fungibili.

Al di là dei criteri da adottare per valutare se una risorsa si possa considerare scarsa, il caso offre lo spunto per delle considerazioni circa il rilievo che possono avere la libertà di attività economica e la concorrenza allorquando l'attività economica richieda, per essere svolta, la disponibilità

⁶⁵ Il d.lgs. 26 luglio 2023, n. 106 ha posto una disciplina per la mappatura dei regimi concessori di beni pubblici.

⁶⁶ Il parere è disponibile, ad esempio, alla pagina <https://documenti.camera.it/leg19/documentiAcquisiti/COM06/Progettodilegge/leg19.com06.Progettodilegge.Contributo%20Scritto.PUBBLICO.ideGes.45276.27-09-2024-16-39-26.333.pdf>.

⁶⁷ In questo senso, vedi N. D'ANZA, *Le concessioni demaniali marittime ad uso turistico-ricreativo. Prolegomeni e prospettive*, cit., 56. Si segnala che il d.lgs. n. 106/2023 prevede che il sistema informativo sulle concessioni dei beni pubblici deve raccogliere anche dati utili «a verificare la proficuità dell'utilizzo economico del bene in una prospettiva di tutela e valorizzazione del bene stesso nell'interesse pubblico» (art. 3, comma 2, lett. h)).

di una risorsa scarsa. Tali considerazioni evocano il concetto di merito, che è sotteso alla libertà di attività economica e al principio di concorrenza⁶⁸. La libertà di attività economica, infatti, consente l'espressione delle capacità per l'ottenimento di risultati utili in campo economico, e la concorrenza, instaurando una competizione che dovrebbe essere ad armi pari nella misura maggiore possibile, dovrebbe essere in grado di premiare i soggetti più capaci e meritevoli. Si deve ricordare che il merito è un criterio adottabile per l'allocazione di risorse scarse⁶⁹, anche se va precisato che ciò è accettabile con riferimento a diritti che non debbano essere riconosciuti incondizionatamente a tutti. Nel caso di risorse scarse che sono imprescindibili per l'esercizio di certe attività economiche, il criterio del merito, per il tramite della concorrenza, può operare in sinergia con l'utilità sociale. Una concezione costituzionale del merito, che non degeneri in meritocrazia, tiene connesso il merito con l'interesse della collettività, nonché con il progresso della società⁷⁰. Selezionare i soggetti capaci e meritevoli ha una rilevanza costituzionale in quanto essi potranno svolgere attività e funzioni utili alla collettività. Nel caso delle concessioni balneari, il nesso tra concorrenza, merito e utilità sociale deve essere adeguatamente "tradotto" nei criteri che devono guidare la selezione dei vincitori delle gare destinati a diventare concessionari.

Obiettivi di politica sociale, salute e sicurezza dei lavoratori, protezione ambientale, salvaguardia del patrimonio culturale, tutela del paesaggio, garanzia di servizi migliori a prezzi più accessibili per gli utenti, tutela dei legittimi interessi dei concessionari uscenti, con attenzione a quelli che hanno nelle concessioni balneari la fonte principale di reddito per sé e per la propria famiglia sono parametri che ben si prestano, in una combinazione sapientemente ponderata, a connotare l'utilità sociale costituzionalmente intesa. Pertanto, il nuovo regime di gare aperte e imparziali dovrebbe essere in grado di selezionare i soggetti più idonei in relazione a tali parametri.

⁶⁸ Q. CAMERLENGO, *Per una interpretazione costituzionalmente sostenibile del merito*, in *www.federalismi.it*, n. 13/2022, 19 (nota 11); M. SALERNO, *Contributo allo studio del principio costituzionale del merito*, Torino, 2020, 29.

⁶⁹ In questo senso, vedi Q. CAMERLENGO, *Per una interpretazione costituzionalmente sostenibile del merito*, cit., 17-18.

⁷⁰ IVI, 46 ss.

Abstract

Il contributo è volto a inquadrare nell'ordinamento costituzionale la libertà di attività economica privata, alla luce dell'impatto esercitato dall'ordinamento eurounitario. La trattazione richiede alcune considerazioni preliminari sui contenuti economici all'interno della Costituzione italiana. Alla luce di questi, ci si concentra sull'art. 41 della Costituzione, e in particolare sul concetto di utilità sociale. La trattazione prosegue evidenziando la penetrazione del principio della concorrenza, dall'ordinamento sovranazionale, nell'ordinamento italiano, ponendo attenzione ai suoi rapporti con l'art. 41 Cost. e con i principi fondamentali della Costituzione. Il contributo si sofferma, poi, su un caso specifico, che ha assunto notevole rilevanza nel panorama italiano, concernente le cosiddette "concessioni balneari". Infine, si svolgerà una riflessione su un particolare profilo relativo al suddetto caso, riguardante il rapporto tra concorrenza e risorse scarse.

Some perspectives on the freedom of individual economic activity and
the case of beach concessions

This paper is aimed at framing the freedom of individual economic activity within Italian law, in the light of the impact of the European Union law. The analysis requires some preliminary considerations on the economic contents within the Italian Constitution. In the light of these, we focus on Article 41 of the Constitution, and in particular on the concept of social utility. The analysis continues by highlighting the penetration of the principle of competition, from the supranational legal system, into the Italian legal system, paying attention to its relationship with Article 41 of the Constitution and its fundamental principles. The paper then focuses on a specific case, which has taken on considerable relevance in the Italian panorama, concerning the so-called "beach concessions". Finally, a reflection will be made on a particular profile related to the aforementioned case, concerning the relationship between competition and scarce resources.

Internet tra divari territoriali, nuovi diritti e vincoli di bilancio

di Emanuele Cocchiara

SOMMARIO: 1. *Internet* e il suo ancoraggio costituzionale (cenni). – 2. Il divario digitale e i suoi effetti sociali. – 3. Misure di contrasto al divario e tentativi di positivizzazione di un diritto di accesso ad *Internet*, tra leggi settoriali e PNRR. – 3.1 È necessaria una riforma costituzionale? – 4. La qualificazione dell'accesso ad *Internet* come diritto sociale. – 5. Il diritto (sociale) alla rete tra bilancio e bilanciamento. – 6. Contenuto del diritto, obblighi per lo Stato e neutralità.

1. *Internet e il suo ancoraggio costituzionale (cenni)*

«Il Cyberspazio è fatto di scambi, di relazioni, e pensiero stesso, disposti come un'onda stazionaria nella ragnatela delle nostre comunicazioni. Il nostro è un mondo che si trova al tempo stesso ovunque e da nessuna parte, ma non è dove vivono i corpi umani». Così recita un estratto della Dichiarazione di indipendenza del cyberspazio¹ del 1996, emanata con l'intento di affermare *Internet* come spazio sottratto alla sovranità degli Stati. Il testo, seppur volutamente provocatorio, si fonda sull'idea secondo la quale il cyberspazio rappresenta un “luogo” in cui poter comunicare al di là dei confini territoriali e senza alcun legame con la dimensione materiale². L'innovazione tecnologica che si è avviata negli anni successivi a questo Manifesto, fino a culminare nella cd. IV rivoluzione industriale³, ha smentito tale assunto poiché *Internet* è

¹ J.P. BARLOW, *A declaration of the independence of cyberspace, in electronic founder foundation*, eff.org, 1996; per una critica a tale idea v. G. DE MINICO, *Internet e le sue fonti*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2/2013, 5.

² L'idea di *internet* come luogo indipendente e sciolto dai vincoli delle sovranità statali ha avuto nel tempo diverse interpretazioni con elaborazioni dottrinali non ancora superate; su tutte l'idea di regolare il cyberspazio con lo stesso codice informatico di *hardware* e *software* che lo costituiscono, riassumibile con l'assunto *Code is law* elaborato in L. LESSIG, *Code: and other laws of Cyberspace*, New York, 1995; idee approfondite ed aggiornate in ID., *Code: and other laws of Cyberspace. Version 2.0.*, New York, 2008. Sulla regolazione di *Internet* v., tra gli altri, G. DE MINICO, *Le fonti al tempo di internet: un personaggio in cerca d'autore*, in *Osservatorio sulle Fonti*, Editoriale, 1/2022; A. SIMONCINI, *Sistema delle fonti e nuove tecnologie: le ragioni di una ricerca di diritto costituzionale, tra forma di stato e forma di governo*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2/2021.

³ Si considera quarta rivoluzione industriale quella caratterizzata dalle tecnologie che uniscono il mondo fisico, digitale e biologico, impattando su industria ed economia,

divenuto un mezzo fondamentale nell'economia, nelle relazioni sociali, nello sviluppo scientifico e nell'operato degli apparati pubblici, oltre che uno strumento straordinario per godere di libertà personali ma al contempo veicolo di discriminazioni.

Sulla base di questa considerazione anche la dottrina costituzionalistica si è interrogata circa l'attualità dell'interpretazione che vedeva negli artt. 15 e 21 Cost. l'ancoraggio costituzionale di *Internet*⁴, ovvero il suo "orizzonte giuridico"⁵. L'art. 15 Cost., sulla libertà di corrispondenza⁶, tutela la libertà e la segretezza delle comunicazioni interpersonali, lì dove i soggetti in contatto sono determinati ed individuabili, come accade nel sistema delle telecomunicazioni; l'art. 21 Cost. tutela, invece, la libertà di espressione⁷ e quindi la comunicazione di un soggetto con una pluralità non sempre determinabile di individui⁸, come nel caso dei media radio-televisivi. Ci si è chiesto, però, se tale distinzione sia ancora rilevante con riferimento al mondo delle piattaforme digitali e, più in particolare, alle forme di comunicazione attraverso i *social network*. Analizzando nel dettaglio i diversi servizi offerti dalle piattaforme digitali, in ogni azione potrebbero astrattamente venire in rilievo le tutele di cui all'art. 15 e 21 Cost., anche se tale approccio appare non sempre praticabile poiché in

ponendo delle sfide finanche al significato di essere umano (cfr. K. SHWAB, *The fourth industrial revolution*, New York, 2016). Sul tema v. L. FLORIDI, *The fourth revolution - How the infosphere is reshaping human reality*, Oxford, 2014.

⁴ Così P. COSTANZO, *Internet* (voce), in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, Milano, 2000, 349 ss. Sulle origini di *Internet* v. ID., *Contributo ad una storia della libertà d'informazione: le origini di internet (1969-1999)*, in AA.VV., *Studi in onore di Aldo Loiodice*, Cacucci, Bari, 2012, vol. I, 691 ss.

⁵ Così lo definì il padre dell'informatica giuridica italiana V. FROSINI, *L'orizzonte giuridico dell'Internet*, in *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2/2000, 271 ss.

⁶ Sulla libertà di corrispondenza, tra gli altri, P. BARILE, E. CHELI, *Corrispondenza (libertà di)*, in *Enciclopedia del diritto*, X, 1962, 743 ss.; P. CARETTI, *Corrispondenza (libertà di)*, in *Dig. disc. pubbl.*, IV, 1989, 200 ss.

⁷ Sulla libertà di espressione, C. ESPOSITO, *La libertà di manifestazione del pensiero nell'ordinamento italiano*, Milano, 1958; P. BARILE, *Libertà di manifestazione del pensiero*, Milano, 1975; A. LOIODICE, *Contributo allo studio sulla libertà d'informazione*, Napoli, 1969; A. PACE, M. MANETTI, *Rapporti civili. Art. 21 - La libertà di manifestazione del proprio pensiero*, in G. BRANCA, *Commentario alla Costituzione*, Bologna, 2006, 11 ss.; P. LOGROSCINO, *Libertà di comunicazione e convergenza multimediale*, San Cesario di Lecce, 2008.

⁸ L'art. 15 cost. tutela la comunicazione "uno ad uno", mentre l'art. 21 Cost. quella "uno a molti" (così P. PASSAGLIA, *Ancora sul fondamento costituzionale di Internet. Con un ripensamento*, in *Liber Amicorum per Pasquale Costanzo. Consulta Online*, 26 giugno 2019, 2).

alcune comunicazioni non è facile comprendere se vi sia un numero circoscritto ed individuabile di destinatari, e, in molti casi, è persino superfluo⁹.

Le due disposizioni costituzionali possono, invece, essere efficacemente riconsiderate in una visione di insieme, delineando una più generale “libertà di comunicazione”¹⁰.

Tuttavia, pare riduttivo ancorare la rete alla sola dimensione comunicativa, poiché la molteplicità di azioni che oramai possono essere compiute per mezzo delle tecnologie informatiche consente di poter affermare che *Internet* rappresenta una realtà nella quale l’individuo esplica la propria personalità¹¹.

L’inquadramento costituzionale del *web*, quindi, dovrebbe prendere le mosse non dalle diverse definizioni tecniche di *Internet*, ma dall’esame delle azioni che per suo tramite possono essere poste in essere. Il mondo della rete è, sostanzialmente, un luogo in cui «la gente vive»¹², e occorrerebbe applicare ad esso molteplici categorie concettuali pensate per la dimensione fisica. Ragionando in quest’ottica, quindi, sono da prendere in considerazione tutti i diritti esercitabili attraverso la rete, i quali, come detto, vanno ben oltre la libertà di comunicare e si legano a numerose altre disposizioni del testo costituzionale. Per far ciò è necessario il riferimento all’art. 2 della Costituzione ed al principio personalista, dotato di una “forza maieutica” che permette di individuare diritti conseguenti a quelli enumerati, consentendo una interpretazione evolutiva della Carta aperta a

⁹ Nel tentativo di fornire una interpretazione evolutiva del dettato costituzionale che permetta una validità prescrittiva degli artt. 15 e 21 Cost., vi è chi propone di valutare di volta in volta quale sarà l’azione esercitata per comprendere la tipologia di comunicazione e distinguere tra riservata e comunicazione del pensiero (M. BETZU, *Regolare Internet. Le libertà di informazione e di comunicazione nell’era digitale*, Torino, 2012, 131 ss.). Sulla attualità dell’ancoraggio costituzionale di *Internet* alle citate disposizioni costituzionali anche C. LOTTA, *Governance della rete, accesso a Internet e cybersicurezza*, Napoli, 2024, 63 ss.

¹⁰ P. CARETTI, *Diritto all’informazione e della comunicazione. Stampa, radiotelevisione, telecomunicazioni, teatro e cinema*, Bologna, 2005, 249. Si sostiene altresì che la configurazione di una libertà di comunicazione non esclude comunque di dover verificare caso per caso quando sono applicabili le garanzie dell’art. 15 e quando lo sono quelle dell’art. 21 Cost. (cfr. F. DONATI, *Internet* (voce), in *Enciclopedia del Diritto*, annale VII, 2014, 532, 534).

¹¹ Cfr. P. PASSAGLIA, *Internet nella Costituzione italiana: considerazioni introduttive*, in *Consulta Online*, 1/2014, 12 ss.

¹² Così L. LESSIG, *Code 2.0*, cit., 298.

“nuovi diritti”, che derivano dallo sviluppo della civiltà umana¹³. Nel tentativo di fornire ad *Internet* un quadro costituzionale di riferimento appare necessario procedere ad una interpretazione dinamica che lega, di volta in volta, l’art. 2 Cost. con quelle disposizioni della Costituzione che tutelano diritti e libertà ora esercitabili attraverso la rete¹⁴. Inoltre, all’art. 2 cost. è necessario affiancare l’art. 3, comma 2, Cost., poiché la dimensione virtuale dello sviluppo della persona umana ha bisogno dell’opera di rimozione degli ostacoli da parte della Repubblica¹⁵.

2. *Il divario digitale e i suoi effetti sociali*

Come accade per ogni rivoluzione tecnologica¹⁶, occorre del tempo affinché tutti i territori si dotino di nuove infrastrutture e tutti i consociati siano in grado di comprendere ed utilizzare gli strumenti che l’innovazione porta con sé¹⁷.

A causa di diversi fattori accade, non di rado, che in alcune aree si rinvergano diversi livelli di criticità che impediscono un pieno godimento delle tecnologie. Il fenomeno ha preso il nome di *digital divide* o divario digitale. Questo concetto nacque ancor prima della IV rivoluzione industriale, prendendo le mosse dalla paura che le future generazioni potessero essere divise dalla differenza di possibilità di accesso alla rete¹⁸. Tale preoc-

¹³ Sulla portata e sui diversi significati attribuiti dalla dottrina all’art. 2 Cost., cfr., *ex multis*, più di recente, S. MANGIAMELLI, *Il contributo dell’esperienza costituzionale italiana alla dommatica europea della tutela dei diritti fondamentali*, in ID., *I diritti costituzionali: dallo Stato ai processi di integrazione*, Torino, 2020, 169 ss.

¹⁴ P. PASSAGLIA, *Internet nella Costituzione*, cit., 18.

¹⁵ A. VALASTRO, *Le garanzie di effettività del diritto di accesso ad Internet e la timidezza del legislatore italiano*, in M. PIETRANGELO (a cura di), *Il diritto di accesso ad Internet*, Napoli, 2011, 45, 48.

¹⁶ Sulla nascita e sullo sviluppo del *web* v. G. SARACENI, *Digital divide and fundamental rights*, in *Humanities and rights global network journal*, 2(1) 2020, 66 ss.

¹⁷ Secondo Eric Teller, ex CEO di *Google*, viviamo in un periodo nel quale il «ritmo del cambiamento» porta l’essere umano ad essere indietro rispetto all’evoluzione tecnologica, assunto rappresentato in un grafico pubblicato in T. FRIEDMAN, *Thank you for being late. Finding a job, running a country, and keeping your head in the age of acceleration*, New York, 2016.

¹⁸ La locuzione *digital divide* nasce da un discorso pubblico pronunciato da A.A. “Al” Gore, al tempo Vicepresidente degli Stati Uniti, che il 10 ottobre 1996 a Knoxville,

cupazione, in effetti, si è successivamente rilevata fondata, comportando discriminazioni tali da impedire ad un elevato numero di potenziali utenti di godere a pieno di libertà fondamentali.

Le tipologie di divario digitale sono diverse a seconda del parametro di riferimento utilizzato. Una prima categoria di *digital divide* è quella definita *access divide* o divario infrastrutturale¹⁹, ossia la materiale impossibilità di accedere alle tecnologie informatiche a causa della carenza di infrastrutture adeguate. Tuttavia, l'impatto dell'assenza o della inadeguatezza di strumenti atti a consentire ai cittadini di navigare in *Internet*, quantomeno nei territori degli Stati membri dell'Unione Europea, è meno significativo della seconda tipologia di divario digitale²⁰, definito culturale o *skills divide*²¹. Il *digital cultural divide* consiste nella disomogenea diffusione delle competenze necessarie per utilizzare al meglio delle proprie potenzialità gli strumenti informatici²², e ciò può derivare da diversi fattori, quali ad esempio l'istruzione o l'età²³.

Il crescente interesse delle istituzioni internazionali²⁴ e soprattutto

Tennessee dichiarava «*We challenged the nation to make sure that our children will never be separated by a digital divide*». In dottrina si è discusso efficacemente del divario digitale anche in relazione a tecnologie che oggi appaiono già lontane e obsolete (v. L. SARTORI, *Il divario digitale. L'accesso ad internet*, in *Nuova informazione bibliografica*, 4, 2006, p. 683 ss.; ID., *Il digital divide*, Bologna, 2006).

¹⁹ Sull'*access divide* v. J.A.G.M. VAN DIJK, *Digital divide: impact of access*, in *The International Encyclopedia of Media Effects*, 2017.

²⁰ Cfr. C.P. GUARINI, *Pubblica amministrazione e cittadinanza digitale. Prime riflessioni tra evoluzione normativa e questioni di sistema*, in *I Battelli del Reno – Rivista on-line di diritto ed economia dell'impresa*, 24 ottobre 2021.

²¹ K. MOSSBERGER, C.J. TALBERT, M. STANSBURY, *Virtual inequality. Beyond the digital divide*, Georgetown University Press, Washington, 2003, 9 ss.

²² Così G. SARACENI, *Digital divide e povertà*, in *Dirittifondamentali.it*, 2/2019, 6.

²³ È stato evidenziato come il 95,1% delle famiglie in cui vi sia almeno un minorenni dispongono di una connessione a banda larga, mentre in quelle composte esclusivamente da ultrasessantacinquenni la percentuale scende al 34%, (cfr. ISTAT, *Cittadini e ICT*, Anno 2019) ciò a dimostrazione del fatto che le nuove generazioni sono spinte maggiormente all'uso delle tecnologie digitali; tuttavia, ciò non necessariamente coincide con il possesso delle adeguate conoscenze informatiche.

²⁴ In particolare, i diciassette cd. *Sustainable Development Goals (SDGs)*, fissati dalle Nazioni Unite nel 2014, prevedono una serie di obiettivi da raggiungere entro il 2030, tra i quali ad es. *no poverty* o *climate action*, i quali dovranno essere raggiunti per mezzo di processi di digitalizzazione capaci di accelerare i progressi, anche attraverso una adeguata alfabetizzazione digitale. Sul punto v. A. ALJOWKAM, M. AL MUBARAK, *Sustainability*

eurounitarie²⁵ verso lo sviluppo di infrastrutture e competenze digitali si evince anche dall'attento monitoraggio dei divari digitali e delle misure attuate per superarli. Dal 2014, infatti, la Commissione europea supervisiona i progressi degli Stati membri sulla digitalizzazione attraverso il rapporto DESI (*Digital Economy and Society Index*), utile per comprendere come i divari siano ancora un problema non indifferente per la coesione europea²⁶.

Per quanto concerne l'Italia, dall'analisi integrata degli ultimi rapporti e dei dati sul resto dell'UE, si evince una serie di miglioramenti e di punti di forza, ma anche alcuni punti di debolezza. Se dal punto di vista infrastrutturale il nostro Paese ha valutazioni al di sopra della media europea, in particolare quanto alla copertura della rete 5G²⁷, i dati sulle competenze digitali di base mostrano un livello ancora critico, denotando un forte persistente divario digitale culturale non solo rispetto ad altri Stati membri ma anche all'interno dello stesso territorio nazionale²⁸.

L'importanza che oggi gli strumenti informatici hanno per i cittadini si è resa ancora più evidente durante la pandemia da Covid-19²⁹, che ha

through digital technologies: exploring technological potential in support of United Nations Sustainable Development Goals, vol. 2, Cham, 2024.

²⁵ L'Unione Europea con l'emanazione dell'Agenda 2030 ha avviato il cd. decennio digitale europeo, in ottemperanza agli obiettivi dati dall'ONU, per avviare una serie di iniziative destinate alla transizione digitale.

²⁶ Dal 2023 il rapporto DESI è integrato nella relazione sullo stato del decennio digitale. I punti cardine dello studio DESI sono: capitale umano, connettività, integrazione delle tecnologie digitali, servizi pubblici digitali. Essi sono a loro volta analizzati attraverso undici diversi indicatori; per approfondimenti v. <https://digital-strategy.ec.europa.eu/it/policies/desi>

²⁷ Secondo l'ultimo rapporto DESI del 2024, la copertura territoriale della rete 5G è del 99,5%, rispetto alla media UE del 89,3%, v. <https://innovazione.gov.it/>.

²⁸ Competenze digitali di base possedute dal 45,8% della popolazione italiana a fronte della media UE del 55,6%, v. <https://digital-strategy.ec.europa.eu/it/factpages/italy-2024>. I dati mostrano come l'alfabetizzazione digitale sia un serio problema per le regioni del Sud Italia, aggiungendo un ulteriore tassello alla ancora irrisolta cd. questione meridionale. Sulle implicazioni costituzionali di quest'ultima v., *ex multis*, L. CHIEFFI, *Sviluppo delle autonomie e questione meridionale*, in *Rivista AIC*, 1, 2021, p. 487 ss.; S. LIETO, *Mezzogiorno e solidarietà nel dibattito costituzionale*, in *Dirittifondamentali.it*, 1/2019.

²⁹ Ci si riferisce nello specifico al cd. *lockdown* e alle successive restrizioni imposte da diversi atti normativi che si sono susseguiti durante la pandemia. Un *excursus* critico su questi è in M. BELLETTI, *La "confusione" nel sistema delle fonti ai tempi della gestione dell'emergenza da Covid-19, mette a dura prova gerarchia e legalità*, in *Osservatorio Costituzionale*, 3/2020, 174

messo in luce molteplici carenze dell'apparato statale. Una crisi sanitaria di tali dimensioni, associata alle conseguenti crisi sociale ed economica, ha inevitabilmente avuto ripercussioni su diverse libertà costituzionali³⁰, ma l'esercizio di talune di esse è stato possibile, seppur in misura minore, grazie alla rete *Internet*. Le piattaforme digitali e *Internet* in generale sono stati, infatti, il mezzo attraverso i quali la popolazione ha potuto continuare a "vivere" durante le restrizioni.

Ciononostante, hanno, al contempo, enfatizzato molte disuguaglianze sociali³¹. Questione emblematica è quella relativa all'istruzione, poiché le restrizioni imposte dalla situazione epidemiologica hanno spinto alla chiusura di istituti scolastici e università, prevedendo, in luogo delle lezioni frontali, la didattica a distanza (DAD). In una situazione di questo tipo, il godimento di un diritto sociale³² funzionale alla tenuta della democrazia³³, è risultato strettamente legato alla possibilità (e capacità) di accedere alla rete. Nell'immediato, l'unica strada perseguibile dalle istituzioni è stata quella di finanziare l'acquisto di dispositivi informatici nelle aree con condizioni socioeconomiche più disagiate, tentando così di sopperire agli effetti del *digital divide* infrastrutturale³⁴. Tuttavia, ciò non è stato sufficien-

ss. M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in *Liber amicorum per Pasquale Costanzo*, Consulta Online, 11 aprile 2020; G. SILVESTRI, *Covid-19 e Costituzione*, in *Unicost.eu*, 10 aprile 2020.

³⁰ Sull'impatto della pandemia nel sistema costituzionale v., tra gli altri, R. ROMBOLI, *L'incidenza della pandemia da coronavirus nel sistema costituzionale italiano*, in *Consulta Online*, 3/2020, 513 ss.; I.A. NICOTRA, *Pandemia Costituzionale*, Napoli, 2021.

³¹ Cfr. D. SELVA, *Divari digitali e disuguaglianze in Italia prima e durante il Covid-19*, in *Culture e studi del sociale*, 5(2), 2020, 463-480. Sulle disuguaglianze accentuate dalla pandemia v. A. SIMONCINI, *Il diritto alla tecnologia e le nuove disuguaglianze*, in F.S. MARINI, G. SCACCIA (a cura di), *Emergenza Covid-19 e ordinamento costituzionale*, Torino, 2020, 191 ss.

³² Sul diritto all'istruzione quale diritto sociale e non diritto di libertà v., A. D'ANDREA, *Diritto all'istruzione e ruolo della Repubblica*, in AA.VV., *Scritti in onore di Alessandro Pace*, II, Napoli, 2012, p. 1296; A. PACE, *Il diritto all'istruzione nel tempo di crisi*, in *Diritto e Società*, 2013, 38 ss.; M. BENVENUTI, *L'istruzione come diritto sociale*, in F. Angelini, M. Benvenuti (a cura di), *Le dimensioni costituzionali dell'istruzione*, Napoli 2014, 156.

³³ Tanto che i padri costituenti vi hanno dedicato ben due disposizioni costituzionali, artt. 33 e 34 (cfr. M. TROISI, *Il sistema nazionale d'istruzione di fronte alle restrizioni per la pandemia da Covid-19. Molte ombre e qualche luce (da cui ripartire)*, in *Le Regioni*, 4/2020, 781, 783. L'istruzione è il mezzo attraverso cui l'individuo da suddito diventa cittadino responsabile, essendo in grado di contribuire al funzionamento della democrazia (cfr. P. CALAMANDREI, *Contro il privilegio dell'istruzione*, in *Il Ponte*, 1/1946, 4).

³⁴ Tale finanziamento è stato previsto dal d.l. 18/2020 cd. *Cura Italia*, convertito

te a garantire un efficace erogazione del servizio scolastico a causa della bassa alfabetizzazione digitale, oltre che dell'impreparazione del corpo docente ad affrontare nuove e diverse modalità di insegnamento³⁵ dovuta in gran parte alla scarsa predisposizione del sistema scolastico italiano all'uso di determinati strumenti³⁶. In aggiunta agli evidenti effetti negativi nell'immediato, e nonostante la maturata consapevolezza della necessità di una transizione digitale nell'educazione, una volta conclusasi l'emergenza sanitaria non sono state adottate misure capaci di raggiungere in breve tempo gli obiettivi prefissati di alfabetizzazione informatica³⁷.

Altra situazione da evidenziare – tralasciando in questa sede questioni di non minore importanza quale, ad esempio, quella relativa alla condizione dei detenuti³⁸ – è quella che attiene al rapporto tra cittadino e pubblica amministrazione. Anche se il Codice dell'amministrazione digitale (CAD³⁹) impone di agevolare il dialogo tra apparati pubblici e individui attraverso strumenti digitali, il divieto di accesso ai locali degli uffici pubblici ha causato non poche difficoltà, sia a causa del sovraccarico delle non sempre efficienti reti *wi-fi*, sia (soprattutto) in ragione dell'insufficiente

con l. 27/2020. Sui provvedimenti legati a dispositivi digitali ed istruzione durante la pandemia v. P. ZUDDAS, *Covid-19 e digital divide: tecnologie digitali e diritti sociali alla prova dell'emergenza sanitaria*, in *Osservatorio Costituzionale*, 3/2020, 285, 294 ss.; si consenta il rinvio anche a E. COCCHIARA, *Il divario digitale nel PNRR: la garanzia del diritto sociale di accesso ad Internet*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2/2023, 189, 193 ss.

³⁵ I. RIVERA, *La scuola è aperta a tutti. La tutela del diritto all'istruzione nella crisi pandemica da Covid.19*, in *Federalismi.it*, 14/2022, 84, 92. Tutto questo chiama però a una grande responsabilizzazione gli insegnanti che, solo nella pienezza della loro libertà costituzionalmente garantita, che invero trova nella scelta delle metodologie didattiche il suo nucleo più intangibile, possono raccogliere una grande sfida, quella di mettersi al centro di un vero e proprio processo mediazione tra studenti e tecnologia (così G. LANEVE, *In attesa del ritorno nelle scuole, riflessioni (in ordine sparso) sulla scuola, tra senso del luogo e prospettive della tecnologia*, in *Osservatorio Costituzionale*, 3/2020, 410, 426).

³⁶ OECD, *The Teaching and Learning international survey*, 2018, ha evidenziato che in Europa in media sono meno del 50% gli insegnanti che utilizzano strumenti digitali nelle pratiche professionali; studio disponibile all'indirizzo <https://www.oecd.org/education/talis/>

³⁷ V. N. MANISCALCO, *La tecnologia come fattore d'istruzione*, in *Rivista AIC*, 1/2024, 8.

³⁸ Sul punto v. G. CHIOLA, *Il digital divide in carcere*, in *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, 6/2020, 971 ss.

³⁹ D.lgs. n. 82 del 7 marzo 2005, successivamente modificato e integrato diverse volte; sul tema in oggetto importante la modifica avvenuta con il decreto legislativo 13 dicembre 2017, n. 217 per promuovere e rendere effettivi i diritti di cittadinanza digitale.

livello di alfabetizzazione culturale tanto tra i fruitori dei servizi quanto tra i dipendenti in lavoro-agile (*smart working*)⁴⁰. Questi ed altri esempi hanno reso evidenti due situazioni che erano già rinvenibili anche in assenza di emergenza: l'impatto della rivoluzione informatica sulle diseguaglianze⁴¹ e l'urgenza del riconoscimento normativo dell'importanza dell'accesso ad *internet* al fine di garantire le adeguate misure di superamento dei divari digitali.

3. Misure di contrasto al divario e tentativi di positivizzazione di un diritto di accesso ad Internet, tra leggi settoriali e PNRR

Nonostante non vi sia mai stato un esplicito riferimento legislativo all'accesso ad *Internet*, nel panorama normativo nazionale non sono mancati interventi volti a garantire l'utilizzo della rete a tutti i potenziali utenti. Un primo riferimento può essere individuato nella cd. *Legge Stanca*⁴², la prima legge nel panorama europeo ideata per favorire l'accesso ai servizi informatici della pubblica amministrazione alle persone disabili «in ottemperanza al principio di eguaglianza ai sensi dell'art. 3 della Costituzione»⁴³. Questa, al di là delle specifiche previsioni che sono nel tempo state aggiornate⁴⁴, ha tentato per prima di riconoscere e tutelare esplicitamente un generale diritto di accesso ad *Internet*, imponendo alla Repubblica il compito di garantire a ciascuno il suo godimento, mutuando l'art. 2 Cost⁴⁵.

⁴⁰ Cfr. E. COCCHIARA, *Il divario digitale*, cit., 195.

⁴¹ Le diseguaglianze accentuate dal *digital divide* hanno portato ad un fenomeno definito anche *digital apartheid* (così l'ex segretario di Stato USA Colin Powell in *Digital Apartheid and the effect of mobile technology during rural fieldwork*, in *South African Journal of Occupational Therapy*, vo. 48, 2, 2018, pp. 20-25).

⁴² Legge 9 gennaio 2004, n. 5, "Disposizioni per favorire e semplificare l'accesso degli utenti e, in particolare, delle persone con disabilità agli strumenti informatici".

⁴³ Così recita l'art. 1 "Obiettivi e finalità", al comma secondo.

⁴⁴ Con d.lgs 106/2018 è stata modificata la l. 4/2004, recependo la direttiva UE 2016/2102 cd. *Web Accessibility Directive (WAD)*. Un ulteriore tassello nella normativa eurounitaria sull'accesso alla rete per persone con disabilità è costituito dal cd. *Accessibility Act*, Direttiva UE 2019/882.

⁴⁵ Art. 1, comma 2 «La Repubblica riconosce e tutela il diritto di ogni persona ad accedere a tutte le fonti di informazione e ai relativi servizi, ivi compresi quelli che si articolano attraverso gli strumenti informatici e telematici». Sul punto v. C. LOTTA, *Governance della rete*, cit., 128 ss.

Successivamente, il Codice dell'Amministrazione Digitale ha ripreso il principio generale all'art. 3 rubricato "Diritto all'uso delle tecnologie", seppur circoscrivendolo ai rapporti con le pubbliche amministrazioni⁴⁶. Successivamente si sono susseguiti interventi mirati a raggiungere l'obiettivo della *cittadinanza digitale* introdotto dal CAD; su tutti la riforma della pubblica amministrazione del 2015⁴⁷, che mirava anche a rafforzare lo stesso codice attraverso la *Carta della cittadinanza digitale*⁴⁸.

Ciononostante, lo sforzo per incentivare l'utilizzo delle tecnologie digitali al fine di accedere ai servizi erogati dalle pubbliche amministrazioni non è stato sufficiente a garantire un efficace funzionamento dell'apparato pubblico durante la pandemia. Al contrario, secondo alcuni, ciò avrebbe emarginato, come detto, gran parte della popolazione (ancora) *analogica*⁴⁹, esclusa per avere avuto la "colpa" di non essere in grado di utilizzare quelli che erano in quel momento gli unici strumenti di dialogo con le istituzioni⁵⁰.

⁴⁶ Art. 3 CAD «Chiunque ha il diritto di usare, in modo accessibile ed efficace, le soluzioni e gli strumenti di cui al presente Codice nei rapporti con i soggetti di cui all'articolo 2 [le pubbliche amministrazioni], comma 2, anche ai fini dell'esercizio dei diritti di accesso e della partecipazione al procedimento amministrativo, fermi restando i diritti delle minoranze linguistiche riconosciute».

⁴⁷ La cd. *Riforma Madia* con legge delega 124 del 7 agosto 2015 ("Deleghe al Governo in materia di riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche") ha incaricato il Governo di emanare più decreti legislativi per una riforma organica della PA. Sulla riforma v. G. CORSO, *La riorganizzazione della P.A. nella legge Madia: a survey*, in *Federalismi.it*, n. 20, 2015; B.G. MATTARELLA, *Il contesto e gli obiettivi della riforma (commento a l. 7 agosto 2015, n. 124)*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 5/2015, 621.

⁴⁸ Così rubricata la parte della delega che atteneva alle modifiche ed integrazioni delle norme sull'amministrazione digitale. Sul punto v. M. PIETRANGELO, *Sui "diritti di cittadinanza digitale". Note a margine di un opaco percorso normativo*, in *Federalismi.it*, 8/2024, 130, 134 ss.

⁴⁹ «Da un lato, vi è una porzione della popolazione (più limitata), già abituata all'utilizzo delle tecnologie digitali, culturalmente competente e dotata di infrastrutture sufficienti; per questa Italia "virtuale" l'emergenza ha rappresentato una forte spinta quantitativa e qualitativa nell'utilizzo della rete e delle piattaforme telematiche. Dall'altro lato, vi è un'Italia (ancora) "analogica" che, di fatto, era già esclusa ovvero in difficoltà rispetto all'uso delle tecnologie e che si è vista ulteriormente priva di connessione (e dunque, di relazione). Per questa seconda categoria di cittadini e non cittadini, l'emergenza ha approfondito il cosiddetto "digital divide" anziché superarlo.» (così A. SIMONCINI, *Il diritto alla tecnologia*, cit., 194).

⁵⁰ «Ma, più in generale, un'eventuale stabilizzazione del fenomeno dell'iperconnessione su larga scala dispiegherebbe un effetto perverso su tutto il sistema delle

Probabilmente, le misure più idonee a garantire l'accesso ad *Internet* e superare i divari sono state intraprese dopo l'emergenza e grazie ai fondi dell'Unione Europea del piano *NextGen EU*. Attraverso il Piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR)⁵¹, denominato anche "Italia Domani", si è cercato di ridurre i divari digitali nel rispetto degli obiettivi della transizione digitale⁵². Infatti, nella premessa del PNRR è stata evidenziata la situazione nazionale in merito alla scarsa predisposizione del settore pubblico all'utilizzo di strumenti informatici⁵³.

Analizzando nel dettaglio le missioni in cui si articola il PNRR, ve ne sono alcune che possono garantire il diritto di accesso alla rete. Ad esempio, la prima missione, «Digitalizzazione, innovazione, competitività, cultura e turismo», contiene diverse previsioni volte a combattere sia il divario digitale infrastrutturale sia quello culturale in reazione ai rapporti utente-PA⁵⁴.

relazioni sociali, in assenza del fondamentale antidoto rappresentato dai rapporti "in presenza", che tende oggi a consentire un equilibrio, per così dire, tra vita online e vita offline: una pericolosa "disconnessione" dal mondo reale che tenderebbe, tra l'altro, a far ritenere che l'esclusione più rilevante sia quella dall'accesso alla Rete, facendo perdere di vista gli "esclusi" del mondo reale.» (così P. ZUDDAS, *Covid-19 e digital divide*, cit., 305-306).

⁵¹ TrasMESSO il 30 aprile 2021 dal Governo italiano alla Commissione UE e successivamente approvato dal Consiglio UE il 13 luglio 2021. Sul PNRR ed i suoi risvolti sull'ordinamento, tra i tanti, v. A. SCIORTINO, *PNRR e riflessi sulla forma di governo italiana. Un ritorno all'indirizzo politico "normativo"?*, in *Federalismi.it*, 18, 2021, 235ss; E. CATELANI, *PNRR e ordinamento costituzionale: un'introduzione*, in *Rivista AIC*, 3/2022; E. CAVASINO, *Il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza e le sue fonti. Dinamiche dei processi normativi in tempo di crisi*, Napoli, 2022; C. DI MARTINO, *La semplificazione normativa e il PNRR*, Napoli, 2023.

⁵² La transizione digitale è uno dei pilastri del Regolamento (UE) 2021/241 cd. *Recovery and Resilience Facility*.

⁵³ «La scarsa familiarità con le tecnologie digitali caratterizza anche il settore pubblico. Prima dello scoppio della pandemia, il 98,9 per cento dei dipendenti dell'amministrazione pubblica in Italia non aveva mai utilizzato il lavoro agile. Anche durante la pandemia, a fronte di un potenziale di tale modalità di lavoro nei servizi pubblici pari a circa il 53 per cento, l'utilizzo effettivo è stato del 30 per cento, con livelli più bassi, di circa 10 punti percentuali, nel Mezzogiorno» (così nella premessa del Piano Nazionale Ripresa e Resilienza, p. 2).

⁵⁴ Una analisi critica delle misure del PNRR in rapporto alla pubblica amministrazione è in D.U. GALETTA, *Transizione digitale e diritto ad una buona amministrazione: fra prospettive aperte per le Pubbliche Amministrazioni dal Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza e problemi ancora da affrontare*, in *Federalismi.it*, 7/2022, 103 ss.

L'investimento 1.4, «servizi digitali e cittadinanza digitale»⁵⁵, puntella, per così dire, quei principi enunciati e non a pieno concretizzati dal CAD sulla «cittadinanza digitale», rafforzando i servizi attraverso lo sviluppo di diverse piattaforme *online*⁵⁶. Quanto all'impatto sociale della scarsa alfabetizzazione digitale, la previsione di maggior pregio è quella dell'investimento 1.7: «competenze digitali di base». Questa sezione del Piano è rivolta allo sviluppo dell'alfabetizzazione digitale e cita espressamente il *digital divide* quale fenomeno che colpisce una larga parte della popolazione. Per aiutare i soggetti meno inclini all'uso degli strumenti tecnologici, attraverso i fondi del PNRR è stato istituito, dopo una prima fase sperimentale avviata nel 2021, il Servizio Civile Digitale⁵⁷, «attraverso il reclutamento di diverse migliaia di giovani che aiutino circa un milione di utenti ad acquisire competenze digitali di base»⁵⁸. Per incentivare la cultura digitale, come sottolinea lo stesso investimento 1.7, la missione sulla digitalizzazione della P.A. deve essere vista in stretto collegamento con la missione 4 sull'istruzione. Dal momento che la pandemia ha posto in evidenza l'impreparazione del sistema scolastico a gestire su larga scala l'erogazione del servizio in via telematica e considerato che l'educazione digitale costituisce il primo passo per un proficuo e diffuso utilizzo di *Internet*, gli investimenti a tal fine devono muoversi parallelamente con una visione di insieme.

3.1. È necessaria una riforma costituzionale?

La necessità di trovare un esplicito fondamento normativo all'accesso ad *Internet* al fine di garantire il contrasto alle disuguaglianze sociali ha portato a proposte di riforme costituzionali, le quali, pur non essendo state approvate, hanno contribuito ad arricchire il dibattito sul tema. Le diverse idee che si sono susseguite sono state un riflesso delle diverse qualifica-

⁵⁵ *Ivi*, 93.

⁵⁶ Sulle missioni del PNRR volte alla digitalizzazione della PA ed al superamento dei divari digitali v. E. SORRENTINO, A.F. SPAGNUOLO, *Le sfide degli enti locali: tra PNRR e gap digitali*, in *Federalismi.it*, 21/2023, 159 ss.

⁵⁷ «Una rete di giovani volontari di diversa provenienza in tutta Italia per fornire alle persone a rischio di esclusione digitale una formazione per lo sviluppo e il miglioramento delle competenze digitali e rafforzando la rete esistente di “Centri di facilitazione digitale”», <https://www.italiadomani.gov.it/>.

⁵⁸ *Ivi*, 95.

zioni date dalla dottrina all'accesso alla rete ed al rapporto tra esso e altri diritti e libertà costituzionali.

L'idea che vede la rete legata indissolubilmente alla comunicazione, e quindi all'art.21 Cost., è sfociata nella proposta di introdurre nella disposizione costituzionale un ulteriore comma che avrebbe dovuto recitare «*tutti hanno eguale diritto di accedere alla rete Internet, in condizione di parità, con modalità tecnologicamente adeguate e che rimuovano ogni ostacolo di ordine economico e sociale*»⁵⁹. A questa proposta, interpretabile come un corollario del principio di eguaglianza ex art. 3 Cost.⁶⁰, è seguita la Dichiarazione dei Diritti di Internet secondo cui l'accesso ad *web* «è diritto fondamentale della persona e condizione per il suo pieno sviluppo individuale e sociale»⁶¹. Il pregio della Dichiarazione, che intendeva tutelare l'accesso non più come mezzo servente ad altre libertà ma come diritto fondamentale, era quello di porre in capo alle istituzioni l'obbligo di garantire gli interventi utili al definitivo superamento dei divari digitali⁶². Tuttavia, la collocazione del diritto di accesso ad Internet nell'art. 21 continuava ad ancorarlo alla “sola” libertà di manifestazione del pensiero⁶³.

Un'altra prospettiva, invece, è confluita in una diversa proposta di modifica al testo costituzionale, all'interno del Titolo II della Parte I, dedicato ai rapporti etico-sociali⁶⁴. Secondo quest'ultima l'art. 34-*bis* avrebbe

⁵⁹ S. RODOTÀ, *Audizione Comm. Affari Costituzionali*, Senato della Repubblica, 17 marzo 2015, 1. L'idea iniziale era quella di introdurre in Costituzione l'art. 21 bis, poi trasformato in un comma dell'art. 21.

⁶⁰ Cfr. G. D'IPPOLITO, *Il diritto di accesso ad Internet in Italia. Dal 21 (bis) al 34 bis*, in *MediaLaws*, 1/ 2021, 81 ss.

⁶¹ Art. 2, punto 1, della Dichiarazione dei diritti di Internet, elaborata dalla Commissione per i diritti e i doveri relativi ad Internet a seguito della consultazione pubblica, delle audizioni svolte e della riunione della stessa Commissione del 14 luglio 2015.

⁶² Art. 2, punto 5, della Dichiarazione dei diritti di Internet: «Le Istituzioni pubbliche garantiscono i necessari interventi per il superamento di ogni forma di divario digitale, tra cui quelli determinati dal genere, dalle condizioni economiche oltre che da situazioni di vulnerabilità personale e disabilità»; quest'ultima parte di fatto adempiuta dalla già citata *Legge Stanca* e dalle successive direttive UE.

⁶³ A favore della scelta di introdurre un nuovo comma nell'art. 21 cost., senza fare ricorso alla definizione di una nuova disposizione costituzionale G. AZZARITI, *Internet e Costituzione*, in *Costituzionalismo.it*, 2/2011, 5, il quale sostiene che «sembra che il diritto d'accesso alla rete rappresenti una specificazione del più generale diritto alla libera manifestazione del pensiero».

⁶⁴ Proposta contenuta inizialmente nell'atto del Senato della Repubblica n. 156 del

dovuto prevedere che «*Tutti hanno eguale diritto di accedere alla rete Internet in condizioni di parità e con modalità tecnologicamente adeguate. La Repubblica promuove le condizioni che rendono effettivo l'accesso alla rete Internet come luogo dove si svolge la personalità umana, si esercitano i diritti e si adempiono i doveri di solidarietà politica, economica e sociale. La limitazione di tale diritto può avvenire, con le garanzie stabilite dalla legge, solo per atto motivato dell'autorità giudiziaria. è riconosciuta la neutralità della rete Internet. La legge determina le condizioni affinché i dati trasmessi e ricevuti mediante la rete Internet non subiscano trattamenti differenziati se non per fini di utilità sociale e riconosce la possibilità di utilizzare e di fornire apparecchiature, applicativi e servizi di propria scelta*».

Questa seconda proposta, chiaramente influenzata dal pensiero di Rodotà che ha trovato espressione nel precedente tentativo di riforma costituzionale, tentava di superare il concetto di *Internet* come un mezzo di comunicazione. La collocazione di *Internet* in questa disposizione avrebbe enfatizzato maggiormente il tema della alfabetizzazione digitale, causa di divari e diseguaglianze. Inoltre, l'ultimo capoverso della proposta di emendamento affrontava il tema, oggi centrale, dell'utilizzo dei dati trasmetti attraverso la rete⁶⁵.

Al di là delle riflessioni in merito al legame della rete con la libertà di espressione del pensiero e con il diritto all'istruzione, appare non necessaria una modifica del testo costituzionale per riconoscere e garantire un diritto che può comunque essere ricavato facendo ricorso, come anticipato, all'elasticità dell'art. 3, comma 2⁶⁶ o dell'art. 2 Cost.⁶⁷, specie considerando il riferimento che quest'ultimo fa alle formazioni sociali che oggi vivono anche in una dimensione digitale. Se ciò non fosse sufficiente, a completare il quadro potrebbe soccorrere l'art. 117,

10 luglio "Introduzione dell'articolo 34-bis della Costituzione, recante disposizioni volte al riconoscimento del diritto di accesso ad Internet", disponibile all'indirizzo <https://www.senato.it/leg/17>, e ripresa nell'atto della Camera dei Deputati n. 2816 del 14 gennaio 2015 "Introduzione dell'articolo 4-bis della Costituzione, in materia di riconoscimento del diritto universale di accesso alla rete Internet", disponibile all'indirizzo <https://www.camera.it/leg17/126>. Sulla proposta v. G. D'IPPOLITO, *Il diritto di accesso*, cit., 93 ss.

⁶⁵ Sul tema v. O. POLLICINO, *Costituzionalismo, privacy e neurodiritti*, in *MediaLaws*, 2/2021; M. BASSINI, *Il diritto costituzionale alla privacy nel prisma dell'evoluzione tecnologica*, in *Diritto Costituzionale*, 1/2023, 83 ss.

⁶⁶ Cfr. L. CUOCOLO, *La qualificazione giuridica dell'accesso a Internet, tra retoriche globali e dimensione sociale*, in *Politica del Diritto*, 2-3, 2012, 263 ss., 286.

⁶⁷ V. *supra*, 2-3.

comma 2, lett. *m*), che assegna al legislatore statale la competenza di garantire i livelli essenziali delle prestazioni per l'accesso a diritti civili e sociali⁶⁸.

4. *La qualificazione dell'accesso ad Internet come diritto sociale*

Ciò che merita una attenta riflessione è, non tanto l'eventuale riconoscimento sul piano legislativo o costituzionale di un diritto di accesso ad *Internet*, quanto capire se può essere considerato un diritto sociale⁶⁹ autonomo ovvero solo un mero mezzo servente al godimento di diritti e libertà esplicitati nella Costituzione.

Non è in dubbio il fatto che *Internet*, come ha evidenziato ancor di più il distanziamento sociale conseguente alla pandemia, sia oggi la precondizione per l'esercizio di diritti e libertà; inoltre, tale considerazione non ridimensiona la valenza della rete, ma sembra non tener conto che anche altri diritti costituzionali siano connessi tra loro e costituiscano l'uno mezzo di esercizio dell'altro. Si prenda, ad esempio, l'istruzione, diritto sociale attraverso il quale il cittadino, tra l'altro⁷⁰, acquisisce gli strumenti per esercitare consapevolmente il diritto di voto⁷¹. L'utilizzo (responsabile) delle tecnologie informatiche è servente ad entrambi, ma

⁶⁸ G. DE MINICO, *Uguaglianza e accesso a Internet*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 6 maggio 2013, 3.

⁶⁹ Tema "difficile da dominare" e spesso a margine della riflessione giuridica che appare più concentrata sui diritti di libertà (cfr. M. LUCIANI, *Sui diritti sociali*, in *Studi in onore di Manlio Mazziotti di Celso*, vol. II, Padova, 1995, 97 ss). Sui diritti sociali A. BALDASSARRE, *Diritti sociali* (voce), in *Enciclopedia giuridica*, Roma, 1989, vol. XI. Una concezione "riduttiva" dei diritti sociali, visti quasi alla stregua di interessi legittimi, è espressa in M. MAZZIOTTI DI CELSO, *Diritti sociali*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1964, vol. XII, 802ss; M. BENVENUTI, *Diritti sociali*, Novara, 2013; A.M. POGGI, *I diritti delle persone. Lo Stato sociale come Repubblica dei diritti e dei doveri*, Milano, 2023; L. VENTURA, A. MORELLI, *Il paradossale percorso dei diritti sociali*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2/2021.

⁷⁰ Nello stesso senso L. CUOCOLO, *La qualificazione giuridica dell'accesso a Internet*, cit.

⁷¹ Così «è opportuno anche rilevare che internet non è tanto o solo uno strumento a difesa della libertà individuale (di conoscere, di sapere, di manifestare la propria idea) contro il potere dispotico, ma anche e sempre più uno strumento di partecipazione alla vita democratica di un paese» (così G. AZZARITI, *Internet e Costituzione*, cit.,3).

ciò non giustifica l'impossibilità di considerare l'accesso ad *Internet* come un autonomo diritto sociale⁷².

La tesi a favore del riconoscimento del rango di diritto sociale all'accesso a *Internet* sembra essere stata seguita in alcune pronunce di corti straniere⁷³, diversamente da quanto emerge dall'orientamento della nostra Corte costituzionale dalle cui sentenze non si ricavano spunti in tal direzione. Paradigmatica, in tal senso, è la pronuncia relativa al cd. *Progetto PC giovani*⁷⁴. La questione nasceva dall'azione, voluta dal Governo, di superare il *digital divide* (infrastrutturale) attraverso una serie di interventi⁷⁵ che incentivavano finanziariamente l'acquisto e l'utilizzo di PC da parte di giovani e soggetti con basso reddito. Tali finanziamenti sono stati, però, giudicati lesivi dell'autonomia legislativa e finanziaria regionale da parte della Regione Emilia-Romagna. Nel dirimere la questione, la Consulta ha dichiarato infondato il ricorso sostenendo che l'intervento statale non poteva essere considerato invasivo delle competenze regionali in quanto perseguiva «finalità di interesse generale» quale è lo sviluppo della cultura attraverso lo strumento informatico, il cui perseguimento fa capo alla Repubblica in tutte

⁷² Vi è chi, nel definire il diritto di accesso ad *Internet* quale mera "libertà informatica", sostiene che intenderlo come diritto costituzionale sia un esempio di sovrainterpretazione, definita quell'insieme di tecniche con le quali si manipola il testo (costituzionale) per ricavare cose non espresse attraverso ragionamenti dogmatici o ideologici (così M. BETZU, *Interpretazione e sovra-interpretazione dei diritti costituzionali nel cyberspazio*, in *Rivista AIC*, 4/2012).

⁷³ Il fatto che pronunce di tribunali costituzionali di altri Stati riconoscano il diritto di accesso ad *Internet* non può essere un elemento da porre come fondamento delle riflessioni riferite al nostro paese (cfr. M. BETZU, *Interpretazione e sovra-interpretazione*, cit., 6); su una analisi comparata della giurisprudenza costituzionale sul tema v. P. PASSAGLIA, *Diritto di accesso ad Internet e giustizia costituzionale. Una (preliminare) indagine comparata*, in M. PIETRANGELO (a cura di), *Il diritto*, cit., 59 ss.; ID., *La problematica definizione dell'accesso a Internet e le sue ricadute su esclusioni sociali e potenziali discriminazioni*, in *MediaLaws*, 3/2021.

⁷⁴ Sentenza Corte costituzionale 307 del 2004, commentata in A. PACE, *I progetti «PC ai giovani» e «PC alle famiglie»: esercizio di potestà legislativa esclusiva statale o violazione della potestà regionale residuale?*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 5/2004.

⁷⁵ Il primo dei quali trovava fondamento e copertura finanziaria all'art.27 della legge 27 dicembre 2002 n.298, sul progetto "Pc Giovani" e la successiva sentenza v. F.G. PIZZETTI, *Il progetto "PC ai giovani" nel quadro della promozione dell'eguaglianza digitale da parte dello stato e delle Regioni*, in *Federalismi.it*, 12/2008.

le sue articolazioni, anche al di là della ripartizione di competenze di cui all'art.117 Cost.⁷⁶.

Le critiche mosse a questa sentenza non hanno riguardato la decisione di respingere il ricorso ma il percorso argomentativo effettuato dalla Corte, poiché è stata una occasione mancata di riconoscimento del diritto di accesso ad *Internet* quale diritto sociale così ponendo l'onere in campo alla Repubblica di provvedere alla sua realizzazione. È apparsa, cioè elusa dalla Consulta la linea adottata dall'Avvocato Generale dello Stato, il quale sosteneva che l'accesso ai mezzi informatici dovesse essere considerato materia di competenza esclusiva dello Stato *ex art. 117 comma 2, lett m)*, riguardante «la determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale»⁷⁷. È proprio quanto sostenuto dalla difesa del Governo, ossia che «non è contestabile che, nell'attuale assetto sociale, l'accesso ai mezzi informatici vada considerato come 'un vero e proprio diritto sociale' strumentale all'esercizio di altri diritti fondamentali»⁷⁸, che avrebbe dovuto costituire per la Corte elemento di maggior ponderazione.

In dottrina questo concetto è stato chiaramente espresso da chi ha sostenuto che «il diritto di accesso a *Internet* è da considerarsi un diritto sociale o, meglio, una pretesa soggettiva a prestazioni pubbliche, al pari dell'istruzione, della sanità e della previdenza. Un servizio universale⁷⁹, che le istituzioni nazionali devono garantire ai loro cittadini attraverso investimenti statali, politiche sociali ed educative, scelte di spesa pubblica [...] Una libertà fondamentale il cui esercizio è strumentale all'esercizio di altri diritti e libertà costituzionali»⁸⁰. In poche parole, è al tempo stesso un

⁷⁶ Sul punto v. M.R. ALLEGRI, *Il diritto di accesso a Internet: profili costituzionali*, in *Media Laws*, 1/2021, 57, 66 s.; F.G. PIZZETTI, *Il progetto "PC ai giovani*, cit., 22.

⁷⁷ Cfr. M.R. ALLEGRI, *Il diritto di accesso*, cit., 67; F.G. PIZZETTI, *Il progetto "PC ai giovani*, cit., 22.

⁷⁸ Sul punto v. A. PAPA, *Il principio di uguaglianza (sostanziale) nell'accesso alle tecnologie digitali*, in *Federalismi.it*, 27 aprile 2008, 15. L'A. sottolinea altresì che, pur essendo condivisibile quanto argomentato dall'AG, nel merito la legge contestata tentava di superare i divari digitali solamente con l'acquisto del mezzo informatico, insufficiente a garantire una adeguata alfabetizzazione digitale. Concetto espresso anche da S. RODOTÀ, *Tecnopolitica. La democrazia e le nuove tecnologie della comunicazione*, Roma-Bari, 2004, 92.

⁷⁹ Sul legame tra diritto di accesso ad Internet e servizio universale v. C. LOTTA, *Governance della rete*, cit., 120 ss.

⁸⁰ Così T.E. FROSINI, *Il diritto costituzionale di accesso a Internet*, in *Rivista AIC*, 1/2011, 8-9; *contra* M. BETZU, *Interpretazione e sovra-interpretazione*, cit.

diritto sociale e un mezzo attraverso il quale godere a pieno di altri diritti costituzionali espressi.

Non sembrano essere sufficienti le argomentazioni di chi teme che un tale riconoscimento necessiti di un esplicito richiamo in Costituzione, che a sua volta causerebbe una “ipertrofia costituzionale”⁸¹. Tale preoccupazione potrebbe essere fondata nel momento cui l’accesso alla rete venisse (come già peraltro proposto) introdotto nel testo costituzionale seguendo le recenti tendenze volte ad usare le riforme costituzionali come mero strumento di propaganda politica⁸². Tuttavia, come anticipato⁸³, il riconoscimento di tale diritto può avvenire con una “semplice” interpretazione evolutiva della Carta, in modo da non renderla un catalogo di diritti da aggiornare di volta in volta⁸⁴. Né appare fondato il timore che un ulteriore diritto possa creare antinomie rispetto a diritti esplicitamente riconosciuti, in quanto porre un limite ai diritti sociali significherebbe, da un lato, impedire di adattare la Costituzione alle evoluzioni sociali e, dall’altro, omettere il fisiologico ricorso al bilanciamento tra diritti codificati⁸⁵. Ulteriore obiezione posta, quest’ultima però con riscontri fattuali non irrilevanti, si fonda sulle problematiche conseguenti al fatto che il riconoscimento di un “nuovo” diritto sociale comporterebbe maggiori oneri per lo Stato, così aggiungendo un ulteriore “inciampo” al raggiungimento dell’equilibrio di bilancio imposto dall’art. 81 Cost⁸⁶.

⁸¹ Cfr. P. TANZARELLA, *L’accesso a Internet è fondamentale, ma è davvero un diritto (fondamentale)?*, in *Media Laws*, 1/2021, 39, 53 ss.

⁸² Una critica alla tendenza di innovare continuamente il testo costituzionale in M. VOLPI, *La banalizzazione della Costituzione tra revisioni adottate e riforme progettate*, in *Costituzionalismo.it*, 1/2005; A. RUGGERI, *Il federalismo all’italiana e l’uso “congiunturale” della Costituzione*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 9 luglio 2001.

⁸³ V. *supra* par. 3.1.

⁸⁴ Ciò, peraltro, è sostenuto da chi ne esclude il riconoscimento poiché non accetta l’idea dell’art.2 Cost. come fattispecie aperta, la quale rischierebbe di rendere tale disposizione un “costituzionalizzatore permanente” (così M. BETZU, *Interpretazione e sovra-interpretazione*, cit., 6).

⁸⁵ Cfr. S. SCAGLIARINI, *Diritti sociali e nuovi diritti sociali in fieri nella giurisprudenza costituzionale*, in *Gruppo di Pisa*, 1/2012, 49.

⁸⁶ Cfr. P. TANZARELLA, *L’accesso a Internet*, cit. 66. Il riconoscimento, peraltro, imporrebbe al legislatore di reperire risorse adeguate (L. CUOCOLO, *La qualificazione giuridica*, cit., 284 ss.). In linea di principio *welfare* e mercato non sono incompatibili, ma nel concreto finiscono per confliggere (cfr. M. LUCIANI, *Diritti sociali e livelli essenziali delle prestazioni pubbliche nei sessant’anni della Corte costituzionale*, in *Rivista AIC*, 3/2016, 4).

5. *Il diritto (sociale) alla rete tra bilancio e bilanciamento*

Il problema legato ai diritti sociali di nuova generazione, che per la verità accomuna tutti i diritti sociali, consiste, come noto, nella mancanza di capacità auto-satisfattiva⁸⁷ in quanto essi necessitano, più che del riconoscimento esplicito⁸⁸, della collaborazione attiva da parte dello Stato. Per loro natura i diritti sociali sono doppiamente condizionati, perché dipendono, in primo luogo, dal loro riconoscimento e, successivamente, dalla disciplina finalizzata alla erogazione delle risorse economiche, la quale a sua volta deriva da una decisione politica che deve valutare le modalità e le condizioni di reperimento delle stesse⁸⁹. Le sorti dei diritti finanziariamente condizionati⁹⁰, nella specie rappresentati dai diritti sociali a prestazione⁹¹, sono da sempre legate all'andamento economico e alle scelte politiche spesso dettate non solo dalla necessità di bilanciare i diritti finanziabili ma anche dal fine di contenere la spesa pubblica.

Essi, nonostante siano il fulcro del *welfare state* e un pilastro della stessa democrazia sociale⁹², hanno dovuto affrontare situazioni storiche ed economiche che hanno avuto importanti ripercussioni sulla forma di Stato. Ragionando nella prospettiva del nostro Paese, l'integrazione eurounitaria,

⁸⁷ G. DE MINICO, *Diritti regole e Internet*, in *Costituzionalismo.it*, 2, 2011, 2.

⁸⁸ La legge “serve” a rendere gradualmente possibile in concreto il godimento del diritto, ma non è su di essa che si fonda in quanto il fondamento della pretesa del cittadino nasce dalla Costituzione e non dalla legge (cfr. F. MODUGNO, *I “nuovi diritti” nella giurisprudenza costituzionale*, Torino, 1995, 69).

⁸⁹ Cfr. F. GABRIELE, *Diritti sociali, unità nazionale e (in)disponibilità delle risorse*, in F. GABRIELE, C.P. GUARINI, G. LUCHENA, A. NICO, V. TEOTONICO, *Costituzione Diritti Sociali ed Economia*, Bari, 2020, pp. 11-15.

⁹⁰ Espressione che si deve a F. MERUSI, *Servizi pubblici instabili*, Bologna, 1990, 30. Si può distinguere tra diritti sociali condizionati ed incondizionati (F. MODUGNO, *I “nuovi diritti”*, cit., 65ss) ma non muta la copertura costituzionale che li riguarda, in quanto anche se per i primi è necessario erigere delle strutture atte a garantirli, rimane identica la loro struttura di valore (cfr. D. BIFULCO, *L'inviolabilità dei diritti sociali*, Napoli, 2003, 167). L'evoluzione dottrinale e giurisprudenziale in tema di diritti finanziariamente condizionati attiene principalmente al diritto alla salute.

⁹¹ La nozione di diritti sociali condizionati compare per la prima volta nella giurisprudenza costituzionale con la sentenza 455/1990 relativa al diritto alla salute (C. COLAPIETRO, *La giurisprudenza costituzionale nella crisi dello Stato sociale*, Padova, 1996, 370).

⁹² E. LONGO, *I diritti sociali nella Costituzione italiana: un percorso di analisi*, in *Rivista del Diritto della Sicurezza sociale*, 2, 2017, 201-235.

il mercato globalizzato e le crisi finanziarie⁹³ hanno sempre più inciso sulle politiche di bilancio, condizionando così le decisioni sulle spese da sostenere, con conseguenze inevitabili anche sul piano del finanziamento delle risorse destinate ai diritti sociali, trovando formalizzazione a livello costituzionale con la riforma⁹⁴, “suggerita” dall’Unione Europea⁹⁵, che ha modificato, tra le altre disposizioni, l’art. 81 Cost.⁹⁶, inserendo tra i principi costituzionali quello dell’equilibrio di bilancio⁹⁷.

La costituzionalizzazione di questo principio ha riaperto, se non acuito, il risalente dibattito circa il rapporto tra disponibilità delle risorse

⁹³ Le politiche di sacrificio dei diritti sociali hanno due argomenti: Europa e Mercato (L. CARLASSARE, *Diritti a prestazione e vincoli di bilancio*, in *Costituzionalismo.it*, 3/15, 137, 144). Il tema del legame tra crisi economiche e Stato sociale è stato oggetto di numerose riflessioni, soprattutto in una prospettiva di integrazione europea. Tra gli altri, v. A. SPADARO, *I diritti sociali di fronte alla crisi (necessità di un nuovo “modello sociale europeo”: più sobrio, solidale e sostenibile)*, in *Rivista AIC*, 4, 2011; I. CIOLLI, *I diritti sociali al tempo della crisi economica*, in *Costituzionalismo.it*, 3, 2012; E. CAVASINO, G. SCALA, G. VERDE (a cura di), *I diritti sociali dal riconoscimento alla garanzia*, Napoli, 2013; F. BILANCIA, *Crisi economica e asimmetrie territoriali nella garanzia dei diritti sociali tra mercato unico e unione monetaria*, in *Rivista AIC*, 2/2014; A. RUGGERI, *Per uno studio sui diritti sociali e sulla Costituzione come “sistema” (notazioni di metodo)*, in *Consulta Online*, 2/2015, 538ss; M. D’AMICO, F. BIONDI (a cura di), *Diritti sociali e crisi economica*, Milano, 2017; A.M. POGGI, *Crisi economica e crisi dei diritti sociali nell’Unione europea*, in *Rivista AIC*, 1, 2017.

⁹⁴ Legge costituzionale n. 1 del 20 aprile 2012 che ha modificato gli articoli 81, 97, 117 e 119 della Costituzione.

⁹⁵ O più precisamente dalla Banca Centrale Europea (A. PACE, *Pareggio di bilancio: qualcosa si può fare*, in *Rivista AIC*, 3/2011, 1).

⁹⁶ Nela sterminata dottrina sulla riforma dell’art. 81 Cost., v. tra gli altri, M. LUCIANI, *Costituzione, bilancio, diritti e doveri dei cittadini*, in *Scritti in onore di Antonio D’Atena*, Milano, 2015, 1673 ss., Id., *L’equilibrio di bilancio e i principi fondamentali: la prospettiva del controllo di costituzionalità*, in *Il principio dell’equilibrio di bilancio secondo la riforma costituzionale del 2012*, Atti del seminario svoltosi in Roma, Palazzo della Consulta, 22 novembre 2013, Milano 2014; F. BILANCIA, *Note critiche sul c.d. “pareggio di bilancio”*, *Rivista AIC*, 2/2012; Id., *Costituzione, bilancio, diritti e doveri dei cittadini*, *Astrid rassegna*, 3/2013; M. MAZZIOTTI, *Note minime sulla legge costituzionale 20 aprile 2012 n.1*, in *Giur. cost.*, 2012, 3791 ss.; G. RIVOSECCHI, *Il c.d. pareggio di bilancio tra Corte e legislatore, anche nei suoi riflessi sulle regioni: quando la paura prevale sulla ragione*, in *Rivista AIC*, n. 3/2012; G. SCACCIA, *La giustiziabilità della regola del pareggio di bilancio*, in *Rivista AIC*, 3/2012; T. F. GIUPPONI, *Il principio costituzionale dell’equilibrio di bilancio e la sua attuazione*, in *Quaderni costituzionali*, 2014, 51 ss. In tono critico A. BRANCASI, *L’introduzione del principio del c.d. pareggio di bilancio: un esempio di revisione affrettata della Costituzione*, in *Quaderni Costituzionali*, 1/2012, 108ss.

⁹⁷ «Ammesso che quello enunciato dall’art. 81 Cost., sia un “principio”» (così L. CARLASSARE, *Diritti a prestazione*, cit., 149).

economiche e finanziamento delle misure destinate ai diritti sociali⁹⁸, il quale, tuttavia, ha trovato anche in giurisprudenza le medesime conclusioni individuate dalla dottrina nel corso degli anni.

Come è stato osservato ben prima della riforma, il bilanciamento tra diritti sociali e vincoli di spesa non è un bilanciamento “tra pari”. Benché sia comunque necessario, nelle scelte economiche che il decisore politico deve compiere, prevedere spese che non aggravino oltremodo il bilancio dello Stato, il fine dell’efficienza economica non può mai essere posto sullo stesso piano delle esigenze sociali; per questo motivo è stato definito “bilanciamento ineguale”⁹⁹. In altre parole, posto che la Corte costituzionale ha evidenziato come non vi sia una gerarchia tra i principi costituzionali, e che quindi l’art. 81 non può divenire un principio “tiranno”¹⁰⁰, è l’eliminazione degli ostacoli di cui all’art. 3, comma 2, Cost. che deve essere perseguita all’interno di qualsiasi bilancio, non essendo compatibile con il disegno costituzionale la subordinazione del riconoscimento dei diritti fondamentali a *quando e se* le risorse siano disponibili¹⁰¹.

Fondamentale in tal senso è stata la sentenza della Corte costituzionale 275 del 2016¹⁰², avente ad oggetto una legge regionale riguardante spese

⁹⁸ Sul tema C. PINELLI, *Diritti costituzionalmente condizionati, argomento delle risorse disponibili, principio di equilibrio finanziario*, in A. RUGGERI (a cura di), *La motivazione delle decisioni della Corte costituzionale*, Torino 1994; F. GABRIELE, *Diritti sociali, unità nazionale e risorse (in)disponibili: sulla permanente violazione-inattuazione della parte prima (quella “intoccabile”!) della Costituzione*, in *Rivista AIC*, 3/2013.

⁹⁹ «Fra esigenze economico-finanziarie ed esigenze sociali il bilanciamento va comunque compiuto, e la nostra Costituzione impone che si tratti di un bilanciamento ineguale o, meglio ancora, che non si tratti di un vero e proprio bilanciamento (che è sempre fra eguali), perché il fine (il soddisfacimento dei diritti sociali della persona) non può essere posto sullo stesso piano del mezzo (l’efficienza economica)» (così M. LUCIANI, *Sui diritti sociali*, cit., 126).

¹⁰⁰ L. CARLASSARE, *Diritti a prestazione*, cit., 153.

¹⁰¹ Così F. GABRIELE, A. M. NICO, *Osservazioni “a prima lettura” sulla sentenza della Corte costituzionale n. 10 del 2015: dalla illegittimità del “togliere ai ricchi per dare ai poveri” alla legittimità del “chi ha avuto, ha avuto...scordiamoci il passato”*, in *Rivista AIC*, 2/2015, 7). Tale concetto, d’altra parte, non può comunque permettere che l’efficienza economica venga sacrificata e compressa al di là di ogni ragionevole limite (cfr. M. LUCIANI, *Sui diritti sociali*, cit., 116).

¹⁰² Con la sentenza 275 del 2016 la Corte ha dichiarato l’illegittimità dell’art.6 comma 2-bis della legge della Regione Abruzzo 15 dicembre 1978 n. 78 “Interventi per l’attuazione del diritto allo studio”. I giudici di legittimità hanno rinvenuto nella disposizione la violazione del terzo e quarto comma dell’art. 38 Cost. che assicurano il diritto allo studio delle persone affette da disabilità, in quanto «l’indeterminatezza del

per i servizi di trasporto degli studenti disabili¹⁰³. In tale occasione i giudici hanno evidenziato che l'intervento del legislatore, pur fondandosi legittimamente *anche* sulle esigenze di bilancio, ha il limite invalicabile costituito dal nucleo di garanzie minime per rendere effettivo il diritto¹⁰⁴.

Posto questo chiaro principio, nonostante il perenne rischio di ridimensionamento dei finanziamenti relativi ad alcuni diritti, ciò che per alcuni è un limite al riconoscimento dello *status* di diritto sociale, ossia l'essere funzionale ad altri diritti, è in realtà un fattore che consente di garantire il diritto di accesso ad *Internet* attraverso il potenziamento degli strumenti predisposti per i diritti sociali "classici". L'integrazione delle legislazioni, e voci di spesa, relative all'istruzione ed alla pubblica amministrazione con specifiche misure indirizzate alla alfabetizzazione digitale

finanziamento determina un *vulnus* all'effettività del servizio di assistenza e trasporto, come conformato dal legislatore regionale» (*Cons.dir.*, § 9). Sulla sentenza v. A. APOSTOLI, *I diritti fondamentali "visti" da vicino dal giudice amministrativo Una annotazione a "caldo" della sentenza della Corte costituzionale n. 275 del 2016*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 11 gennaio 2017; E. FURNO, *Pareggio di bilancio e diritti sociali: la ridefinizione dei confini nella recente giurisprudenza costituzionale in tema di diritto all'istruzione dei disabili*, in *Consulta Online*, 1/2017; A. LONGO, *Una concezione del bilancio costituzionalmente orientata: prime riflessioni sulla sentenza della Corte costituzionale n. 275 del 2016*, in *Federalismi.it*, 10/2017; L. ARDIZZONE, R. DI MARIA, *La tutela dei diritti fondamentali ed il "totem" della programmazione: il bilanciamento (possibile) fra equilibrio economico-finanziario e prestazioni sociali (brevi riflessioni a margine di Corte cost., sent. 275/2016)*, in *Diritti Regionali* 2/2017, 173ss; F. BLANDO, *Soggetti disabili e istruzione: la lotta per il diritto*, in *Federalismi.it*, 10/2017.

¹⁰³ I principi espressi dalla Consulta si pongono in continuità con precedenti pronunce quali la 251/1987 e la 80/2010 (S. BARBARESCHI, *Tecniche argomentative della Corte costituzionale e tutela dei diritti sociali condizionati. Riflessioni a partire dal diritto alla salute*, in *Federalismi.it*, 13/2018, 18).

¹⁰⁴ Sentenza 275/2016, *Cons.dir.* § 11 (sul punto, in particolare, v. A. APOSTOLI, *I diritti fondamentali*, cit., 2). Non sono mancate, tuttavia, pronunce che, seppur non in termini espliciti, sono sembrate porsi in discontinuità. Così la sentenza n. 152/2020, nella quale «sorge il dubbio che la Corte ammetta – fuori dall'estrema ipotesi di lesione del nucleo essenziale del diritto – di concepire il bilanciamento tra diritti e risorse come un confronto tra interessi di pari livello» (così C. COLAPIETRO, S. BARBARESCHI, *Motivazione, tempo e strumentalità del bilancio: le coordinate giurisprudenziali sul rapporto tra diritti fondamentali e risorse finanziarie alla luce della sentenza n. 152 del 2020. Rischiose variazioni ritmiche in una straordinaria composizione*, in *Nomos*, 1/2021, 26). Il principio secondo cui le regioni non possono in ogni caso comprimere il nucleo minimo dei diritti, neanche per ragioni di bilancio, è stato ribadito dalla Corte nella storica sentenza sulla cd. *autonomia differenziata* (legge 26 giugno 2024, n.86), n.192 del 2024. Su di essa, tra gli altri, A. SPADARO, *La "quadratura del cerchio"...o della sent. cost. n.192/2024*, in *Diritti Regionali*, 1/2025, editoriale.

ed alla accessibilità dei servizi informatici consentono ad un diritto sociale trasversale di poter essere garantito nel suo nucleo essenziale anche in modo indiretto.

6. *Contenuto del diritto, obblighi per lo Stato e neutralità*

Dopo aver brevemente individuato i termini del rapporto tra diritti sociali e vincoli di bilancio, rimane da esaminare in che modo il diritto di accesso ad *Internet* debba essere concretamente tutelato. Prendendo spunto dal principio enucleato dalla Corte costituzionale nella sentenza appena menzionata, il punto di partenza dovrebbe essere quello di individuare il suo contenuto minimo e, successivamente, il livello essenziale che lo Stato deve garantire. Un primo obbligo che il decisore pubblico dovrebbe rispettare è quello di «evitare l'adozione di misure contrarie ai diritti dell'uomo, ai diritti civili e ai principi di proporzionalità, di efficacia e di dissuasione, come l'interruzione all'accesso a *Internet*»¹⁰⁵. Questo, tuttavia, è un mero obbligo di astensione che non implica un intervento attivo dello Stato.

Per identificare il contenuto essenziale del diritto ad *Internet* occorre, dunque, comprendere quali siano gli strumenti minimi che consentono il superamento dei divari digitali infrastrutturali e culturali. Per quanto attiene ai primi, non si può pretendere che la Repubblica garantisca a tutti l'acquisto di strumenti informatici di ultima generazione, ma dovrebbe fare in modo, in *primis*, che chiunque li possieda abbia la possibilità di accedere alla banda larga senza alcuna forma di discriminazione territoriale; in secondo luogo, in ottemperanza al principio di eguaglianza sostanziale, dovrebbe essere garantito il sostegno economico (ad esempio sottoforma di *bonus*) a chi non è nelle condizioni di acquistare dispositivi che consentono di accedere alla rete e, come fatto attraverso la citata *Legge Stanca*¹⁰⁶ e il CAD, adottare le misure adeguate affinché l'accesso ai siti *Internet* (quelli della p.a. su tutti) sia reso agevole per i soggetti con disabilità.

Simili considerazioni possono essere svolte per il contenuto minimo del diritto legato al superamento del divario culturale, in quanto ciò che deve essere garantita non è un'alta formazione informatica ma una alfa-

¹⁰⁵ Risoluzione del Parlamento Europeo del 10 aprile 2008.

¹⁰⁶ V. *supra* par. 3.

betizzazione digitale sufficiente a consentire ai fruitori di *Internet* di tutte le età di utilizzare consapevolmente il *web* al fine di godere pienamente dei diritti esercitabili attraverso di esso¹⁰⁷.

Il compito più difficile per il soggetto pubblico, però, è quello di adottare le azioni necessarie affinché uno strumento fondamentale non sia soggetto a limitazioni che rispondano a finalità diverse rispetto alle esigenze di bilanciamento tra diritti fondamentali, e quindi, fare in modo che la rete sia neutrale. Corollario del diritto ad *Internet*¹⁰⁸ è il principio della *net neutrality*¹⁰⁹, definito come «*a network design principle aspires to treat all content, sites, and platforms equally. This allows the network to carry every form of information and support every kind of application*»¹¹⁰.

Il legame tra i due concetti emerge chiaramente nel contenuto sostanziale del diritto di accesso: una connessione non neutrale, in altri termini non pienamente rispettosa del principio di eguaglianza, compromette un eguale esercizio del diritto¹¹¹. Il rischio di una simile compromissione è costante dal momento che la rete, per la sua natura transnazionale ed a-territoriale, sfugge in parte agli Stati nazionali (o sovranazionali) e risente di fenomeni economici che hanno al centro i giganti del *web*¹¹² o

¹⁰⁷ Gli impedimenti più significativi sono connessi a condizioni soggettive dell'utente e quindi legati al problema dell'alfabetizzazione informatica (cfr. P. PASSAGLIA, *Diritto di accesso ad Internet*, cit., 77).

¹⁰⁸ G. D'IPPOLITO, *La tutela dell'effettività dell'accesso ad Internet e della neutralità della rete*, in *Rivista italiana di informatica e diritto*, 2/2021, 33, 35.

¹⁰⁹ Sul concetto di *net neutrality* v. G. DE MINICO, *Net Neutrality come diritto di chi verrà*, in *Costituzionalismo.it*, 1/2016; l'A. sottolinea che non vi sia una definizione univoca del concetto, che può sintetizzarsi nel divieto per l'ISP (*Internet service provider*) di discriminare in qualità o velocità i contenuti diffusi da chi vuole diffonderli nella comunità dei naviganti della rete.

¹¹⁰ T. WU, *Network neutrality, broadband discrimination*, in *Journal of Telecommunication and High Technology Law*, 2/2003; secondo un'altra definizione è la «parità di trattamento dei dati veicolati in rete e la facoltà degli utenti di acceder[vi] liberamente» (così F. DONATI, *Net neutrality e zero rating nel nuovo assetto delle comunicazioni elettroniche*, in T.E. FROSINI – O. POLLICINO – E. APA – M. BASSINI (a cura di), *Diritti e libertà in Internet*, Milano, 2017, 85).

¹¹¹ Vi è chi si spinge a concepire la *net neutrality* come diritto fondamentale (v. C.B. GRABER, *Net neutrality: a fundamental right in the digital constitution?*, in *Indiana journal of Global legal studies*, vol.30, 2, 2023, 197 ss.).

¹¹² Nella vasta dottrina in materia si richiamano tra gli altri F. FOER, *World without mind*, New York, 2017, ed.it. M. Camporesi, *I nuovi poteri forti*, Milano, 2017, 117 ss.; L. CASINI, *Lo stato nell'era di Google*, Milano, 2020; F. PARUZZO, *I sovrani della rete. Piattaforme digitali e limiti costituzionali al potere privato*, Napoli, 2022.

*gatekeeper*¹¹³. La stessa rete che è nata libera da vincoli legislativi, e che ha consentito a poche piattaforme di diventare oggi degli oligopolisti, rischia di essere adesso un luogo non più *liberamente* aperto a nuovi soggetti¹¹⁴.

Non essendo oggetto della trattazione il vasto tema della regolazione del *web* e delle piattaforme digitali¹¹⁵, ci si limita qui a sottolineare come la neutralità della rete sia fondamentale per garantire diritti esercitabili *in e attraverso Internet*. Nonostante il concetto in esame (e la relativa disciplina eurounitaria¹¹⁶) attenga essenzialmente al rapporto tra il fornitore dell'accesso e i fornitori di contenuti in *Internet*¹¹⁷, e quindi tra due soggetti economici con le relative conseguenze sul piano della concorrenza¹¹⁸, ogni

¹¹³ Così definite le principali piattaforme digitali dal *Digital Markets Act*, Regolamento (EU) 2022/1925.

¹¹⁴ Cfr. G. DE MINICO, *Net neutrality come diritto*, cit., 1.

¹¹⁵ V. G. De MINICO, *Internet Regola e anarchia*, Napoli, 2012; M. BETZU, *Regolare Internet. La libertà di informazione e di comunicazione nell'era digitale*, Torino, 2012; A. D'ALOIA, *Intelligenza artificiale e diritto. Come regolare un mondo nuovo*, Milano, 2021; E. CREMONA, *I poteri privati nell'era digitale*, Napoli, 2023.

¹¹⁶ La *net neutrality* è stata oggetto di intervento da parte delle istituzioni eurounitarie, in particolare attraverso le linee guida dell'Organo dei regolatori europei delle comunicazioni elettroniche (BEREC), il quale ha pubblicato il 30 agosto 2016 le «Linee guida per le autorità di regolazione nazionali riguardanti l'implementazione delle nuove norme europee sulla *net neutrality*», in ottemperanza a quanto disposto dall'art. 5, comma 3, del Regolamento (UE) n. 2015/2120. Sulla regolazione della *net neutrality* v. A. NICITA, *La neutralità della rete tra prospettive regolatorie e dilemmi irrisolti*, in M.R. ALLEGRI, G. D'IPPOLITO, *Accesso a Internet e neutralità della rete fra principi costituzionali e regole europee*, Canterano, 2017, 135 ss; M. OROFINO, *La declinazione della net-neutrality nel Regolamento europeo 2015/2120. Un primo passo per garantire*, in *Federalismi.it*, 2/2016.

¹¹⁷ «Net neutrality is defined as the principle that all Internet data packages, regardless of their content, origin, destination, or type of equipment, should receive the same treatment. The definition of equal treatment concerns only network traffic in the provision of retail services. It does not refer to wholesale or aspects related to security, privacy, or freedom of expression» (così I. COMEIG, K. KLASER, L.D. PINAR, *The paradox of (Inter)net neutrality: an experiment on ex-ante antitrust regulation*, in *Technological forecasting and social change*, vol. 175, 2022, 1).

¹¹⁸ La dottrina, statunitense in particolare, si interroga circa il rapporto tra disciplina *antitrust* e *net neutrality*, dibattendo anche su quale delle due offrirebbe la migliore tutela della rete. Tra gli altri, v. J.D. Wright, *Antitrust provides a more reasonable regulatory framework than net neutrality*, in *George Mason University Law and Economics research Paper series*, 15 august 2017; C.T. Marsden, I. Brown, *App stores, antitrust and their links to net neutrality: a review of the European policy and academic debate leading to the EU Digital Markets Act*, in *Internet policy review*, vol.12, issue 1, 2023.

distorsione in questo campo ha degli inevitabili effetti a valle sugli utenti della rete, ossia sugli individui e sui loro diritti e libertà.

Se il fornitore dell'accesso decide di dare priorità ad un contenuto a discapito di altri, lede la possibilità per l'utente di avere un libero accesso alle informazioni¹¹⁹ o ai diversi servizi forniti attraverso la rete, che è ciò che invece *Internet* aveva idealmente come scopo primario ai suoi albori¹²⁰.

È su questo, pertanto, che deve concentrarsi l'azione dello Stato, in quanto il diritto di accesso ad *Internet* non può essere assicurato senza una sua azione positiva¹²¹.

In conclusione, la garanzia di questo diritto sociale di nuova generazione passa attraverso una ferma decisione politica che non può più limitarsi ad evitare di porre barriere ma deve concretamente impedire che ostacoli di tipo territoriale, culturale ed economico, anche quando poste da soggetti privati, causino un *distanziamento costituzionale*¹²² amplificato dalla rete.

¹¹⁹ La libertà di informarsi attraverso la rete e i meccanismi che consentono di filtrare le informazioni attraverso le piattaforme digitali sono temi centrali nella dottrina giuspubblicista da diversi anni. Sul punto v., tra gli altri. R.C. SUNSTAIN, *#Republic. Divided Democracy in the Age of Social Media*, Princeton, 2017; G. PITRUZZELLA, *La libertà di informazione nell'era di Internet*, in *Media Laws*, 1/2018, 19ss; O. POLLICINO, *La prospettiva costituzionale sulla libertà di espressione nell'era di Internet*, in *MediaLaws*, 1/2018; C. CARUSO, *Towards the institutions of freedom: the european public discourse in the digital era*, in *German Law Journal*, 26, 2025, 114 ss.; E. COCCHIARA, *Freedom of thought in the algorithmic era: electoral process and "Bubble democracy"*, in *Revista de derecho político*, 120, 2024, 241 ss.

¹²⁰ Come dichiarava esplicitamente la già citata Dichiarazione di Indipendenza del Cyberspazio.

¹²¹ «Se la rete è essenziale per compiere la dimensione costituzionale della persona, e qui Internet rileva come patrimonio aperto da cui ciascuno attinge conoscenza⁶ per accelerare la propria inclusione nel processo politico-democratico, essa diventa un bene indispensabile, non diversamente dai diritti fondamentali esercitati per suo tramite, e, come tale, va assicurata non solo a chi è già presente e quindi ne può disporre, ma soprattutto a chi verrà» (così G. DE MINICO, *Net neutrality come diritto*, cit., 3-4).

¹²² A. RUGGERI, *Società tecnologicamente avanzata e stato di diritto: un ossimoro costituzionale?*, in *Consulta Online*, 2, 2020, 283, 286.

Abstract

L'impatto di *Internet* è tale da aver mutato le modalità con le quali gli individui interagiscono ed esercitano diritti e libertà costituzionali. Le difficoltà, di varia natura, nell'accedere alla rete sono, oggi, una fonte di discriminazione e di esclusione sociale e spetta quindi alla Repubblica adottare le misure idonee al superamento di tali divari (digitali). Ci si chiede, però, se l'accesso *Internet* possa effettivamente configurare un nuovo diritto sociale e se ciò sia compatibile con l'esigenza di rispettare i vincoli di bilancio, circostanza che accomuna tutti i diritti sociali a prestazione.

The internet amid regional disparities,
new rights and budgetary constraints

The impact of the Internet is such that it has changed the way individuals interact and exercise their constitutional rights and freedoms. The various difficulties in accessing the Internet are now a source of discrimination and social exclusion, and it is therefore up to the Republic to take appropriate measures to overcome these (digital) divides. However, the question arises as to whether Internet access can actually constitute a new social right and whether this is compatible with the need to respect budgetary constraints, a circumstance that is common to all social rights to benefits.

La sicurezza nazionale tra diritti e risorse

di Marco Rhao

SOMMARIO: 1. Alcuni elementi di contesto. – 2. Tracce ordinamentali dell'istituto. – 3. Profili critici, limiti operativi e prospettive possibili del comparto della sicurezza nazionale in un contesto repubblicano e democratico. – 4. Un possibile approccio interpretativo dell'istituto.

1. *Alcuni elementi di contesto*

Avvertita dottrina ha recentemente evidenziato come il Paese stia affrontando tempi in cui «il conflitto politico e la polarizzazione che ne costituisce la versione oggi prevalente sono tornati decisivi e originari, a tratti quasi primitivi [...] *la qualcosa impone ai* costituzionalisti di ritornare a interrogarsi sulle questioni fondamentali e sulle ragioni che fondano la forma e la sostanza di una comunità politica, della nostra comunità politica»¹. Ciò è ancor più rilevante se si pensa a quanto la costruzione di un «consenso largo e plurale»² dipenda da questo “impegno scientifico”.

In tal senso, aprendo un giornale, scorrendo i post di un *social* o semplicemente prestando attenzione, seduti al tavolino di un “caffè”, alle chiacchiere dei suoi avventori, una delle questioni più ricorrenti è certamente quella della sicurezza. Un concetto polisenso³, i cui profili giuridici richiedono, per essere compresi pienamente, un preliminare processo di discernimento bipartito.

¹ Cfr. R. BALDUZZI, *Il decreto con forza di legge e la sicurezza pubblica*, in *Associazione AIC*, www.associazionedeicostituzionalisti.it (corsivo di chi scrive).

² Cfr. ancora IDEM

³ Per una comprensione dell'attuale configurazione della sicurezza, appare utile richiamare quanto sostenuto in dottrina circa le cause della sua compromissione, e in particolare le parole spese per descrivere la “complessità fenomenologica” del terrorismo. Esso, infatti, «può assumere il volto minaccioso del *foreign fighter*, o quello apparentemente innocuo del vicino dedito alle sue quotidiane occupazioni. Può essere importato da focolai lontani di violenza o crescere occultato nel deserto sociale di una *banlieue*. Può essere mirato contro i simboli tradizionali del potere costituito, o colpire con feroce occasionalità qualsiasi momento della convivenza civile. È un fenomeno polimorfico e cangiante, difficile da prevenire e reprimere, che lascia nell'animo di tutti la paura e l'attesa del suo ripetersi. la sicurezza come concetto polisenso» (così G. DE MINICO, *Costituzione ed emergenza*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2018, p. 2).

La prima fase consiste nella identificazione di uno dei molti volti della sicurezza che si intende osservare⁴. La seconda, invece, attiene all'analisi degli elementi di contesto in grado di condizionarne la configurazione ordinamentale.

Quanto al primo punto, come è agevole immaginare, oggetto di questo scritto sarà la sicurezza nazionale, che ormai da alcuni anni è tornata a sollecitare il dibattito pubblico, con riferimento alla pandemia, ai conflitti russo-ucraino, israelo-palestinese ed israelo-iraniano o, ancora, in relazione alle crisi che stanno colpendo il tessuto economico-finanziario del Paese.

Per quanto riguarda la seconda operazione, invece, il primo tema a dover essere richiamato è sicuramente quello dell'emergenza⁵. Quest'ultima, infatti, rappresenta il fattore di attivazione della sicurezza nazionale, tanto che essa sia già manifesta quanto che si configuri quale fenomeno in via di realizzazione.

Per il diritto è possibile parlare di emergenza ogni qualvolta un dato fenomeno, umano o naturale poco importa, capace di determinare un impatto sistemico benché di portata temporalmente limitata, sia idoneo a determinare la frattura di una data "regolarità giuridica". Qualora, invece, il protrarsi di questa sospensione cessi di avere un orizzonte temporale calcolato o calcolabile, allora non potrà più parlarsi di uno "stato d'emergenza", bensì di "stato d'eccezione"⁶. Una differenza che, come è noto, non attiene solo alla dimensione linguistica ma assume un significato profondissimo sul piano politico e giuridico su cui, tuttavia, pare opportuno sorvolare per ragioni di economia espositiva.

Quanto alle risposte pubbliche ai fenomeni emergenziali, al contrario, è interessante notare come esistano nella tradizione giuridica occidentale due principali approcci al tema.

Il primo si caratterizza per il ricorso da parte dei pubblici poteri ad

⁴ Parla di «concetto "plurale" della sicurezza, sia in termini di azioni, sia in termini di necessaria compartecipazione di soggetti pubblici e privati, ulteriori rispetto alle forze di polizia e agli organi di indirizzo politico statali» M. IANELLA, *Le "sicurezze" nell'ordinamento italiano: l'allontanamento dal modello stato-centrico e l'affermazione di una rete plurale*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2020, pp. 154 ss.

⁵ V., sul punto, A. PIZZORUSSO, *Emergenza (stato di)*, in *Enciclopedia delle scienze sociali*, 1993, p. 1.

⁶ Per approfondimenti sul tema si rinvia a G. AGAMBEN, *Lo stato di eccezione*, Torino, 2003.

una clausola emergenziale⁷ espressamente prevista in Costituzione o in una fonte di rango inferiore. Il secondo, a cui è ispirato il modello italiano, trova invece la propria cifra distintiva nell'impiego straordinario di strumenti previsti dall'ordinamento per "esigenze" in qualche modo proprie dell'ordinario governo della società⁸.

Questa specificità della risposta italiana all'emergenza rende l'inquadribilità giuridica della sicurezza nazionale ancor più delicata ed urgente se si pensa alla "facilità" con cui i poteri pubblici possono esercitare "strumenti ordinari" in modo eccezionale.

È noto l'abuso che di questi ultimi è stato fatto in passato⁹, pertanto chiarire l'effettivo statuto giuridico della sicurezza nazionale rappresenta uno dei presupposti imprescindibili per la garanzia della democraticità degli interventi pubblici emergenziali.

Un ulteriore aspetto di contesto meritevole di approfondimento riguarda poi il rapporto che sussiste tra la sicurezza nazionale ed un'altra faccia del prisma securitario: l'ordine pubblico¹⁰. Per lungo tempo, infatti, queste due categorie sono state spesso lette in modo, se non equivalente, quantomeno sovrapponibile¹¹.

Tuttavia, la capacità della sicurezza nazionale di comprimere (talvolta anche profondamente) un'ampia rosa di diritti, la delicatezza di questi ultimi e la crescente sensibilità per la loro tutela ai fini della conservazione

⁷ V. le riflessioni di G. DE MINICO, *Costituzione. Emergenza e terrorismo*, Napoli, 2016, pp. 235 ss.

⁸ IDEM, pp. 7 ss.

⁹ A riguardo, v. C. ANTONUCCI, *Abuso della decretazione d'urgenza e "monocameralismo alternato" nell'evoluzione della giurisprudenza costituzionale*, in *Federalismi.it*, 2024, pp. 1 ss. Il tema, tuttavia, non esaurisce i propri spunti di riflessione con il decreto legge, potendo rinvenire utili suggestioni in ulteriori ambiti dell'ordinamento giuridico italiano come, ad esempio, le ordinanze prefettizie o l'ordinanza di necessità, fatta rientrare dall'ordinamento nell'alveo delle "prerogative governative" in materia di protezione civile (cfr. E. LONGO, *La legge precaria: le trasformazioni della funzione legislativa nell'età dell'accelerazione*, Series: Diritto e prassi costituzionale, Vol. 13, Torino, 2017).

¹⁰ F. ANGELINI, voce *Ordine pubblico*, in *Dizionario di diritto pubblico*, a cura di S. CASSESE, Vol. IV, Milano, 2006, pp. 3998 ss.

¹¹ In dottrina vi è chi ha sostenuto come, sotto "l'ombrello giuridico della sicurezza pubblica", coesistono e interagiscono sfere come la difesa dei confini, la lotta alla criminalità organizzata, il presidio dell'ordine pubblico, la tutela della salute, del diritto al lavoro e dell'ambiente (cfr. R. URSI, *La sicurezza pubblica*, Bologna, 2022, pp. 18 ss.).

del progresso della cultura giuridica europea¹² impone un cambio di passo. Occorre, dunque, operare, alla luce della mutata sensibilità di buona parte degli ordinamenti giuridici del “vecchio continente”, una cesura tra la sicurezza nazionale e l’ordine pubblico. Ciò consente di legittimare una parziale compressione di questi diritti da parte della prima, mantenendo una loro tendenziale inalterabilità con riferimento al secondo.

Va detto che, perfino con riferimento alla sicurezza nazionale, simili compressioni devono essere qualitativamente e temporalmente limitate, a tacer del fatto che, con riferimento ai diritti definibili come fondamentali, la compressione non è contemplabile o, se contemplata, è comunque soggetta a forti limitazioni¹³.

In ogni caso, ciò che residua della corrispondenza tra la sicurezza nazionale e l’ordine pubblico riguarda, eventualmente, la capacità della seconda di sollecitare l’istituto oggetto dello studio non quanto ai suoi profili oggettivi ma procedurali. Si pensi, in tal senso, alla capacità di un fenomeno di incidere sul funzionamento degli organi giudiziari o sul regolare svolgimento delle attività di prevenzione e repressione degli illeciti affidate alle forze dell’ordine.

Andando ancora più in profondità, per comprendere cosa sia la sicurezza nazionale occorre affrontare il rapporto che lega questo istituto al tema dell’interesse nazionale¹⁴. Spesso, infatti, i due istituti appaiono reciprocamente strumentali, identificandosi nell’interesse nazionale la categoria in cui far confluire tutti quei beni o quei principi meritevoli di essere garantiti perché “strategici” per il Paese e nella sicurezza nazionale l’etichetta giuridica attraverso cui ridurre ad unità gli strumenti funzionali alla loro tutela.

Questa automatica corrispondenza, tuttavia, si è dimostrata piuttosto fallace in ragione dell’estrema mobilità del perimetro interpretativo della categoria dell’interesse nazionale.

¹² Per una ricostruzione sistematica e storico-giuridica del tema, si rinvia a P. RIDOLA, *Il principio libertà nello stato costituzionale. I diritti fondamentali in prospettiva storico-comparativa*, Torino, 2018, spec. pp. 85 ss..

¹³ V. sul punto V. BALDINI, *Tirannia della sicurezza nello stato costituzionale di diritto?*, in *Sicurezza e stato di diritto: problematiche costituzionali*, a cura di V. BALDINI, Cassino, 2005, pp. 10 s.

¹⁴ Per un’articolata ricostruzione dell’istituto si rinvia ad A. MITROTTI, *L’interesse nazionale nell’ordinamento italiano. Itinerari della genesi ed evoluzione di un’araba fenice*, Napoli, 2020.

Essa è soggetta alle fluttuazioni della discrezionalità politica che, a seconda delle contingenti sensibilità, può ampliare liberamente il novero di elementi materiali o immateriali in grado di godere di questa “tutela rafforzata”. Se si pone a sistema l’indeterminatezza dei profili giuridici dell’interesse nazionale con quelli altrettanto sfuggenti della sicurezza nazionale, allora si può ben comprendere come, a seconda dei formanti ideologici sulla base dei quali si eserciti il potere pubblico, tutto possa divenire d’interesse nazionale e, quindi, tutto possa essere suscettibile di attivare i connessi “strumenti emergenziali”.

Inoltre, questa eccessiva simbiosi tra “sicurezza” ed “interesse” si arricchisce di complessità quando venga posta in relazione con il principio autonomistico¹⁵, che rappresenta uno dei tratti caratteristici dell’identità costituzionale repubblicana¹⁶.

L’interesse nazionale è, infatti, in grado di comportare margini di regressione di questo principio, surrogando gli spazi sottratti alle autonomie in favore delle articolazioni centrali dell’architettura istituzionale del Paese.

La difficile inquadrabilità dei limiti di legittimo ricorso alla sicurezza nazionale implica, quindi, una altrettanto difficile rilevabilità di illegittime compressioni dello stesso principio autonomistico quando esse vengano alla luce nel quadro di effettive o presunte esigenze securitarie.

Una possibile via di fuga da questa *impasse* potrebbe ritrovarsi nell’identificazione di una sottocategoria di interessi nazionali qualificabili come indefettibili. Vi sono, infatti, alcuni interessi nazionali in grado di intercettare dei profili ideali o materiali dalla cui tutela dipende lo stabile e continuativo “funzionamento” dello Stato apparato e la “libera sopravvivenza” dello Stato comunità.

In una simile prospettiva, la sicurezza nazionale diviene sicurezza di questi interessi nazionali rinforzati, soggetta in una certa misura alle

¹⁵ Con riferimento ai (risicati) margini di compartecipazione di regioni ed enti locali alla definizione di misure securitarie v. M. IANNELLA, *Le politiche di sicurezza come competenza “quasi” trasversale: gli effetti sul riparto tra livelli di governo*, in *Nomos – Le attualità nel diritto*, 2020.

¹⁶ Più di recente, per approfondimenti circa il ruolo del principio autonomistico nell’esperienza costituzionale italiana, nonché per una sua lettura nel quadro dei processi evolutivi della sovranità, v. A. RUGGERI, *Sovranità e autonomia regionale, dal modello costituzionale al tempo dell’emergenza (prime annotazioni)*, in *Nuove Autonomie*, 2021, pp. 113 ss.; da ultimo M. COSULICH, *Autonomia e specialità dell’ordinamento repubblicano*, Torino, 2024.

fluttuazioni della politica, ma comunque ancorata a specifici orizzonti teleologici, il cui sconfinamento conferirebbe al discrezionale intervento securitario le tinte dell'irragionevolezza¹⁷.

Infine, un ulteriore elemento in grado di condizionare il contenuto giuridico della sicurezza nazionale riguarda l'impatto che la rivoluzione digitale ha avuto, e continua ad avere, sulle dinamiche comunicative e sulla circoscrivibilità spaziale delle condotte umane¹⁸.

I fenomeni disinformativi, infatti, possono erodere il rapporto di fiducia che lega lo Stato apparato allo Stato comunità¹⁹. Simili compromissioni determinano un crollo della sicurezza soggettiva anche in presenza di un efficace impegno in termini di sicurezza oggettiva²⁰. Circostanza che spinge lo Stato ad aumentare spasmodicamente gli sforzi sul tema, con una correlata pressione sull'effettività dei diritti e una crescita della spesa pubblica, senza che da un simile sacrificio derivi un miglioramento qualitativo della vita del tessuto socio-economico. Inoltre, le classiche distinzioni tra minacce interne ed esterne, o tra fattori di rischio *on line* ed analogici stanno sempre più perdendo una effettiva capacità rappresentativa dei fenomeni di crisi della sicurezza nazionale.

¹⁷ Circa il principio di ragionevolezza si v. *ex multis* M. CARTABIA, *I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana*, Conferenza trilaterale delle Corti costituzionali italiana, portoghese e spagnola, Roma, Palazzo della Consulta 24-26 ottobre 2013; G. SCACCIA, *Controllo di ragionevolezza delle leggi e applicazione della Costituzione*, in *Nova juris interpretatio*, 2007, pp. 286 ss.; L. PALADIN, *Ragionevolezza (principio di)*, in *Enc. Dir.*, Vol. I, Milano, 1997, pp. 899 ss.

¹⁸ Quanto all'espressione *onlife* si rinvia al contributo di L. FLORIDI, *The Onlife Manifesto: Being Human in Hyperconnected Era*, Germania, 2014.

¹⁹ Un rapporto fiduciario dalla cui robustezza dipende la tenuta stessa della statualità. Tenuta che risente certamente di ulteriori variabili, le quali (in ogni caso) potrebbero trovare nella stabilizzazione del vincolo appena richiamato un fattore di miglioramento qualitativo. V., quanto a questi ultimi profili, S. LAGI, *Unità e pluralità nella democrazia weimariana. Hermann Heller e l'omogeneità sociale*, in *(Il) pensiero politico*, 2019, pp. 223 ss.; H. HELLER, *Democrazia e omogeneità sociale*, in ID., *Stato di diritto o dittatura? E altri scritti*, Napoli, 1998.

²⁰ Per quanto riguarda la dicotomia "sicurezza soggettiva-sicurezza oggettiva, si v. R. URSI, *La sicurezza pubblica*, cit., p. 16. In particolare nella prima accezione, il lemma sicurezza è impiegato per «indicare la percezione soggettiva di una condizione nella quale – a causa della presenza di alcune circostanze, naturali o artificiali – ci si attende ragionevolmente che l'evento indesiderato non si verifichi. Nella seconda accezione, il termine identifica, invece, uno stato di cose, ossia una situazione fattuale che rende improbabile, per le sue caratteristiche, il verificarsi dell'evento indesiderato».

Ai fini dell'efficace costruzione dello statuto giuridico di questo istituto occorre quindi tenere conto dei contemporanei meccanismi di costruzione dell'opinione pubblica²¹, come della natura ibrida e transmediale delle attuali minacce alla sicurezza nazionale.

2. *Tracce ordinamentali dell'istituto*

Svolta questa analisi degli elementi di contesto, è opportuno spendere alcune parole circa le tracce dell'istituto rinvenibili in seno all'ordinamento giuridico.

Quanto al contributo offerto sul punto dalla giurisprudenza costituzionale, le pronunce meritevoli di attenzione, perché rilevabile al loro interno una espressa menzione della categoria “sicurezza nazionale”, possono essere suddivise in tre grandi campi d'analisi: quelle in tema di diritti del cittadino, quelle riguardanti i conflitti interistituzionali e, infine, i contributi inerenti al fenomeno migratorio.

Occorre segnalare, in via preliminare, che l'istituto è emerso sin dalle prime pronunce della Corte²². Inoltre, il richiamo giurisprudenziale all'istituto appare sollecitabile tanto da ambiti intuitivamente affini alla sicurezza nazionale (es. l'organizzazione istituzionale del paese²³, il segreto di stato²⁴ o le forze armate²⁵) quanto da settori ad essa apparen-

²¹ Sui processi di costruzione dell'opinione pubblica si v. P. RUDAN, *L'arte di governare le menti. Jeremy Bentham e il tribunale dell'opinione pubblica*, in *Storia del pensiero politico*, 2017, pp. 343 ss.

²² La prima sentenza della Corte Costituzionale a cui occorre fare riferimento, nonostante il suo richiamo meramente incidentale alla sicurezza nazionale, è la n. 43 del 1960, che si poneva a margine di un conflitto di attribuzione sorto tra lo Stato, la Provincia di Bolzano e la Regione Trentino-Alto Adige, poi risolto a favore dello Stato.

²³ V., in tema di funzionamento dell'ente regione, le sentenze della Corte costituzionale 23 maggio 2003, n. 196, Corte costituzionale 11 gennaio 2006, n. 12, Corte costituzionale 24 ottobre 2007, n. 365. Ulteriori tracce dell'istituto riguardano il funzionamento dell'apparato giudiziario. Si rinvia, sul punto, alle sentenze della Corte costituzionale 9 luglio 1992, n. 373, Corte costituzionale 3 maggio 1993, n. 235, Corte costituzionale 8 marzo 2010, n. 93, Corte costituzionale 8 febbraio 2017, n. 122.

²⁴ V., in proposito, le sentenze della Corte costituzionale 24 maggio 1977, n. 86, Corte costituzionale 21 novembre 2011, n. 40.

²⁵ Sul punto sentenza Corte costituzionale 11 aprile 2018, n. 120.

temente estranei, come la libertà matrimoniale²⁶ o la nomina di dirigenti pubblici²⁷.

Venendo poi alle fonti interne, è possibile notare come i richiami all'istituto siano numerosissimi ed estremamente diversificati circa la loro collocazione nella gerarchia delle fonti. Essi coinvolgono, infatti, tanto passaggi della Costituzione (si pensi all'art. 126 Cost.²⁸ in tema di funzionamento dell'organizzazione politica regionale) quanto il potere di decretazione del Presidente del Consiglio dei ministri, come dimostrato dai relativamente recenti DPCM in tema di *golden power* e governo della sfera *cyber*²⁹.

²⁶ V. la sentenza Corte costituzionale 20 luglio 2011, n. 245.

²⁷ V. la già citata sent. Cort. cost. n. 43/1960.

²⁸ Il quale prevede, al comma 1, che «Con decreto motivato del Presidente della Repubblica sono disposti lo scioglimento del Consiglio regionale e la rimozione del Presidente della Giunta che abbiano compiuto atti contrari alla Costituzione o gravi violazioni di legge. Lo scioglimento e la rimozione possono altresì essere disposti per ragioni di sicurezza nazionale. Il decreto è adottato sentita una Commissione di deputati e senatori costituita, per le questioni regionali, nei modi stabiliti con legge della Repubblica». V., per approfondimenti circa l'articolo appena richiamato, P. COSTANZO, *Commento all'art. 126 della Costituzione*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. BRANCA, A. PIZZORUSSO, Bologna-Roma, 1992, pp. 362 ss.

²⁹ Ci si riferisce in tal senso al Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri 30 luglio 2020, n. 131. Nel quadro del suo Capo I, e segnatamente delle modalità e dei criteri procedurali di cui all'art.1, è sancito (al comma 1, lettera f) che si intende per «pregiudizio per la sicurezza nazionale, danno o pericolo di danno all'indipendenza, all'integrità o alla sicurezza della Repubblica e delle istituzioni democratiche poste dalla Costituzione a suo fondamento, ovvero agli interessi politici, militari, economici, scientifici e industriali dell'Italia, conseguente all'interruzione o alla compromissione di una funzione essenziale dello Stato o di un servizio essenziale di cui all'articolo 2». Inoltre, tracce dell'istituto sono rinvenibili anche nel Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri 18 dicembre 2020, n. 179 con il quale è stato introdotto il Regolamento per l'individuazione dei beni e dei rapporti di interesse nazionale nei settori di cui all'articolo 4, paragrafo 1, del regolamento (UE) 2019/452 del Parlamento europeo e del Consiglio. I riferimenti all'istituto si possono rinvenire in questo caso tanto nel preambolo, quanto nell'art. 15, comma 1. Se nel primo caso il richiamo ha natura puramente formale, nel secondo esso appare piuttosto interessante perché concorre a determinare il quadro di organi e procedure funzionali all'esercizio dei poteri speciali. In dettaglio, l'art. 15, comma 1 prevede che «Il gruppo di coordinamento, istituito con DPCM del 6 agosto 2014, recante disciplina delle attività di coordinamento della Presidenza del Consiglio dei ministri propedeutiche all'esercizio dei poteri speciali sugli assetti societari nei settori della difesa e della sicurezza nazionale, e sulle attività

Anche in questo caso, è possibile rilevare come l'istituto appaia in grado di intercettare i più disparati ambiti del vivere sociale, come la tutela ambientale o lo smaltimento dei rifiuti urbani³⁰. Tematiche che ritornano con il medesimo grado di eterogeneità nella produzione normativa eurounitaria³¹, il che dimostra come, pur essendovi delle

di rilevanza strategica nei settori dell'energia, dei trasporti e delle telecomunicazioni, è integrato dai rappresentanti dei Ministeri competenti in relazione alla specificità della materia o dell'operazione, ai quali non spettano compensi, gettoni di presenza, rimborsi spese o altri emolumenti comunque denominati, che possono svolgere, su designazione dello stesso gruppo di coordinamento, le funzioni di amministrazione responsabile dell'istruttoria e della proposta per l'esercizio dei poteri speciali». Il Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri 14 aprile 2021, n. 81, poi, richiama nel suo preambolo l'istituto di cui in discussione nel quadro dell'introduzione del Regolamento in materia di notifiche degli incidenti aventi impatto su reti, sistemi informativi e servizi informatici.

³⁰ V., sul punto, la legge n. 296 del 27 dicembre 2006 nella quale, il legislatore, impegnato nella formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato, ha previsto all'art. 1, comma 1116, che per l'anno 2007 una quota non inferiore a cinque milioni di euro delle risorse del Fondo unico investimenti per la difesa del suolo e tutela ambientale del Ministero dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare, iscritte a bilancio ai sensi dell'articolo 1, comma 1, della legge 9 dicembre 1998, n. 426, sarebbe stata riservata, in sede di riparto, alla realizzazione «di un sistema integrato per il controllo e la tracciabilità dei rifiuti, in funzione della sicurezza nazionale ed in rapporto all'esigenza di prevenzione e repressione dei gravi fenomeni di criminalità organizzata nell'ambito dello smaltimento illecito dei rifiuti». Inoltre, il Capo VIII, art 35, comma 1 del decreto legge 12 settembre 2014, n. 133, ha previsto (all'esito della sua conversione in legge) che gli impianti di incenerimento e quegli di incenerimento con recupero energetico costituiscono «infrastrutture e insediamenti strategici di preminente interesse nazionale», in grado di garantire «la sicurezza nazionale nell'autosufficienza».

³¹ Si v., *ex multis*, il decreto legislativo 20 novembre 2008, n. 188, attuativo della direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 6 settembre 2006, n.66 concernente pile, accumulatori e relativi rifiuti. In particolare l'art. 1, comma 4, lettera A, prevede che «Sono escluse dall'ambito di applicazione del presente decreto le pile e gli accumulatori utilizzati in: a) apparecchiature connesse alla tutela degli interessi essenziali della sicurezza nazionale, armi, munizioni e materiale bellico, purché destinati a fini specificamente militari». Di eguale tenore è, inoltre, il Titolo I, art. 3, comma 1, lettera a, del decreto legislativo 14 marzo 2014, n. 49, adottato in attuazione della direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 4 luglio 2012, n.19 sui rifiuti di apparecchiature elettriche ed elettroniche (RAEE), il quale prevede che «Sono escluse dal campo di applicazione del presente d.lgs.: a) le apparecchiature necessarie per la tutela degli interessi essenziali della sicurezza nazionale, comprese le armi, le munizioni e il materiale bellico, purché

specificità nazionali, tra gli Stati membri esista una comune sintonia in materia.

Un *idem sentire* parzialmente osservabile anche in sede internazionale. In quest'ultimo frangente normativo è interessante notare come, quando la fonte riguardi le relazioni internazionali dell'Italia con paesi asiatici³² o

destinate a fini specificamente militari». Ulteriori esempi sono poi la Legge 3 novembre 1994, n. 640, volta alla ratifica ed all'esecuzione della convenzione sulla valutazione dell'impatto ambientale in un contesto transfrontaliero, del 25 febbraio 1991. La fonte prevede, all'art. 2 comma 8, che «Le disposizioni della presente Convenzione non pregiudicano il diritto delle Parti di applicare a livello nazionale le leggi, i regolamenti, le disposizioni amministrative o le prassi legali ammesse miranti a tutelare le informazioni la cui divulgazione potrebbe essere pregiudizievole al segreto industriale e commerciale o alla sicurezza nazionale». Il decreto legislativo 17 gennaio 2005, n. 13, adottato in attuazione della direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 26 marzo 2002, n. 30 relativa all'introduzione di restrizioni operative ai fini del contenimento del rumore negli aeroporti comunitari, tornando ad affrontare "questione ambientale" richiama la sicurezza nazionale in occasione del suo art. 2 c. 2, che prevede come le disposizioni del decreto non si applichino alle «emissioni acustiche dei voli di Stato e dei voli effettuati per fini di preminente interesse pubblico, di sicurezza nazionale, di emergenza, di soccorso, di protezione civile, di pubblica sicurezza e militari». Infine, è la cybersicurezza a rappresentare uno dei principali temi oggetto di sintonia tra la normativa interna ed eurounitaria. V. il decreto legislativo 18 maggio 2018, n. 65, attuativo della direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 6 luglio 2016, n. 1148, recante misure per un livello comune elevato di sicurezza delle reti e dei sistemi informativi nell'Unione, che cita la sicurezza nazionale al Capo II, art. 6, punto 4. Inoltre, v. il preambolo e l'art. 2 (cc. 1, lettera c e 5) del decreto legislativo 8 novembre 2021 n. 207, adottato in attuazione della direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 11 dicembre 2018, n. 1972. Infine, sempre in ambito "cyber", si rinvia al Capo I, art. 1, c. 3 del decreto legislativo 3 agosto 2022 n. 123, volto all'introduzione di Norme di adeguamento della normativa nazionale alle disposizioni del Titolo III «Quadro di certificazione della cybersicurezza» del regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio 17 aprile 2018, n. 881 relativo all'ENISA.

³² Per quanto riguarda le relazioni dell'Italia con il continente asiatico, si v., *ex multis*, la legge 23 giugno 1990 n. 175, con la quale è stata ratificata la convenzione consolare tra la Repubblica italiana e la Repubblica popolare di Cina, del 19 giugno 1986. In particolare, tracce dell'istituto sono rinvenibili al Capitolo IV, art. 34 e capitolo III, art. 12, comma 4. Quest'ultimo passaggio della fonte prevede che «Nel caso di cittadini dello Stato di invio, a cui all'interno della circoscrizione consolare sia stato intimato dalle Autorità dello Stato ricevente di lasciare il territorio dello Stato o nei cui confronti sia stato emesso provvedimento di espulsione, le Autorità dello Stato ricevente devono comunicare previamente all'ufficio consolare l'adozione di tali provvedimenti. Qualora l'espulsione o l'allontanamento possano essere motivati da gravi ragioni di

ibero-americani³³, il richiamo alla sicurezza nazionale appaia privo di spazi

ordine pubblico o di sicurezza nazionale, la comunicazione potrà essere effettuata contemporaneamente alla emissione del provvedimento». Inoltre, la legge 3 ottobre 2016, n. 186, ratificando gli accordi di partenariato e cooperazione del 2012 tra gli Stati membri UE e la Repubblica dell'Iraq, nonché tra l'Unione e la Repubblica delle Filippine, offre ulteriori spunti di riflessione. Ci si riferisce in tal senso al Titolo II, sezione II, art. 30, comma 1, lettera B, n. IV, del "primo accordo", ove è previsto che «Nessuna disposizione della presente sezione può essere interpretata nel senso: [...] b) di impedire alle Parti di adottare i provvedimenti ritenuti necessari per la protezione dei propri interessi essenziali di sicurezza: [...] iv) nell'ambito di appalti pubblici indispensabili ai fini della sicurezza nazionale o della difesa nazionale». Con il Titolo II, sez. V, capo II, art. 42, comma 6 viene poi ancor più ristretto il margine di confronto, nella misura in cui è sancito che «Nessuna disposizione del presente capo può essere interpretata come un divieto per una delle Parti di adottare misure o di mantenere riservate determinate informazioni ove, nell'ambito di appalti di armi, munizioni o materiale bellico oppure di appalti indispensabili per la sicurezza nazionale o ai fini della difesa nazionale, lo ritenga necessario per tutelare i suoi interessi essenziali in materia di sicurezza». Infine, ulteriori spunti sono offerti dalla Legge 6 aprile 2016, n. 56, volta alla ratifica dell'Accordo quadro globale di partenariato e cooperazione tra l'Unione europea e i suoi Stati membri, da una parte, e la Repubblica socialista del Vietnam, dall'altra, del 2012. Nello specifico il Titolo VIII, art. 62, rubricato «Sicurezza nazionale e diffusione delle informazioni», prevede che «Nessuna disposizione del presente accordo può essere interpretata nel senso di chiedere a una delle parti di fornire un'informazione la cui diffusione sia considerata contraria ai suoi interessi essenziali di sicurezza».

³³ Quanto alle relazioni con Paesi ibero-americani, tra i molti richiami possibili, ci si limita a rinviare alla legge 10 febbraio 2015, n. 15, che ha ratificato l'accordo fra il Governo della Repubblica italiana e il Governo della Repubblica federativa del Brasile, del 2008. La fonte, affrontando lo svolgimento di attività lavorativa da parte dei familiari conviventi del personale diplomatico, consolare e tecnico-amministrativo, all'art. 6, prevede che «L'autorizzazione a svolgere un'attività nello Stato ricevente terminerà non appena il beneficiario cesserà di avere lo status di familiare e sarà concessa per un periodo non superiore alla durata della missione del personale accreditato. In caso di fine anticipata e improvvisa della missione da parte del personale accreditato, sarà comunque garantito al beneficiario un termine ragionevole, non superiore a tre mesi, per la definitiva conclusione dell'attività lavorativa. L'autorizzazione sarà subordinata alla condizione che il lavoro non sia riservato per legge solo ai cittadini dello Stato ricevente. Essa non potrà essere concessa alle persone che abbiano lavorato illegalmente nello Stato ricevente o vi abbiano commesso violazioni alle leggi o ai regolamenti in materia fiscale e di sicurezza sociale. L'autorizzazione potrà essere altresì negata per motivi attinenti alla sicurezza nazionale». Con la legge 24 luglio 2015, n. 120, volta alla ratifica dell'Accordo commerciale del 2012 tra l'Unione europea e i suoi Stati membri, da una parte, e la Repubblica di Colombia e la Repubblica di Perù, dall'altra, è inoltre possibile leggere (alla lettera d, comma 1, dell'art. 81, capo 4, Titolo III) che «Quando una parte

di confronto connessi al suo impiego. La sicurezza nazionale in questi frangenti sembra configurarsi quasi come una sorta di clausola d'emergenza, sempre pronta a scattare a discrezione dello Stato al di là della portata della minaccia e della sua effettiva o potenziale presenza.

Al contrario, nelle relazioni euroatlantiche, pur venendo previsto un ricorso alla sicurezza nazionale del tutto affidato alla discrezionalità dello Stato sottoscrittore, sembrerebbe ravvisabile l'interesse a definire delle procedure in grado di accompagnare l'intervento securitario con meccanismi di confronto sulle eventuali minacce alla sicurezza nazionale. Procedure che, fondandosi sul potere compositivo del dialogo diplomatico, appaiono potenzialmente deflative dei conflitti interstatali al netto della persistente "clausola di sicurezza"³⁴.

prescrive la marcatura o l'etichettatura obbligatoria dei prodotti: [...] D) tranne qualora sia necessario tenuto conto del rischio che i prodotti rappresentano per la salute o la vita dell'uomo, degli animali o delle piante, per l'ambiente o per la sicurezza nazionale, tale parte non prescrive l'autorizzazione, la registrazione o la certificazione delle etichette o marcature come condizione essenziale per la vendita sui rispettivi mercati. La presente lettera lascia impregiudicate le misure adottate da una parte in base alla normativa interna per verificare la conformità dell'etichettatura ai requisiti obbligatori e le misure prese per contrastare le pratiche ingannevoli verso i consumatori». Inoltre, al Titolo XI, art. 295, c. 1, lettera b, n. 1, viene sancito che «Nessuna disposizione del presente accordo può essere interpretata come tale da: impedire alle parti di adottare qualsiasi provvedimento esse considerino necessario per la protezione dei loro interessi essenziali di sicurezza: [...] i) in relazione ad appalti pubblici indispensabili ai fini della sicurezza nazionale o della difesa nazionale». Infine, un ulteriore esempio di questo richiamo *tranchant* alla sicurezza nazionale è rinvenibile nell'art. 6, comma 2, della legge 29 settembre 2015, n. 166, volta alla ratifica dell'accordo fra il Governo della Repubblica italiana ed il Governo della Repubblica del Cile sull'autorizzazione all'esercizio di attività lavorative dei familiari a carico del personale diplomatico, consolare e tecnico-amministrativo delle missioni diplomatiche e rappresentanze consolari del 2013. Il passo richiamato prevede infatti che «L'autorizzazione sarà subordinata alla condizione che il lavoro non sia riservato per legge solo ai cittadini dello Stato ricevente. Essa non potrà essere concessa alle persone che abbiano lavorato illegalmente nello Stato ricevente o vi abbiano commesso violazioni alle leggi o ai regolamenti in materia fiscale e di sicurezza sociale. L'autorizzazione potrà essere altresì negata per motivi attinenti alla sicurezza nazionale».

³⁴ Iconici, sul punto, sono i richiami all'istituto presenti nella legge 30 dicembre 2008, n. 216. Nello specifico, la fonte ha ratificato l'accordo inerente alla conduzione di «ispezioni su sfida» da parte dell'Organizzazione per la proibizione delle armi chimiche (ai sensi della Convenzione sulla proibizione dello sviluppo, produzione, immagazzinaggio ed uso di armi chimiche e sulla loro distruzione) stipulato a Roma il 27 ottobre 2004. Il primo richiamo, rinvenibile nella parte V, passaggio 2, mette in luce

3. *Profili critici, limiti operativi e possibili prospettive del comparto della sicurezza nazionale in un contesto repubblicano e democratico*

Pare opportuno, a questo punto, parlare di alcuni profili organizzativi e concretamente operativi di questo istituto. In prima battuta, a dover essere affrontato è il tema del c.d. doppio binario, su cui si fonda l'attuale organizzazione delle agenzie di *intelligence*, a cui è affidata la cura in concreto della sicurezza nazionale.

Da tempo questo presidio si è sviluppato lungo due direttrici operative ben precise: quella interna e quella esterna.

Gli organi incaricati di questa attività, che hanno avuto a lungo carattere squisitamente militare, sono stati interessati nel corso del Novecento da una progressiva integrazione soggettiva di estrazione civile³⁵.

L'attuale frazionamento delle competenze, oltre a distinguere la tutela del Paese da minacce internazionali (affidata alla componente militare) da quella riferibile a minacce di carattere nazionale (rimessa alla componente civile), si fonda sul tacito presupposto che la democraticità degli interventi pubblici di settore sia conseguibile attraverso la reciproca e "antagonista" sorveglianza tra agenzie. Tuttavia, la rapidità con cui si manifestano le attuali minacce alla sicurezza nazionale, la loro difficile

l'approccio "diplomaticamente orientato" appena richiamato. Il passaggio prevede infatti che «l'Italia accorderà agli Stati Uniti il diritto, in conformità con i Paragrafi da 46 a 52 della Parte X dell'Annesso sulle Verifiche, di negoziare in maniera congiunta l'accesso e di adottare ogni misura atta a proteggere la loro sicurezza nazionale. L'accesso ad ogni nave o aeromobile di bandiera sarà controllato dalla Parte proprietaria di tali beni». Il secondo richiamo è poi rinvenibile nella medesima "parte", ma al successivo passaggio 3. La fonte sancisce in questo caso che «l'Italia avrà il diritto, ai sensi dei Paragrafi da 46 a 52 della Parte X dell'Annesso sulle Verifiche, di adottare ogni misura necessaria a proteggere la propria sicurezza nazionale». La qualcosa torna a mettere in luce, anche nei rapporti italo-statunitensi, una residuale possibilità di ricorso alla sicurezza nazionale in qualità di "meccanismo di sospensione tranchant" degli obblighi pattizi.

³⁵ V. A. CANZILLA, A. PANI, G. OTTONELLO, *I servizi segreti italiani, ieri ed oggi*, in *Analytica for intelligence and security studies*, maggio 2020. Va detto che, per quanto questa "primazia militare" abbia caratterizzato per lungo tempo la risposta istituzionale alle minacce alla sicurezza nazionale, svariati furono i contributi offerti in materia dalla "componente civile", pur non essendo stabilmente inquadrati nei gangli dello Stato apparato. V., a riguardo, P. PICCIONE (a cura di), *Raffaele Rubattino. Un armatore genovese e l'Unità d'Italia*, Cinisello Balsamo, 2010.

collocabilità geografica e il loro frequente carattere ibrido *on line-off line* impone di ripensare l'organizzazione sin qui sviluppata dal legislatore.

Inoltre, ove si volesse sorvolare sugli ostacoli materiali per l'efficienza del sistema di informazione per la sicurezza della Repubblica, non mancano le “contraddizioni sistemiche” di questa risalente scelta organizzativa dell'amministrazione della sicurezza nazionale. La qualità democratica dell'intervento securitario in questione non dovrebbe, infatti, riposare su un antagonismo delle amministrazioni coinvolte dal suo presidio, bensì sulla performatività degli strumenti parlamentari predisposti a tal scopo dall'ordinamento.

Proprio questi meccanismi di controllo rappresentano un ulteriore aspetto della questione meritevole di approfondimento.

Si pensi, in tal senso, al Comitato parlamentare per la sicurezza della Repubblica³⁶ (Copasir) nonché agli ulteriori strumenti di controllo politico³⁷ come le commissioni di inchiesta³⁸.

Per quanto riguarda il Comitato, esso è composto da dieci membri, di cui cinque deputati e altrettanti senatori, la cui nomina deve realizzarsi in modo da garantire la pari rappresentatività della maggioranza parlamentare e delle minoranze. Il suo presidente è eletto dai membri del Copasir tra uno degli esponenti delle opposizioni. L'organo svolge attività consultive, di indirizzo e controllo.

Quando sorge un conflitto tra il Copasir e la Presidenza del consiglio,

³⁶ Quanto ai poteri e alle funzioni di quest'organo v. M. FRANCHINI, *Alcune considerazioni sulle nuove competenze del Comitato parlamentare per la sicurezza della Repubblica*, in *Rivista AIC*, 2014; nonché le recenti riflessioni contenute in AA.VV., *La sicurezza come interesse costituzionale: il caso “Copasir”*, Roma-Trani, 2022.

³⁷ Per una recente ricostruzione del tema v. M. MALVICINI, *La funzione di controllo del Parlamento nell'ordinamento costituzionale italiano*, Torino, 2022.

³⁸ Per quanto gli strumenti parlamentari di informazione, indirizzo e controllo siano molteplici e molti di essi si siano dimostrati in via di principio utili allo scopo, sul punto, ad essere meritevoli di uno specifico *focus* sono le commissioni di inchiesta. Si pensi, in tal senso, a quelle istituite dalla legge 5 maggio 1961, n. 325, dalla legge 31 marzo 1969, n. 93 o, ancora, a quella istituita dalla legge 17 maggio 1988, n. 172, e rinnovata, a più riprese, anche una volta conclusa la X legislatura. Per un approfondimento dottrinale, v. M. MALVICINI, *Sicurezza della Repubblica e forma di governo parlamentare. Il Rapporto tra presidente del Consiglio dei ministri e Copasir alla luce dei più recenti interventi legislativi (legge 11 dicembre 2015, n. 198)*, in *Forum di quaderni Costituzionali*, 11 maggio 2016; I. STOLZI, *Le inchieste parlamentari. Un profilo storico-giuridico (Italia 1981-1900)*, Milano, 2015; A. ISONI, *Sui limiti del potere di inchiesta nel parlamento bipolare*, in *Rivista AIC*, 2011.

che rappresenta il suo interlocutore privilegiato ma non esclusivo, il Comitato può interessare della vicenda l'assemblea nel suo insieme. Quindi, è il Parlamento nel suo complesso ad essere titolare della funzione di controllo circa la tutela della sicurezza nazionale, anche se in sostanza questo sindacato si risolve spesso nell'operato del solo Copasir.

Tenendo conto che dall'inizio della presente legislatura più volte è stata ventilata l'ipotesi di una riforma del quadro normativo in tema di *intelligence*³⁹, non pare fuori luogo interrogarsi sui possibili sviluppi di questa materia. Infatti, al di là di un auspicato superamento della diffidenza per una unificazione delle agenzie, verrebbe da domandarsi se non sia possibile immaginare un intervento che, incidendo sul piano soggettivo dell'organo di controllo per eccellenza (il Copasir), possa rafforzare la qualità e l'autorevolezza del sindacato parlamentare, riuscendo a garantire proprio nel quadro dei meccanismi di controllo un utile spazio di compensazione per il principio democratico e fors'anche per quello autonomistico. Si pensi, in tal senso, ad una integrazione dei Presidenti delle Conferenze Stato-Regioni e Stato-Città nel quadro del Comitato. Intervendendo sul livello di pluralità delle soggettività politiche coinvolte dall'attività di controllo si potrebbe garantire una ancor più efficace attività di sindacato ispettivo, in grado di offrire a ciascuna articolazione della Repubblica la possibilità di verificare la legittimità dell'operato del Governo e delle agenzie poste al suo servizio.

Sempre rimanendo in tema di controllo sul "sistema di informazione", è poi utile riflettere sullo *status* del singolo operatore e segnatamente sulle prerogative ad esso riconosciute da parte dell'ordinamento.

In particolare, se coinvolto da un procedimento giudiziario, atto ad accertare eventuali sue responsabilità penali, ha il dovere di opporre all'autorità giudiziaria il segreto di Stato ogni qualvolta gli venga richiesto di riferire su fatti o soggetti, la cui pubblica conoscibilità sia in grado di rappresentare una minaccia alla sicurezza nazionale⁴⁰. Questa previsione,

³⁹ Per una sintesi dei *desiderata* politici di "maggioranza ed opposizione", v. il contributo di E. PERRONE, *Intelligence, Rizzi si insedia al Dis: tre sfide sul tavolo*, in *il Sole 24 ore*, 16 gennaio 2025, reperibile al link www.ilsole24ore.com

⁴⁰ Un tema, quello del segreto di Stato, che ha, a più riprese, sollecitato l'interesse della dottrina. V., *ex multis*, i contributi di G. DALIA, M. PANEBIANCO, *Il segreto di Stato. Una indagine multidisciplinare sull'ecquo bilanciamento di ragioni politiche e giuridiche*, Torino, 2022; A. MITROTTI, *Brevi considerazioni sulla disciplina del segreto di Stato*, in *AIC – Osservatorio costituzionale*, 2018, 5 luglio 2018; P. PICCIACCHIA, *La dimensione del controllo parlamentare su*

che da un lato si rende indispensabile per l'efficace manifestarsi dell'azione securitaria, apre a plurimi profili problematici.

In prima battuta, i soggetti offesi dalle condotte contestate all'operatore di *intelligence* restano privi di un concreto esercizio del diritto a un ricorso effettivo. Se il segreto apposto dovesse essere confermato dal Presidente del Consiglio o dalla sua autorità delegata, infatti, il processo dovrebbe necessariamente chiudersi a meno che il giudice interessato dal procedimento non ravvisi la possibilità di addivenire ad una pronuncia anche in assenza del dato informativo secretato.

Nella prospettiva dell'operatore, invece, il segreto genera una duplice ricaduta. Se egli è colpevole, grazie all'opposizione del segreto la sua colpevolezza non potrà essere sanzionata, neppure quando la condotta meritevole di censura non rientri nelle tipologie di illecito per cui è esclusa la punibilità. Se al contrario egli non è responsabile delle condotte di cui è accusato, al netto della presunzione di innocenza,

segreto di Stato e intelligence alla prova delle crescenti esigenze di sicurezza degli Stati tra problemi aperti e prospettive: le esperienze di Italia, Francia e Belgio, in *Democrazia e Sicurezza*, 2018, pp. 37 ss.; V. PUPO, *Segreto di Stato e democrazia nell'Italia repubblicana*, Milano, 2018; R. PROSSOMARITI, *Riflessioni sul segreto di Stato a partire dal caso Abu Omar: quali prospettive dopo la condanna di Strasburgo?*, in *Costituzionalismo.it*, 2016; E. RINALDI, *Arcana imperii, Il segreto di Stato nella forma di governo italiana*, Napoli, 2016; N. LUPO, *Quando i cittadini non devono sapere: fondamento e limiti del segreto di stato*, in *Lo statuto giuridico delle informazioni. Atti del convegno Milano, 24 maggio 2010*, a cura di G. COCCO, Milano, 2012, pp. 117 ss.; R. ORLANDI, *Una pervicace difesa del segreto di Stato*, in *Giur. cost.*, 2012, pp. 2327 ss.; A. PACE, *Sull'asserita applicabilità all'imputato dell'obbligo di astenersi dal deporre su fatti coperti dal segreto di stato e sull'inesistenza dei "fatti eversivi" come autonoma fattispecie di reato. Osserv. a C. Cost., sent. n. 40 del 2012*, in *Rivista AIC*, 2012; C. BONZANO, *Il segreto di Stato nel processo penale*, Padova, 2010; T.F. GIUPPONI, *Servizi di informazione e segreto di Stato nella legge n. 124/2007*, in *Scritti in onore di Luigi Arcidiacono*, AA. VV., Vol. IV, Torino, 2010, p. 1677ss.; A. MASARACCHIA, *Può il mero silenzio della legge n. 124 del 2007 (e della Corte costituzionale) far ripensare la questione del diritto alla prova dell'imputato su fatti coperti da segreto di Stato?*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 2010, pp. 5229 ss.; A. MORRONE, *Il nomos del segreto di Stato*, in *Nuovi profili del segreto di Stato e dell'attività d'intelligence*, a cura di G. ILLUMINATI, Torino, Giappichelli, 2010, pp. 3ss; F. RAMACCI, *Segreto di Stato, salus rei publicae e «sarramento» ai p.m.*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 2009, pp. 1015 ss.; A. PACE, *L'apposizione del segreto di Stato nei principi costituzionali e nella legge n. 124/2007*, in *Giur. cost.*, 2008, pp. 4046 ss.; G. SCANDONE, *Il segreto di stato come species del genus segreto. Definizione*, in *I servizi di informazione e il segreto di Stato*, C. MOSCA, G. SCANDONE, S. GAMBACURTA, M. VALENTINI, Milano, 2008, pp. 452 ss.; U. ROSSI MERIGHI, *Segreto di Stato tra politica e amministrazione*, Napoli, 1994; A. ANZON, *Segreto di Stato e Costituzione*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 1976, pp. 1768 ss.

neppure la sua estraneità ai fatti potrà essere effettivamente appurata dall'autorità giudiziaria.

Nei casi in cui l'apposizione del segreto generi un disallineamento interpretativo tra il soggetto deputato alla conferma del segreto e l'autorità giudiziaria procedente, allora la vicenda approderà alla Corte costituzionale attraverso un ricorso per conflitto di attribuzione e la Corte, in questo caso, avrebbe il compito di verificare che l'apposizione del segreto sia legittima, non potendo essere opposto alla Consulta il medesimo segreto⁴¹.

A margine di questo richiamo al potere conoscitivo della Corte costituzionale, pare opportuno domandarsi se ed in che modo sia costituzionalmente possibile immaginare una più intensa integrazione del Giudice del conflitto nei processi di monitoraggio della natura democratica delle attività di *intelligence* e del sistema di informazione per la sicurezza della Repubblica nel suo complesso.

Un tema, quello del ruolo della giurisdizione costituzionale nel presidio della sicurezza nazionale, che ha trovato interessanti occasioni di riflessione nel quadro dello spazio giuridico europeo ed in special modo con riferimento al recente caso rumeno⁴².

Quanto all'Italia, sono svariati i profili di interesse che ha offerto, sul tema, il c.d. "decreto sicurezza" del 2025. Sono molte, infatti, le criticità rilevate in dottrina, all'indomani dell'adozione del decreto-legge 11 aprile 2025, n. 48⁴³, convertito in legge dalla legge 9 giugno 2025, n. 80.

Vi è stato chi si sia spinto a parlare di questa fonte come del

⁴¹ Quanto all'impossibilità di opporre il segreto di Stato ai giudici della Consulta, v. l'art. 202, c. 8, del codice di procedura penale. Circa il contributo della dottrina riguardo al ruolo della Corte costituzionale in tema di segreto di Stato, si v. N. TIRINO, *Segreto di Stato e conflitto di attribuzione fra poteri dello Stato*, in *Dirittifondamentali.it*, 2016; G. ARCONZO, I. PELLIZZONE, *Il segreto di Stato nella giurisprudenza della Corte costituzionale e della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Rivista AIC*, 2012, pp. 22 ss.

⁴² Ci si riferisce, in tal senso, al "caso Georgescu". Per una ricostruzione della vicenda v. REDAZIONE ESTERI, *Romania, la Corte costituzionale conferma l'esclusione del filorusso Georgescu dalle presidenziali*, in *La Repubblica*, 11 marzo 2025, www.repubblica.it. Quanto alle riflessioni elaborate sul punto dalla dottrina, v. S. SASSI, A. STERPA, *La Corte costituzionale della Romania difende la democrazia liberale dalla disinformazione. Prime note sulla sentenza n. 32 del 6 dicembre 2024*, in *federalismi.it*, 2025, pp. 162 ss.

⁴³ Rubricato «Disposizioni urgenti in materia di sicurezza pubblica, di tutela del personale in servizio, nonché di vittime dell'usura e di ordinamento penitenziario».

«punto di “caduta” di questioni antiche e decisive per la nostra forma di governo e per la nostra forma di Stato»⁴⁴.

Queste criticità sono state sintetizzate in una lettera aperta intitolata “*Appello per una sicurezza democratica*” la quale, aprendosi con una chiamata di responsabilità della dottrina giuspubblicistica in presenza di «forzature istituzionali di particolare gravità», contesta in via preliminare l'assenza di straordinarietà e di un reale presupposto di necessità e di urgenza tale da giustificare il ricorso al potere di decretazione, tanto più che l'atto avente forza di legge in questione ha privato il Parlamento del suo peculiare potere, impegnato com'era nel completamento dell'*iter legis* connesso al c.d. d.d.l. Sicurezza⁴⁵, dopo lunghi mesi di acceso dibattito parlamentare.

Oltre al *vulnus* causato alla funzione legislativa delle Camere, e dunque al di là dei vizi di metodo, i firmatari hanno ulteriormente ravvisato l'esistenza di svariati vizi di merito.

Sarebbe rilevabile, infatti, un disegno repressivo di quelle forme di dissenso che è fondamentale riconoscere in una società democratica, che trova il proprio punto di caduta giuridico in un irragionevole aumento qualitativo e quantitativo delle sanzioni penali. Inoltre, un simile intervento di riforma di carattere penalistico si scontra, ad avviso dei firmatari, con la peculiare dimensione temporale dell'efficacia del decreto legge. Il principio di colpevolezza, infatti, impone di mettere il cittadino nelle condizioni di poter conoscere con un certo margine di latenza tra l'adozione della fonte giuridica e la sua entrata in vigore, se una data condotta è idonea a configurare una specifica fattispecie di reato. L'immediata entrata in vigore del c.d. d.l. sicurezza, come è agevole notare, impedisce che questo prerequisite venga efficacemente soddisfatto.

Tuttavia, ad avviso della medesima dottrina, molti altri principi sarebbero suscettibili di illegittime compressioni da parte dell'intervento normativo del governo. Il principio di uguaglianza, ad esempio, non parrebbe consentire di poter porre sullo stesso piano i centri di trattenimento per stranieri extracomunitari al carcere o la resistenza passiva a condotte attive di rivolta. Una simile equiparazione contrasterebbe con l'art. 13 Cost. e, dunque, con la tutela della libertà personale.

La lettera evidenzia inoltre che analoga compressione sarebbe riferibile al c.d. daspo urbano, disposto dal questore che, uniformando il

⁴⁴ R. BALDUZZI, *Il decreto con forza di legge e la sicurezza pubblica*, cit.

⁴⁵ Ci si riferisce in tal senso al Atto del Senato 19 settembre 2024, n. 1236.

trattamento del condannato a quello del denunciato, si pone in contrasto con il dettato costituzionale.

Un ulteriore profilo problematico attiene poi alla possibilità, riconosciuta in favore degli agenti di polizia, di poter portare armi, anche diverse da quelle di ordinanza, fuori dal servizio.

Infine, l'indeterminatezza semantica di alcuni passaggi del decreto, con cui viene inasprita la sanzione ove l'illecito penale venga commesso in occasione di pubbliche manifestazioni, si pone, secondo i costituzionalisti firmatari, in contrasto con il principio di tipicità delle condotte penalmente rilevanti, con quanto previsto dall'art. 17 Cost. o con il principio di determinatezza e di tassatività, *ex* art. 25 Cost.

Al netto delle valutazioni politiche orientate ad offrire una chiosa dell'appello, ciò che è rilevabile, sul piano scientifico, è che l'adozione di questo decreto rende evidente l'inasprimento del sempre attuale, e talvolta dilemmatico, rapporto tra potere e libertà ovvero tra diritto alla sicurezza e sicurezza dei diritti⁴⁶. I firmatari della lettera, a riguardo, offrono uno spunto di riflessione di particolare utilità. Infatti, l'appello si chiude con un invito, rivolto a tutti gli organi di garanzia costituzionale a mantenere alta l'attenzione, censurando «questo allontanamento dallo spirito della nostra Costituzione, che fonda la convivenza della comunità nazionale su democrazia, pluralismo, diritti di libertà ed uguaglianza di fronte alla legge, affinché nessuno debba temere lo Stato e tutti possano riconoscerne, con fiducia, il ruolo di garante della legalità e dei diritti»⁴⁷.

Ancora, vi è un aspetto del decreto che, pur non trovando espresse censure nella lettera appena richiamata, solleva non poche perplessità. Ci si riferisce al contenuto dell'art. 31, che interviene sul quadro giuridico riferibile al sistema di informazione per la sicurezza della Repubblica.

⁴⁶ Una dicotomia che ha visto l'emersione di differenti approcci dottrinali al tema. V., a mero esempio di questa differenza interpretativa, G. DE VERGOTTINI, *Una rilettura del concetto di sicurezza nell'era digitale e della emergenza normalizzata*, in *Rivista AIC*, 2019, pp. 69 ss.; M. RUOTOLO, *Diritto alla sicurezza e sicurezza dei diritti*, in *Democrazia e Sicurezza*, 2013, pp. 1 ss.; G. CERRINA FERONI, G. MORBIDELLI, *La sicurezza: un valore superprimario*, in *Percorsi costituzionali*, 2008, pp. 31 ss.; G. DE VERGOTTINI, *La difficile convivenza tra libertà e sicurezza. La risposta delle democrazie al terrorismo. Gli ordinamenti nazionali*, Boletín mexicano de derecho comparado, vol. 37, p. 439.

⁴⁷ V. REDAZIONE, DI SICUREZZA. *Oggi a Roma grande manifestazione nazionale. Sul sito di Articolo21 l'appello pubblico di 257 giuristi di tutte le Università italiane. Quasi 10mila firme sul nostro sito*, in *Articolo21*, 27 aprile 2025, reperibile al link www.articolo21.org

Il passaggio che qui rileva modifica profondamente i “connotati ordinamentali” delle garanzie funzionali dei già richiamati operatori di *intelligence*⁴⁸, i quali, se autorizzati dal Presidente del Consiglio dei ministri o dalla c.d. “autorità delegata”, hanno facoltà di tenere condotte (*ex art.* 17, l. 124/2007) idonee a configurare specifiche fattispecie di reato, a condizione che le stesse siano indispensabili per le finalità istituzionali perseguite dalle agenzie e che le condotte in questione non rischino di pregiudicare la vita, l'integrità fisica, la libertà personale, la salute o l'incolumità delle persone. Inoltre, le condotte scriminate, non possono includere in nessun caso reati in concomitanza dei quali sia esclusa l'opponibilità del segreto di Stato. Una causa di giustificazione speciale che esclude l'antigiuridicità del fatto, rendendo il comportamento formalmente tipico ma non illecito⁴⁹.

La disciplina di settore che risulta alla luce del decreto appare quantitativamente, ma soprattutto, qualitativamente, più ampia, estendendo le cause di giustificazione, fino a ricomprendere quella di detenzione e divulgazione di materiali con finalità di terrorismo, inclusi manuali per la costruzione di ordigni o l'esecuzione di sabotaggi, *ex art.* 270-*quinquies*, c. 3, c.p.

Vi è stato, inoltre, chi si sia spinto ad affermare, nel quadro del pubblico dibattito, come il “decreto sicurezza” sia una fonte in cui spiccano, con riferimento alle garanzie funzionali, condotte criminose in teoria più consone «alle attività di agenti provocatori che di servizi di *intelligence*»⁵⁰. Al di là dell'estensione del catalogo dei reati oggetto di scriminante, infatti, il profilo forse più delicato riferibile all'intervento riformatore di cui all'art. 31 attiene al superamento dell'applicabilità delle garanzie funzionali non solo alla condotta del partecipe alle attività delle associazioni sovversive

⁴⁸ Da ultimo v. A. MILONE, *La responsabilità penale degli operatori d'intelligence e la speciale causa di giustificazione: le novità sostanziali in tema di garanzie funzionali contenute nel D.L. “Milleproroghe” e nel D.D.L. Sicurezza approvati dal Governo Meloni*, in *Archivio Penale*, 2024, pp. 1 ss.

⁴⁹ Per un contributo giurisprudenziale in materia, v. la posizione assunta dalla Suprema Corte di Cassazione. Cassazione Penale, sez. I, 13 gennaio 2012, n. 1234.

⁵⁰ V. REDAZIONE, *Quali confini per i poteri dei Servizi? A margine del decreto Sicurezza e del caso Paragon Graphite*, in *Questione Giustizia*, 16/06/2025, www.questionegiustizia.it. Quanto al risalente dibattito dottrinale in materia, si rinvia a R. MINNA, A. SUTERA SARDO, *Agente provocatore. Profili sostanziali e processuali*, Milano, 2003; C. DE MAGLIE, *L'agente provocatore. Un'indagine dottrinale e politico-criminale*, Milano, 1991; A. MALINVERNI, voce *Agente provocatore*, in *Noviss. Dig. It.*, I, Torino, 1957, 396 ss.; T. DELOGU, *La responsabilità penale dell'agente provocatore*, in *Studi Ssassaresi*, XV, Sassari, 1937.

con finalità di terrorismo anche internazionale o di eversione dell'ordine democratico, ma anche a quella del soggetto impegnato in attività di organizzazione e direzione delle medesime compagini⁵¹. Pur essendovi ulteriori aspetti dell'articolo degni di nota, su cui tuttavia si ritiene opportuno soprassedere in questa sede, appare di particolare utilità riflettere proprio su quest'ultimo profilo di riforma.

Nell'art. 31, infatti, le critiche mosse al d.l. sicurezza nel suo complesso trovano una formidabile cassa di risonanza, tanto più che ciascuno dei vizi di costituzionalità subisce, nella sua lettura combinata con l'attuale statuto giuridico della sicurezza nazionale, un processo di espansione la cui portata è pari al grado di elasticità interpretativa dell'istituto oggetto di questo lavoro.

Va detto che il Sottosegretario alla Presidenza del Consiglio dei ministri, autorità delegata per la sicurezza della Repubblica, in una memoria del 2024 trasmessa al Senato evidenziò, con riferimento all'art. 31 dell'ormai accantonato d.d.l. sicurezza che riproduceva in larga parte quanto attualmente contenuto nell'articolo di cui si discute, come «Alcune informazioni di rilevanza operativa e destinate a una ristretta cerchia di persone sono acquisibili solo da chi, in qualità di partecipe al sodalizio, riesce a guadagnare la fiducia dei sodali e dei promotori, progredendo nel ruolo sino a rivestire incarichi di tipo direttivo e organizzativo»⁵². Una posizione comprensibile, frutto di un'analisi politica fondata senza dubbio su una conoscenza diretta e fattuale delle sfide che quotidianamente sono tenute ad affrontare le agenzie di *intelligence* italiane.

Analogamente, occorre notare come sarebbe stato altrettanto politicamente opportuno e costituzionalmente doveroso intervenire su un tema così delicato, come le garanzie funzionali degli operatori Aisi ed Aise, attraverso i tradizionali canali parlamentari di esercizio del potere legislativo. Verrebbe inoltre da domandarsi se proprio in un frangente storico così geopoliticamente instabile⁵³ e politicamente polarizzato, un

⁵¹ Aspetto richiamato, di recente, dal contributo di G. CAIAZZA, *Il rovescio del diritto - La pillola*, in *Radio Radicale*, 14/06/2025, www.radioradicale.it

⁵² Dichiarazioni riportate dalla testata giornalistica *Il Fatto Quotidiano* in un articolo del 2025. Si v., in tal senso, F.Q., *Ddl Sicurezza, i familiari delle vittime delle stragi chiedono un'audizione al Senato: "A rischio la sicurezza dell'ordine democratico"*, in *Il Fatto Quotidiano*, 5 marzo 2025, www.ilfattoquotidiano.it

⁵³ Sul punto, Il Ministro della Difesa ha recentemente dichiarato «Il centro del mondo non sono più Usa e Ue, la Nato si adegui ai temi cambiati. [...] Se la Nato è nata

intervento manutentivo della legge 124/2007 non si sarebbe dovuto realizzare attraverso la procedura rinforzata di cui all'art. 138 Cost., al fine di garantire a simili scriminanti, tanto giuridicamente estreme quanto politicamente controverse, il necessario crisma di democraticità.

In prospettiva formalistica esso è certamente garantito dalla legge di conversione del 9 maggio 2025, tuttavia, l'opzione procedurale rischia di influire, se non sulla sicurezza oggettiva, certamente su quella soggettiva e dunque sul vincolo di fiducia che lega governanti e governati, posto alla base del contratto sociale su cui si realizza quotidianamente l'architettura sociopolitica dello Stato.

Inoltre, sempre nel quadro di questa relazione tra scelte tecnico-giuridiche in tema di garanzie funzionali e tenuta della forma di Stato, emerge un ulteriore elemento di riflessione. Se, come segnalato da esponenti del governo, l'attuale configurazione delle minacce alla sicurezza nazionale impongono un rafforzamento delle "capacità operative" degli apparati di *intelligence* anche, *ob torto collo*, a costo di incidere su tutta una rosa di principi fondamentali per la nostra identità costituzionale, analoga attenzione si sarebbe dovuta apprestare al rafforzamento di quei meccanismi di controllo di cui il sistema di informazioni per la sicurezza della Repubblica pure è dotato.

Si potrebbe replicare che simili controlli già esistono e che, senza dubbio, organi come il Copasir devono essere informati ad operazioni concluse delle attività di Aisi ed Aise. Ciononostante, l'indeterminatezza interpretativa dell'istituto in nome del quale queste ultime operano (la sicurezza nazionale) impone responsabilità, oltre che per il singolo operatore anche per l'organo costituzionale che voglia regolare le sue attività. Allora non pare fuori luogo domandarsi se non sarebbe stato più opportuno prevedere l'obbligo di immediata comunicazione al Copasir in caso di attivazione di queste nuove e più estese garanzie, ovvero il potere per l'organo parlamentare di opporre un veto all'autorizzazione in questione, con contestuale e immediato trasferimento al *plenum* dell'aula per la composizione del conflitto.

Accantonando i profili problematici connessi al decreto sicurezza, su

per garantire la pace e la mutua difesa o diventa un'organizzazione che si prende questo compito parlando con il Sud del mondo oppure non raggiungeremo l'obiettivo di avere sicurezza all'interno di regole che valgano per tutti». V. per ulteriori dettagli, REDAZIONE, Crosetto, *'i tempi sono cambiati, cambi anche la Nato'*, in *Ansa*, 21 giugno 2025, www.ansa.it

cui perfino la Corte di Cassazione⁵⁴ ha già formulato alcune preliminari critiche e su cui dottrina e giurisprudenza avranno modo di riflettere nel prossimo futuro, pare opportuno spendere alcune parole circa il rapporto tra l'istituto e il tema delle risorse.

Quanto ai profili economico-finanziari della sicurezza nazionale è possibile rilevare una notevole capacità dell'istituto di condizionare l'intervento pubblico sui mercati.

In particolare, ad essere meritevole di attenzione è il c.d. *golden power*, evoluzione della *golden share*⁵⁵ di fine Novecento, che si caratterizza per la scarsa chiarezza della sua portata applicativa. Una incertezza interpretativa che ha indotto il legislatore ad accostare alla notifica⁵⁶ (comunicazione formale dell'operatore economico interessabile dai "poteri speciali" in grado di dare avvio all'attivazione del *golden power*) la prenotifica⁵⁷. Quest'ultima si sostanzia di un meccanismo, ben più snello di quello riferibile al tradizionale strumento informativo, attraverso il quale le imprese intenzionate a porre in essere una data operazione economica potenzialmente suscettibile di attivare i poteri speciali, sottopongono la propria "intenzione" al vaglio di un comitato tecnico. Per quanto meritorio, l'intervento di riforma non ha ridotto l'evanescenza applicativa⁵⁸ di questo strumento, ma si

⁵⁴ V. la Relazione dell'Ufficio del Massimario, Corte Suprema di Cassazione 23 giugno 2025, n. 33

⁵⁵ Per una ricostruzione del processo evolutivo dei cc.dd. poteri speciali v. T. DI PROSPERO, *Golden power tra compatibilità sovranazionale e parallelismi d'intervento pubblico*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2023, pp. 395 ss.; A. ILACQUA, *L'ascesa dei golden powers. Dallo Stato imprenditore allo Stato protettore*, in *Il diritto dell'economia*, 2023, pp. 429 ss.; C. GENGARO, *Stato e mercato. Dalla «Golden share» al «golden power»*, Napoli, 2023; A. SANDULLI, *Esercizio dei poteri speciali e sorte dell'impresa strategica*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2023, pp. 463 ss.; R. GAROFOLI, *Golden share e authorities nella transizione della gestione pubblica alla regolazione dei servizi pubblici*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 1998, pp. 159 ss.

⁵⁶ Obbligatoria (ex artt. 1 c. 4 e 5, 2, c. 2, e 2 *ter* del decreto-legge 15 marzo 2012, n. 21) per i soggetti coinvolti dall'operazione economica d'interesse ai fini dell'esercizio dei poteri speciali, rappresenta lo strumento che dà avvio al processo di valutazione governativa degli elementi necessari ai fini del ricorso al *golden power*. Essa, indirizzata alla Presidenza del Consiglio dei ministri, innesca la fase istruttoria, in esito alla quale il Consiglio dei ministri sarà libero di procedere, ove lo ritenga opportuno, con l'effettivo esercizio dei poteri speciali.

⁵⁷ V. R. CHIEPPA, *La nuova disciplina del golden power dopo le modifiche del decreto-legge n. 21 e della legge di conversione 20 maggio 2022*, in *Federalismi.it*, pp. 1 ss.

⁵⁸ Questa procedura semplificata mira a rispondere ad un bisogno di chiarezza, manifestato dal tessuto industriale e finanziario del Paese, che aveva mostrato non poche

è limitato a scongiurare parzialmente il rischio per gli attori economici di incorrere nelle sanzioni per la mancata notifica⁵⁹.

Da qui la presa d'atto di quanto una chiara definizione della sicurezza nazionale non si renda necessaria solo in una prospettiva giuridica in senso stretto, ma anche ai fini di una chiara lettura delle dinamiche di mercato che, in ragione della sua tutela, possono essere profondamente condizionate senza che un simile condizionamento sia neppure prevedibile dagli stessi operatori economici con un sufficiente grado di probabilità.

Il *golden power*, infatti, rappresenta la leva politica attraverso cui è riconosciuto al governo il potere di intervenire sul mercato per tutelare gli interessi nazionali, *rectius* la sicurezza nazionale. Questo intervento, però, è, ad un tempo, distorsivo della libertà di iniziativa economica (nell'ottica di una effettiva garanzia dell'utilità sociale dell'iniziativa medesima) e della stessa stabilità dei mercati. È infatti estremamente difficile per gli operatori economici prevedere se ed in che modo le proprie strategie imprenditoriali potranno essere intercettate dall'intervento pubblico economico di carattere securitario, come altrettanto complesso è per i medesimi attori poter definire piani aziendali alla luce di una rinnovata "fascinazione politica" per l'impiego del dazio come strumento di contrattazione geopolitica e non come mero strumento di garanzia delle filiere industriali nazionali.

Quanto appena rappresentato rende evidente come riflettere intorno alle coordinate giuridiche della sicurezza nazionale non sia una mera "questione di diritti".

Il contenuto giuridico dell'istituto, infatti, è in grado di incidere profondamente sul piano delle risorse, che attengono tanto all'impegno finanziario pubblico in tema di sicurezza oggettiva quanto al peso economico che genera la necessità di far fronte alle esternalità negative di quelle distorsioni politiche del mercato poste in essere in nome della sicurezza nazionale.

Sul piano delle libertà negative, poi, la combinazione delle leve istituzionali in grado di condizionare l'iniziativa privata, generando un'incertez-

difficoltà nell'inquadrare le proprie scelte imprenditoriali alla luce di una disciplina che, ad oggi, appare farragিনosa, frammentaria e sottoposta ad un processo di progressiva espansione. Sul punto v. R. GAROFOLI, *Golden power e controllo degli investimenti esteri: natura dei poteri e adeguatezza delle strutture amministrative*, in *Federalismi.it*, 2019, pp. 1 ss.

⁵⁹ V. il caso emerso con riferimento al "Gruppo Stellantis" in REDAZIONE ECONOMIA, *Comau, il governo pensa all'estrema ratio: multa da 5 miliardi a Stellantis per la mancata notifica*, in *Corriere della sera.it*, 24 luglio 2024, www.corriere.it.

za prognostica degli operatori del mercato, frenano tanto l'espansione delle filiere produttive quanto la connessa crescita dei livelli di occupazione. La qualcosa comporta che, in nome di un impiego eccessivamente elastico dell'istituto, si rischi di osservare l'emersione di un paradosso securitario. È infatti possibile che un simile scenario si caratterizzi per un aumento dei livelli di indebitamento pubblico, un indebolimento del sistema economico nazionale, un impoverimento del ceto medio e delle fasce sociali a basso reddito, senza che sia empiricamente osservabile e socialmente percepibile un miglioramento qualitativo degli standard di sicurezza. Al contrario, se simili fenomeni di instabilità dovessero perdurare nel tempo si rischierebbe di alimentare un circolo vizioso che, traslando l'instabilità di cui si discute dal piano economico a quello giuridico, possa trasfigurare il c.d. "stato d'emergenza" in un concreto "stato d'eccezione".

4. *Un possibile approccio interpretativo dell'istituto*

Alla luce di quanto esposto, non resta che tracciare dei possibili indirizzi d'azione in grado di garantire all'istituto ed ai soggetti da esso interessati un nuovo e agevole spazio di operatività.

Tenendo conto che la natura cangiante delle minacce alla sicurezza nazionale impedisce di determinare un granitico perimetro di sua applicazione, resta comunque possibile realizzare dei solidi ancoraggi interpretativi, in grado di indirizzare l'interprete e il decisore pubblico nei processi di loro identificazione e contrasto. La sicurezza nazionale può pertanto essere definita, mutuando solo parzialmente la proposta interpretativa offerta dal c.d. Glossario *intelligence*⁶⁰, come quella condizione in cui ad un Paese risultino garantite possibilità di sviluppo pacifico attraverso la salvaguardia dell'intangibilità delle sue componenti costitutive, dei suoi principi fondamentali e degli interessi che, in ragione della perpetuità dei primi e dell'effettività dei secondi, siano qualificabili come indefettibili.

Questa definizione, ben più restrittiva di quella offerta dal citato glossario, si propone di fondare questo istituto sui cc.dd. principi fondamentali che, in Assemblea costituente, Aldo Moro definì come la «chiave di

⁶⁰ V. PRESIDENZA DEL CONSIGLIO DEI MINISTRI, SISTEMA DI INFORMAZIONE PER LA SICUREZZA DELLA REPUBBLICA, *Voce Sicurezza nazionale*, in *Glossario intelligence - Il linguaggio degli organismi informativi*, maggio 2019, p. 90.

volta della nostra Costituzione, il criterio fondamentale di interpretazione di essa»⁶¹. Questi ultimi rappresentano ad un tempo presupposto e finalità dell'esperienza politicamente organizzata italiana di matrice repubblicana, la cui compromissione costituirebbe, in prospettiva materiale ed ideale, una frattura istituzionale tale da generare un radicale strappo con la pregressa continuità costituzionale.

Considerando la diffusa presenza dell'istituto nell'ordito normativo interno, unionale ed internazionale, una definizione di questo tipo permetterebbe di superare l'attuale adesività della sicurezza nazionale alla categoria dell'interesse nazionale *tout court*. Esso, infatti, pur essendo sempre meritevole di una tutela (anche incisiva) nel quadro dell'ordinario governo del Paese, non rappresenta, al di là delle distinte sensibilità politiche che possono avvicinarsi sul "ponte di comando", necessariamente un presupposto della piena resilienza dello Stato apparato, della libera sopravvivenza dello Stato comunità o dell'effettiva perduranza dell'identità costituzionale.

Ciò impone di operare una selezione degli interessi nazionali sulla base del vincolo che lega questi ultimi alle categorie appena richiamate, in ragione del quale essi possano dirsi indefettibili, poiché indefettibili sono la tenuta delle istituzioni, la sopravvivenza della comunità o l'effettività del modello politico-costituzionale.

La legge ordinaria appare la soluzione in grado di garantire un equilibrato bilanciamento tra le "esigenze giuridiche" sottese alla tenuta dell'ordinamento e le necessità politiche di operare nel quadro di maggioranze di "relativamente agevole raggiungimento". Con riguardo ai profili procedurali, questo sforzo chiarificatore in tema di sicurezza nazionale dovrebbe pertanto realizzarsi in ambito parlamentare.

Peraltro, occorre evidenziare come la delicatezza della materia e la necessaria stabilità di lungo periodo della sua applicabilità dovrebbero indurre il legislatore a propendere per la cristallizzazione dell'impianto normativo attraverso una "fonte rafforzata" come la legge costituzionale. Essa, infatti, garantirebbe all'intervento una legittimazione partiticamente trasversale e una certa sua "immunizzazione" da eventuali tentazioni riformatrici dettate da contingenti esigenze di "segreteria".

Va detto, in ogni caso, come urge un dibattito che, superando logi-

⁶¹ A. MORO, *Assemblea costituente. Resoconto della seduta pomeridiana di giovedì, 13 marzo 1947*, in documenti.camera.it, pp. 2039 ss., spec. p. 2043.

che provinciali, abbia il coraggio di portare una simile questione in sede eurounitaria. Ciò consentirebbe di costruire una “comune grammatica securitaria” di carattere continentale, sì da rappresentare il presupposto sulla base del quale immaginare la realizzazione di quella difesa europea⁶² da più parti invocata. Un’armonia di questo tipo avrebbe una duplice valenza: in primo luogo, consentirebbe, in prospettiva extracontinentale, di definire un comune orizzonte di intervento degli Stati UE in presenza di crisi della sicurezza internazionale; al contempo, però, offrirebbe in prospettiva intracontinentale ai popoli d’Europa il presupposto per una chiara e reciproca tutela delle indefettibili ragioni interne. Inoltre, questo duplice ed armonico orizzonte scolpito da una comune interpretazione della sicurezza nazionale potrebbe forse rappresentare un prezioso passo in avanti verso quel percorso di realizzazione di una compiuta unità politica, rispettosa delle identità nazionali e delle necessità unionali, che da decenni sembrerebbe essere più predicato che praticato dai membri dell’Unione.

Solo in uno scenario di questo tipo, giuridicamente chiaro e politicamente eurointegrato, sarà possibile (in prospettiva interna) riflettere efficacemente su quei profili politico-amministrativi connessi al sistema di informazione per la sicurezza della Repubblica. Un intervento chiarificatore, che dovrebbe essere accompagnato anche da azioni volte alla promozione su larga scala della cultura della sicurezza. Un’alfabetizzazione civica su questi temi si rende infatti improcrastinabile, per via dei profili quantitativi e qualitativi delle attuali minacce ai popoli ed alle loro istituzioni, come per via della straordinaria ricorsività e della transmedialità delle stesse.

Se, del resto, la sicurezza nazionale è sicurezza del Paese nelle sue componenti istituzionali, sociali ed ideali, essa trova nella sovranità popolare⁶³

⁶² V., a riguardo, il fascicolo monografico di C. SBAILÒ (a cura di), *Difesa europea, quali prospettive*, in *federalismi.it*, 2019.

⁶³ Un tema, quello della sovranità popolare, che costituisce una delle questioni che da sempre sollecitano l’attenzione della dottrina. *Ex multis*, v. A. MORRONE, *Sovranità*, in *Rivista AIC*, 2017, pp. 1 ss.; A. CARRINO, *Il problema della sovranità nell’età della globalizzazione. Da Kelsen allo Stato-mercato*, Soveria Mannelli, Rubbettino, 2014; G. BERTI, *Sovranità*, in *Enc. dir.*, *Annali*, I, 2007, pp. 1067 ss.; L. CARLASSARE (a cura di), *La sovranità popolare nel pensiero di Esposito, Crisafulli, Paladin. Atti del convegno di studi (Padova, 19-21 giugno 2003)*, Padova, 2004; A. AMENDOLA, *I confini del diritto. La crisi della sovranità e l’autonomia del giuridico*, Napoli, 2003; V. CRISAFULLI, *La sovranità popolare nella costituzione italiana note preliminari*, in

il proprio motore immobile. È infatti sulla base della sovranità popolare che il Parlamento agisce quando riconosce al governo la propria fiducia, ed è sulla base di questa fiducia parlamentare che il governo garantisce, attraverso le amministrazioni “dell'apparato *intelligence*” la sicurezza nazionale. La qualcosa impone che coloro i quali vengano interessati da questi sforzi securitari comprendano natura, limiti e utilità di un simile presidio, fondato sull'esercizio mediato della loro quota di sovranità e funzionale alla garanzia della matrice popolare dell'esercizio del potere sovrano.

Dalla solidità di questo presidio e dalla (più o meno) consapevole assimilazione sociale del rapporto tra sicurezza nazionale e sovranità popolare dipende la forza di quel vincolo che lega lo Stato apparato allo Stato-comunità, garantendo alla comunità politica organizzata a Stato di perpetuarsi nel tempo, all'insegna della pace e della prosperità.

Id. *Stato, popolo, governo. Illusioni e delusioni costituzionali*, Milano, 1993, 91 ss.; M.S. GIANNINI, *Sovranità*, in *Enc. dir.*, XLIII, Milano, 1990, pp. 224 ss.

Abstract

Il contributo intende ricostruire lo statuto giuridico della sicurezza nazionale, attualmente caratterizzato da connotati ordinamentali estremamente sfuggenti. Il lavoro proverà a mettere a fuoco i limiti dell'attuale assetto giuridico del presidio della sicurezza nazionale, nonché le modalità con cui la stessa si relaziona con la gerarchia di diritti e con il complesso intreccio di poteri che caratterizzano l'identità costituzionale italiana ed eurounitaria.

National security between rights and resources

The paper aims to reconstruct the legal status of national security, currently characterized by extremely elusive legal connotations. The paper will try to focus on the limits of the current legal structure of the national security garrison, as well as the ways in which it relates to the hierarchy of rights and the complex intertwining of powers that characterize the Italian and European Union constitutional identity.

I livelli essenziali delle prestazioni nel contesto dei processi di differenziazione regionale

di Nicola D'Anza

SOMMARIO: 1. Note introduttive. – 2. La vexata quaestio del rapporto intercorrente tra l'art. 116, comma 3, Cost. e la determinazione dei Lep. – 3. Su alcune questioni rimaste più o meno aperte dopo la sentenza n. 192/2024. Le fonti di disciplina e la distinzione tra i concetti di “livello essenziale” delle prestazioni e “contenuto essenziale” dei diritti. – 4. (Segue). La definizione e perimetrazione dei concetti di “prestazione” e di “diritti civili e sociali”. – 5. (Segue). Il meccanismo di finanziamento. – 6. Il d.d.l. S.1623 recante “Delega al Governo per la determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni”, il d.d.l. S.1689 di Bilancio e le nuove “pre-intese”. I Lep nel quadro della nuova stagione del regionalismo differenziato.

1. Note introduttive

La sentenza n. 192/2024 della Corte costituzionale¹ rappresenta uno dei passaggi più decisivi nel processo evolutivo del regionalismo italiano avviato con la riforma costituzionale del 2001.

Tale decisione, attraverso un robusto impianto motivazionale e un dispositivo articolato, già sta avendo un importante “seguito”, in particolare sotto un duplice aspetto. Anzitutto, essa ha determinato l'inammissibilità della richiesta di *referendum* popolare per l'abrogazione della legge n. 86/2024, dichiarata con sentenza n. 10/2025 della Corte costituzionale²,

¹ Sulla sentenza n. 192/2024 della Corte costituzionale cfr., *ex plurimis*, E. BALBONI, *Un esigente ed ambizioso manuale per l'uso della autonomia differenziata: una traccia culturale*, in *Astrid Rassegna*, 18/2024, 1 ss.; S. BARTOLE, *Differenziazione e ordinamento regionale vivente*, in *Astrid Rassegna*, 1/2025, 1 ss.; C. BUZZACCHI, *Pluralismo, differenze, sussidiarietà ed eguaglianza: dalla sentenza n. 192 del 2024 il modello per il sistema regionale “differenziato”*, in *Astrid Rassegna*, 18/2024, 1 ss.; A. D'ATENA, *L'autonomia differenziata tra sussidiarietà e vincoli di sistema. A proposito della sent. 192/2024*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 6/2024, 2312 ss.; A. SPADARO, *La “quadratura del cerchio”... o della sent. cost. n. 92/2024*, in *Diritti Regionali*, 1/2025, 1 ss.; A. ZANARDI, *Meccanismi di finanziamento dell'autonomia differenziata*, in *Le Regioni*, 1/2025, 109 ss.; G. M. SALERNO, *Autonomia differenziata e “ragionevole giustificazione, espressione di un'ideale istruttoria, alla stregua del principio di sussidiarietà”: prime considerazioni*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2327 ss.; L. VIOLINI, *I Livelli Essenziali delle Prestazioni nella sent. 192/2024 e il richiamo al lavoro istruttorio del CLEP: da dove si può ripartire*, in *Le Regioni*, 1/2025, 71 ss.

² *Ex plurimis* cfr. A. MORRONE, *Il giudizio di ammissibilità sui referendum del 2025*.

quest'ultima invero non esente da criticità piuttosto evidenti e prontamente rilevate e stigmatizzate dalla dottrina. In secondo luogo, essa ha delineato le condizioni e i vincoli, procedurali e sostanziali, entro i quali il legislatore futuro dovrà muoversi per dare attuazione all'art. 116, comma 3, Cost. e così realizzare i processi di differenziazione regionale già avviati ormai diversi anni addietro.

Tra le diverse questioni rimaste aperte v'è, soprattutto, il problema della determinazione e del finanziamento dei livelli essenziali delle prestazioni di cui all'art. 117, comma 2, lett. m), Cost. che, a seguito della sentenza n. 192/2024, è da considerarsi condizione necessaria al fine di procedere con la devoluzione delle funzioni afferenti alle materie richiamate dall'art. 116, comma 3, Cost.³

Si tratta, allora, di prendere in esame il tema della determinazione e del finanziamento dei Lep, inquadrandolo nel contesto dei più recenti tentativi di realizzazione del regionalismo differenziato, al fine di coglierne le possibili correlazioni.

2. *La vexata quaestio del rapporto intercorrente tra l'art. 116, comma 3, Cost. e la determinazione dei Lep*

Il primo aspetto che necessariamente deve essere preso in considerazione concerne il rapporto intercorrente tra il sistema di realizzazione dei processi di differenziazione tracciato dall'art. 116, comma 3, Cost. e la determinazione-garanzia dei Lep⁴.

Tendenze e prospettive di teoria costituzionale, in *Osservatorio sulle fonti*, 1/2025, 87 ss.; F. MEDICO, *Dalla riserva di sovranità alla riserva della Corte costituzionale? Riflessioni sulla tornata referendaria del 2025*, in *Quad. cost.*, 2/2025; 379 ss.; A. POGGI, *Il referendum sul regionalismo differenziato: i principi, l'attuazione, le Corti e la sovranità popolare*, in *federalismi.it*, 1/2025, iv ss.; G. BAROZZI REGGIANI, *Regionalismo differenziato, sentenza n. 192 del 2024 e controlli dell'Ufficio Centrale per il Referendum. Considerazioni sulla c.d. "abrogazione sufficiente" a partire dalle vicende referendarie della "legge Calderoli" e alla luce della sentenza n. 10 del 2025*, in *Consulta Online*, 1/2025, 263 ss.; S. ANGIUS, *Il quesito (o meglio, l'oggetto) non è chiaro: considerazioni a margine del giudizio di ammissibilità del referendum abrogativo della legge n. 86/2024*, in *federalismi.it*, 24/2025, 1 ss.; E. SANTORELLI, *L'inammissibilità del referendum sull'autonomia differenziata e il paternalismo costituzionale*, in *Consulta Online*, 1/2025, 375 ss.

³ Cfr. *infra*, §2.

⁴ Una distinzione tra *determinazione*, *gestione* ed *erogazione* dei Lep è suggerita ad esempio da G. COMAZZETTO, *I livelli essenziali delle prestazioni tra processi di differenziazione*

Sul punto, nel corso degli ultimi anni, si è prodotto un intenso dibattito, tra chi ha sostenuto che la determinazione dei Lep non costituirebbe un presupposto costituzionalmente necessario per l'avvio e il completamento dei procedimenti *ex art.* 116, comma 3, Cost.⁵ e coloro che, diversamente, hanno ritenuto che essa rappresenti un vero e proprio “presupposto costituzionale” del regionalismo differenziato⁶.

ed esigenze di eguaglianza, Napoli, 2024, 44. Rilevava a tal riguardo E. BALBONI, *I livelli essenziali e i procedimenti per la loro determinazione*, in *Le Regioni*, 6, 2003, 1192, che allo Stato «spetta solamente la “determinazione” dei livelli essenziali: la determinazione, quindi, non l'organizzazione delle strutture di erogazione né la predisposizione e la gestione diretta dei mezzi necessari allo scopo. Idealmente, la determinazione dei livelli essenziali dovrebbe essere una funzione totalmente politica, che non richiede alcun apparato amministrativo al di là di eventuali organi tecnici e consultivi necessari per individuare le tipologie di intervento più opportune e le risorse necessarie e disponibili allo scopo».

⁵ Osserva M. BERTOLISSI, *Fatti in tema di autonomia differenziata*, in *Italian Papers on Federalism*, 3/2023, 73, che deve essere «ben chiaro: tra autonomia differenziata e Lep non c'è alcun nesso, come si è avuto occasione di notare. L'attuazione dell'art. 116, 3° co., Cost. ha costituito l'occasione per fare ciò che si è ommesso di compiere, quantomeno dal 2001». Dello stesso avviso A. GIOVANARDI, *Gutta cavat lapidem (si spera): ancora sui profili finanziari del regionalismo rafforzato*, in *Rivista Telematica di Diritto Tributario*, 1/2023, 476, secondo il quale «un vincolo di tal tipo non dovrebbe ritenersi operante, non potendo ammettersi che il processo di attuazione della norma costituzionale dipenda da condizioni di fattibilità rimesse all'esclusiva e discrezionale volontà del legislatore statale». Analogamente G. RIVOSECCHI, *Il regionalismo differenziato, un istituto della Repubblica delle autonomie: perché e come realizzarlo entro i limiti di sistema*, in *Diritti regionali*, 3/2021, 815-816, il quale evidenzia che «le intese *ex art.* 116, co. 3, Cost. potrebbero interessare materie, di competenza esclusiva statale o ripartita, non necessariamente incise dalla determinazione dei livelli essenziali, per le quali, quindi, ben potrebbe procedersi all'attuazione delle intese anche in mancanza della previa determinazione dei livelli essenziali che non hanno nulla di costituzionalmente necessario e rispondono a scelte di indirizzo politico circa la determinazione della soglia di eguaglianza necessaria nelle materie da essi incise» e, d'altra parte, «la scelta di subordinare l'attuazione del regionalismo differenziato alla previa definizione dei livelli essenziali e degli obiettivi di servizio, in relazione alle materie oggetto della legge di autonomia negoziata, finirebbe per sottoporre a una condizione costituzionalmente non prevista l'attuazione dell'art. 116, co. 3, Cost., innescando, presumibilmente, un cospicuo contenzioso costituzionale in ordine alla sussistenza dei requisiti richiesti ai fini dell'avvio della trattativa tra Stato e Regione».

⁶ Questa posizione è stata sostenuta, tra gli altri, da S. STAIANO, *Anti-mitopoiesi. Breve guida pratica al regionalismo differenziato con alcune premesse*, in *Federalismi.it*, 20/2022, 191; A. PATRONI GRIFFI, voce *Regionalismo differenziato*, in *Digesto delle Discipline Pubblicistiche. Aggiornamento*, Torino, 2021, 317 ss.; M. VILLONE, *Italia, divisa e diseguale. Regionalismo differenziato o secessione occulta?*, Napoli, 2019, 96.

Invero, la Corte costituzionale, nella sentenza n. 192/2024, ha accolto quest'ultimo orientamento, in particolare laddove si osserva che «l'interpretazione sistematica delle disposizioni costituzionali pertinenti (artt. 116, terzo comma, e 117, secondo comma, lettera m, Cost.), lette alla luce dei principi di solidarietà, di eguaglianza sostanziale e di unità (artt. 2, 3, secondo comma, e 5 Cost.), fa sì che, nel momento in cui il legislatore statale conferisce una maggiore autonomia a una determinata regione, con riferimento a una specifica funzione, che implica prestazioni concernenti diritti civili o sociali, debba previamente determinare uno standard uniforme di godimento del relativo diritto in tutto il territorio nazionale, in nome di un principio di solidarietà che questa Corte ha declinato anche nel rapporto fra enti (sentenza n. 355 del 1994). La determinazione dei LEP (e dei relativi costi standard) rappresenta il necessario contrappeso della differenziazione, una “rete di protezione” che salvaguarda condizioni di vita omogenee sul territorio nazionale»⁷.

Una lettura sistematica delle disposizioni costituzionali, dunque non “atomistica” e relegata al solo art. 116, comma 3, Cost., condurrebbe, ad avviso della Corte, a identificare una relazione di necessaria implicazione tra il conferimento di funzioni concernenti diritti civili o sociali e la previa determinazione dei connessi LEP.

In ogni caso, già l'art. 1, comma 791 della legge n. 197/2022⁸, sul punto sostanzialmente ripreso dall'art. 1, comma 2 e dall'art. 4, comma 1 della legge n. 86/2024⁹, avevano subordinato il conferimento delle forme

⁷ Corte cost. n. 192/2024, *Considerato in diritto*, 14.1.

⁸ L'art. 1, comma 791, secondo periodo della legge n. 197/2022 espressamente disponeva che «l'attribuzione di ulteriori forme e condizioni particolari di autonomia di cui all'articolo 116, terzo comma, della Costituzione, relative a materie o ambiti di materie riferibili, ai sensi del comma 793, lettera c), del presente articolo, ai diritti civili e sociali che devono essere garantiti in tutto il territorio nazionale, è consentita subordinatamente alla determinazione dei relativi livelli essenziali delle prestazioni (LEP)».

⁹ Ai sensi dell'art. 1, comma 2 della legge n. 86/2024 «l'attribuzione di funzioni relative alle ulteriori forme e condizioni particolari di autonomia di cui all'articolo 116, terzo comma, della Costituzione, relative a materie o ambiti di materie riferibili ai diritti civili e sociali che devono essere garantiti equamente su tutto il territorio nazionale, è consentita subordinatamente alla determinazione, nella normativa vigente alla data di entrata in vigore della presente legge o sulla base della procedura di cui all'articolo 3, dei relativi livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali, ivi compresi quelli connessi alle funzioni fondamentali degli enti locali nel rispetto dell'articolo 1, comma 793, lettera d), della legge 29 dicembre 2022, n. 197, che devono essere garantiti

particolari di autonomia, ai sensi dell'art. 116, comma 3, Cost., alla determinazione dei relativi LEP e costi *standard*, di talché, a prescindere dall'interpretazione che si intenda offrire del dettato costituzionale, – invero ora cristallizzata nella giurisprudenza costituzionale –, la suddetta relazione di implicazione necessaria rappresentava ormai il frutto di una scelta posta in essere dal legislatore ordinario¹⁰, come peraltro sottolineato nella stessa sentenza n. 192/2024¹¹.

Sotto tale profilo, v'è semmai da rilevare come nel passaggio dalla legge di bilancio 2023 alla legge n. 86/2024 il trasferimento delle funzioni sia venuto ad essere subordinato non più alla determinazione di tutti i Lep complessivamente considerati, ma più limitatamente dei Lep di cui all'art. 3 della medesima legge n. 86/2024 (stante la previsione espressa in tal senso di cui all'art. 4, comma 1, primo periodo), modifica che invero presentava non poche criticità¹². Nonostante ciò questa impostazione,

equamente su tutto il territorio nazionale, ai sensi dell'articolo 117, secondo comma, lettera m), e nel rispetto dei principi sanciti dall'articolo 119 della Costituzione. Tali livelli indicano la soglia costituzionalmente necessaria e costituiscono il nucleo invalicabile per rendere effettivi tali diritti su tutto il territorio nazionale e per erogare le prestazioni sociali di natura fondamentale, per assicurare uno svolgimento leale e trasparente dei rapporti finanziari fra lo Stato e le autonomie territoriali e per favorire un'equa ed efficiente allocazione delle risorse e il pieno superamento dei divari territoriali nel godimento delle prestazioni inerenti ai diritti civili e sociali».

Analogamente, l'art. 4, comma 1, primo periodo della medesima legge stabiliva che «il trasferimento delle funzioni, con le relative risorse umane, strumentali e finanziarie, concernenti materie o ambiti di materie riferibili ai LEP di cui all'articolo 3, può essere effettuato, secondo le modalità e le procedure di quantificazione individuate dalle singole intese, soltanto dopo la determinazione dei medesimi LEP e dei relativi costi e fabbisogni *standard*, nei limiti delle risorse rese disponibili nella legge di bilancio».

¹⁰ Si è inteso così «recidere un nodo emerso, anche con toni piuttosto accesi, nel dibattito sull'autonomia differenziata, quello cioè sulla pregiudizialità della determinazione dei LEP, e dei relativi costi e fabbisogni *standard*, rispetto all'attribuzione delle “ulteriori forme e condizioni particolari di autonomia” consentite dall'art. 116, terzo comma, Cost.» (G. M. SALERNO, *Con il procedimento di determinazione dei LEP (e relativi costi e fabbisogni standard) la legge di bilancio riapre il cantiere dell'autonomia differenziata*, in *Federalismi.it*, 1/2023, iv).

¹¹ Corte cost. n. 192/2024, *Considerato in diritto*, 14.1.

¹² Già prima dell'entrata in vigore della legge n. 86/2024 si erano espressi criticamente Giuliano Amato, Franco Bassanini, Franco Gallo e Alessandro Pajno nella lettera del 26 giugno 2023 trasmessa al Ministro Calderoli e al Presidente Cassese, con la quale annunciavano il loro ritiro dal CLEP, sottolineando che la legge di bilancio 2023 interpretasse «correttamente il dettato costituzionale, quale si ricava dagli artt.

comunque da riferirsi ai singoli ambiti materiali e, dunque, alle singole funzioni e non più alle materie unitariamente considerate, è comunque uscita indenne dalla sentenza n. 192/2024.

Alla luce di quanto appena detto, e fermo restando che a seguito della posizione assunta dal legislatore ordinario¹³ e della sentenza n. 192/2024 la questione si pone ormai in termini più astratti che pratici, se è vero che l'art. 116, comma 3, Cost. non contiene alcun riferimento espresso ai Lep e alla loro determinazione, appare tuttavia più corretto ammettere che da un'interpretazione sistematica delle disposizioni costituzionali si ricavi una relazione di implicazione necessaria tra devoluzione delle funzioni e previa determinazioni dei Lep, e ciò ogniqualvolta la funzione lambisca diritti civili o sociali¹⁴.

116.3, 117.2, lett. m, e 119 della Costituzione. *E che questo comporti inevitabilmente, prima della attribuzione di nuove specifici compiti e funzioni ad alcune Regioni con le corrispondenti risorse finanziarie, la determinazione di tutti i LEP attinenti all'esercizio di diritti civili e sociali e la definizione del loro finanziamento, secondo i principi e le procedure dell'art. 119 della Costituzione. Essendo le risorse disponibili determinate dai vincoli di bilancio (imposti dall'art. 81 della Costituzione), è evidente che la determinazione dei LEP richiederà una valutazione complessiva dei LEP che il Paese è effettivamente in grado di finanziare, valutazione che non può essere fatta materia per materia, perché ci si troverebbe alla fine nella condizione di non potere finanziare i LEP necessari ad assicurare l'esercizio dei diritti civili e sociali nelle materie lasciate per ultime* [corsivo aggiunto]. Tale valutazione spetta al Parlamento come risulta evidente non solo per il dettato dell'art. 117.2 (competenza legislativa esclusiva), ma anche perché spettano al Parlamento le scelte fondamentali sulla allocazione delle risorse pubbliche».

¹³ Cfr. *infra*, §6.

¹⁴ In questo senso, anche chi in linea generale aveva escluso una simile relazione, ha poi chiarito che «la determinazione dei LEP non è da ritenersi costituzionalmente necessaria né in assoluto, trattandosi di atto di indirizzo politico con cui lo Stato fissa la soglia di eguaglianza necessaria in ordine alle prestazioni da erogare sull'intero territorio della Repubblica, la spesa per le quali – quella sì – una volta fissati i LEP diventa costituzionalmente necessaria, né quale condizione costituzionalmente prevista ai fini dell'attuazione dell'art. 116, terzo comma, Cost. *negli ambiti materiali non "intercettati" dalla determinazione dei LEP stessi* [corsivo aggiunto]» (G. RIVISECCHI, *Ulteriori forme e condizioni particolari di autonomia e norme costituzionali sulla finanza territoriale (art. 119 Cost.)*, in *Nuove Autonomie*, Numero Speciale, 1/2024, 70).

Sotto questo profilo è stato affermato che i Lep «di fatto non sono individuati come elemento vincolante nell'art. 116, co. 3, Cost., ma ci si arriva per passaggi intermedi. Tale disposizione, infatti, pone l'art. 119 come condizione di attuazione del regionalismo differenziato; a sua volta l'art. 119 Cost. non menziona i LEP, limitandosi a prevedere interventi straordinari di finanziamento per "favorire l'effettivo esercizio dei diritti della persona", ma tale disposizione ha trovato compimento (almeno formalmente)

3. *Su alcune questioni rimaste più o meno aperte dopo la sentenza n. 192/2024. Le fonti di disciplina e la distinzione tra i concetti di “livello essenziale” delle prestazioni e “contenuto essenziale” dei diritti*

Chiarito che, alla luce delle affermazioni contenute nella sentenza n. 192/2024, la realizzazione dei processi di differenziazione regionale necessariamente presuppone la previa determinazione dei Lep, si deve tuttavia constatare che ad oggi restano ancora da sciogliere diversi nodi problematici, la maggior parte dei quali, invero, prescindono dalle possibili correlazioni con l'attuazione dell'art. 116, comma 3, Cost.

La sopracitata sentenza, congiuntamente ad una ormai corposa elaborazione dottrinale, consente tuttavia di ritenere in larga parte definite le questioni connesse alla articolazione delle fonti di disciplina dei Lep e alla distinzione tra i concetti di “livello essenziale” delle prestazioni e “contenuto minimo essenziale” dei diritti, mentre ancora sostanzialmente aperta è la discussione sopra la esatta definizione e perimetrazione dei concetti di “prestazione” e di “diritti civili e sociali”, entrambi elementi costitutivi della clausola espressa di cui all'art. 117, comma 2, lett. m), Cost., peraltro con evidenti conseguenze anche sul piano operativo.

Quanto alle fonti di disciplina dei Lep, il punto di partenza non può che essere costituito dalla *riserva di legge* tracciata dall'art. 117, comma 2, lett. m), Cost., avente natura *relativa*, in ossequio alla costante giurisprudenza costituzionale formatasi a partire dal 2001.

Sotto questo aspetto, la disposizione appena richiamata «attribuisce al legislatore statale un fondamentale strumento per garantire il mantenimento di una adeguata uniformità di trattamento sul piano dei diritti di tutti i soggetti, pur in un sistema caratterizzato da un livello di autonomia

nella legge 42/2009, che ha collegato le fonti di entrata degli enti territoriali alla configurazione dei LEP. Per finire, il d.lgs. n. 68/2011, di attuazione della legge delega del 2009 con riguardo all'autonomia finanziaria delle Regioni, ha preteso che nei settori della sanità, dell'assistenza, dell'istruzione e del trasporto pubblico locale vada effettuata la ricognizione dei LEP» (E. BALBONI, C. BUZZACCHI, *Autonomia differenziata: più problemi che certezze*, in *Osservatorio sulle fonti*, 1/2023, 48).

Per una diversa ricostruzione delle ragioni che fondano la necessaria subordinazione del trasferimento delle funzioni alla previa determinazione dei Lep cfr. la lettera di Giuliano Amato, Franco Bassanini, Franco Gallo e Alessandro Pajno nella lettera del 26 giugno 2023 già citata, nella quale si sostiene che al netto della legislazione ordinaria prodotta nel corso degli anni la suddetta subordinazione sarebbe ricavabile già da una lettura sistematica delle disposizioni costituzionali.

regionale e locale decisamente accresciuto. La conseguente forte incidenza sull'esercizio delle funzioni nelle materie assegnate alle competenze legislative ed amministrative delle Regione e delle Province autonome impone evidentemente che queste scelte, almeno nelle loro linee generali, *siano operate dallo Stato con legge* [corsivo aggiunto], che dovrà inoltre determinare adeguate procedure e precisi atti formali per procedere alle specificazioni ed articolazioni ulteriori che si rendano necessarie nei vari settori»¹⁵.

Inoltre, laddove il legislatore ritenga di procedere alla determinazione dei Lep attraverso il ricorso alla decretazione legislativa delegata, ad imporsi è altresì il rispetto dell'art. 76 Cost., con il conseguente obbligo di individuare nella legge delega principi e criteri direttivi sufficientemente chiari e precisi.

Proprio in relazione a quest'ultimo parametro, la sentenza n. 192/2024 ha censurato il meccanismo di determinazione e aggiornamento dei Lep prefigurato dall'art. 3 della legge n. 86/2024, articolato in una prima fase, *necessaria*, connotata dalla fissazione dei Lep attraverso uno o più decreti legislativi sulla base dei principi e criteri direttivi di cui all'articolo 1, commi da 791 a 801-*bis* della legge n. 197/2022, e una seconda fase, *eventuale*, ove si prevedeva l'aggiornamento periodico dei Lep attraverso d.P.C.m., su proposta dei Ministri competenti, di concerto con il Ministro per gli affari regionali e le autonomie e il Ministro dell'economia e delle finanze. Ad avviso della Corte, un simile meccanismo si sostanzierebbe in una palese violazione dell'art. 76 Cost. in quanto, benché la determinazione dei principi e criteri direttivi "ben può avvenire *per relationem*, con riferimento ad altri atti normativi, purché sufficientemente specifici" (sentenza n. 156 del 1987)¹⁶, occorre, comunque, «verificare l'idoneità, sotto questo profilo, delle norme richiamate dall'impugnato art. 3, comma 1, cioè dei commi da 791 a 801-*bis* dell'art. 1 della legge n. 197 del 2022»¹⁷, le quali tuttavia si limitavano a dettare una disciplina di natura essenzialmente procedurale, individuando solo genericamente le finalità da perseguire, risultando quindi del tutto «inidonee a guidare il potere legislativo delegato»¹⁸,

¹⁵ Corte costituzionale 27 marzo 2003, n. 88, *Considerato in diritto* 4.

¹⁶ Corte cost. n. 192/2024, *Considerato in diritto* 9.2.

¹⁷ *Ibid.*

¹⁸ *Ibid.*

tanto che risultava difficile immaginare che esse potessero poi «fungere da parametro in un eventuale sindacato sui futuri decreti legislativi per eccesso di delega»¹⁹.

D'altra parte, resta fermo che la concreta determinazione dei Lep possa avvenire anche attraverso d.P.C.m., soluzione che anzi consente forse di meglio assicurare il rispetto del *principio di leale collaborazione* tra lo Stato e le Regioni in detto ambito. Infatti, astruendo dallo specifico settore dei Lep, nella giurisprudenza costituzionale sovente ricorre il rilievo secondo cui «l'esercizio della funzione legislativa non è soggetto alle procedure di leale collaborazione [...], né tali procedure si impongono al procedimento legislativo, ove ciò non sia specificamente previsto [...]»²⁰. Da questo punto di vista, sarebbe proprio il ricorso alla fonte di rango *sub* legislativo a consentire di raggiungere un valido compromesso tra le diverse esigenze di garantire al Parlamento il potere di decisione politica sulla fissazione dello *standard* minimo omogeneo di tutela dei diritti e di assicurare il rispetto del principio di leale collaborazione.

Questa ricostruzione chiude idealmente il cerchio della elaborazione sul significato e sulla portata della riserva di legge di cui all'art. 117, comma 2, lett. m), Cost. Il Parlamento, per quanto concerne la determinazione (e il successivo aggiornamento) dei Lep, non può limitarsi a dettare una disciplina a carattere meramente procedurale, ma deve individuare i criteri direttivi per la fissazione dei medesimi Lep, modulando tali criteri in relazione ai diversi settori, giacché ogni materia «ha le sue peculiarità e richiede distinte valutazioni e delicati bilanciamenti»²¹, indipendentemente dal fatto che poi si intenda o meno ricorrere allo strumento della delegazione legislativa piuttosto che procedere immediatamente con d.P.C.m., fermo restando che il ricorso al decreto legislativo e/o ad una

¹⁹ *Ibid.*

²⁰ Corte costituzionale 24 marzo 2016, n. 65, *Considerato in diritto* 5.3.4, nella quale si richiamano Corte costituzionale 3 marzo 2016, n. 43; 5 aprile 2013, n. 63; 19 marzo 2010, n. 112; 20 maggio 2008, n. 159; 23 novembre 2007, n. 387). Ne discende che, di regola, il principio di leale collaborazione tra Stato e Regioni può essere effettivamente garantito esclusivamente nei procedimenti di produzione di fonti *sub*-legislative, con l'eccezione dei decreti legislativi, rispetto ai quali la giurisprudenza costituzionale è talvolta intervenuta per censurare le previsioni di leggi di delega che, in violazione del sopracitato principio, prevedevano che i decreti dovessero essere adottati previo parere (e non previa intesa) della Conferenza unificata. In questo senso cfr., ad esempio, Corte costituzionale 25 novembre 2016, n. 251.

²¹ Corte cost. n. 192/2024, *Considerato in diritto* 9.2.

fonte *sub*-legislativa appare comunque assolutamente opportuno al fine di garantire il rispetto del principio di buon andamento tra Stato e Regioni, il quale altrimenti risulterebbe del tutto soccombente nel procedimento legislativo ordinario.

Altro profilo preso in considerazione dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 192/2024, anch'esso oggetto di un lungo e articolato dibattito dottrinale²², concerne la definizione e la distinzione tra i concetti di “*livello essenziale*” delle *prestazioni* e “*nucleo essenziale*” dei *diritti*, con significativi riflessi altresì sul piano operativo.

Nella sentenza si afferma che «l'art. 117, secondo comma, lettera m), Cost. attribuisce alla competenza legislativa esclusiva statale la “determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale”. Come già detto (punto 9.2.), si tratta di un potere attribuito dalla Costituzione allo Stato al fine di conciliare l'uguaglianza delle persone con l'autonomia degli enti territoriali, che nel 2001 risultava accresciuta (sentenze n. 282 del 2002 e n. 88 del 2003). Il legislatore statale ha il compito di garantire uno standard uniforme delle prestazioni relative ai diritti in tutta Italia, tenendo conto delle risorse disponibili. Dai lavori preparatori della legge cost. n. 3 del 2001 risulta che l'inciso “livelli minimi di garanzia” (contenuto nel testo unificato della I Commissione della Camera) fu sostituito dall'Aula con la formula attuale (“livelli essenziali delle prestazioni”), proprio per assicurare “uniformità dei diritti fondamentali in tutto il paese” (seduta n. 774 del 20 settembre 2000). Lo scopo era assicurare, se possibile, uno *standard* di tutela superiore al nucleo minimo del diritto, in collegamento (per quel che riguarda i diritti sociali) con l'art. 3, secondo comma, Cost., che affida alla Repubblica il compito – di più ampio respiro rispetto all'erogazione delle prestazioni minime – di “rimuovere gli ostacoli di ordine

²² *Ex plurimis* E. BALBONI, *Essenziale: was ist wesentlich?*, in *Quad. cost.*, 2/2015, 389 ss.; ID., *Livelli essenziali dei diritti e principio di eguaglianza*, in AA.VV., *Studi in onore di Giorgio Berti*, I, Napoli, 2005, 286 ss.; ID., *I livelli essenziali e i procedimenti per la loro determinazione*, in *Le Regioni*, 6/2003; ID., *Il concetto di “livelli essenziali e uniformi” come garanzia in materia di diritti sociali*, in *Le Istituzioni del Federalismo*, 6/2001, 1103 ss.; I. MASSA PINTO, *Contenuto minimo essenziale dei diritti costituzionali e concezione espansiva della Costituzione*, in *Diritto Pubblico*, 3/2001, 605 ss.; C. PINELLI, *Sui “livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali” (art. 117, co. 2, lett. m), Cost.)*, in *Diritto Pubblico*, 3/2002, 881 ss.; C. PANZERA, *Mediazione politica e immediatezza giuridica dei livelli essenziali delle prestazioni*, in *Le Regioni*, 5-6/2013, 1001 ss.

economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana". Che l'orizzonte concettuale dei LEP sia l'eguaglianza e non il nucleo minimo del diritto risulta anche dall'art. 120, secondo comma, Cost., nell'ambito del quale la garanzia dei LEP rientra nella "tutela dell'unità giuridica o dell'unità economica". Occorre, però, precisare che, una volta che siano determinati dal legislatore statale, i LEP rappresentano una soglia vincolante che dev'essere rispettata dalle autonomie territoriali. Coerentemente, la determinazione dei LEP implica che gli enti territoriali dispongano delle necessarie risorse, attraverso i canali previsti dall'art. 119 Cost.: dunque, anche attraverso il fondo perequativo (artt. 8, comma 1, lettera g, e 9 della legge n. 42 del 2009; art. 15 del d.lgs. n. 68 del 2011). In sintesi, il nucleo minimo del diritto è un limite derivante dalla Costituzione e va garantito da questa Corte, anche nei confronti della legge statale, a prescindere da considerazioni di ordine finanziario: "[è] la garanzia dei diritti incompromissibili ad incidere sul bilancio, e non l'equilibrio di questo a condizionarne la doverosa erogazione" (sentenza n. 275 del 2016; si vedano anche, ad esempio, le sentenze n. 152 del 2020, in materia di pensione di inabilità, e n. 309 del 1999, in materia di assistenza sanitaria all'estero). Invece, i LEP sono un vincolo posto dal legislatore statale, tenendo conto delle risorse disponibili, e rivolto essenzialmente al legislatore regionale e alla pubblica amministrazione; la loro determinazione origina, poi, il dovere dello stesso Stato di garantirne il finanziamento. La distinzione tra LEP e nucleo minimo del diritto consente di non svuotare di senso la competenza di cui all'art. 117, secondo comma, lettera m), Cost.: infatti, se i due concetti coincidessero, tale norma attribuirebbe al legislatore statale il mero compito di esplicitare un vincolo già derivante dalle norme costituzionali sui diritti»²³.

L'argomentazione spesa dalla Corte sostanzialmente riproduce la ricostruzione offerta dal prevalente orientamento dottrinale tale per cui, in una logica per così dire "incrementale", sarebbe possibile collocare i diversi concetti di *contenuto essenziale dei diritti*, *livello essenziale delle prestazioni* e *livello aggiuntivo delle prestazioni* (di competenza regionale)²⁴.

²³ Corte cost. n. 192/2024, *Considerato in diritto*, 14.

²⁴ C. PANZERA, *Mediazione politica e immediatezza giuridica*, cit., 1015-1016, evidenzia che «è ragionevole supporre che *normalmente* l'asticella dei LEP sia fissata su un punto più alto di quanto costituisce la garanzia minima-essenziale di esistenza di uno specifico diritto, civile o sociale che sia. Partendo da questa prospettiva, è possibile collocare i

Ne discende che la determinazione dei Lep, quale attività discrezionale del legislatore statale, declinazione specifica dell'indirizzo politico espresso dall'asse Governo-Maggioranza parlamentare, viene a collocarsi in una dimensione diversa e ulteriore rispetto a quella dell'attività finalizzata a garantire il rispetto del nucleo essenziale dei diritti costituzionali, in un orizzonte concettuale che, come rimarca la Corte, è quello dell'egualianza e non del nucleo essenziale del diritto.

In questo senso, peraltro, mentre la garanzia del nucleo essenziale dei diritti deve intendersi riferita ai soli *diritti costituzionali*, siano essi o meno “civili e sociali”, la determinazione dei Lep può teoricamente concernere anche i cc.dd. nuovi diritti, non ricavabili espressamente o implicitamente dal testo costituzionale, ma positivizzati dal legislatore statale.

4. *La definizione e perimetrazione dei concetti di “prestazione” e di “diritti civili e sociali”*

Tra le questioni più complesse in materia di Lep sta indubbiamente la definizione del concetto di “prestazione”. A tal riguardo, interessanti risultano i rilievi a suo tempo svolti nel *Rapporto finale* predisposto dal CLEP²⁵, ove si propone un'ampia ricognizione delle funzioni e prestazioni disciplinate dal nostro ordinamento e un'articolata classificazione, ad esempio, in funzioni/prestazioni Lep “finali” (quando corrispondono ad una precisa prestazione erogata a vantaggio del cittadino) e “strumentali” (quando rappresentano una condizione necessaria affinché la presta-

vari concetti in sequenza, secondo una logica *incrementale* o per cerchi concentrici: dal *contenuto essenziale* del diritto, costituzionalmente incompressibile (che il legislatore statale e regionale devono rispettare), al *livello essenziale* della prestazione di competenza statale, uniforme ed omogeneo per tutto il territorio (che le Regioni devono rispettare), al *livello aggiuntivo* di competenza regionale, specifico e differenziato (ma soltanto eventuale)». In questo senso, come osserva G. RIVOSECCHI, *Poteri, diritti e sistema finanziario tra centro e periferia*, in *www.rivistaaic.it*, 3/2019, 283, «il contenuto essenziale dei diritti – sia esso inteso in senso assoluto, quale soglia invalicabile opponibile alla discrezionalità del legislatore; o relativo, quale si determina, cioè, nel giudizio di bilanciamento – risulta comunque indifferente al riparto di competenze tra Stato e Regioni, poiché esso deve ritenersi costituzionalmente garantito o *a priori* in quanto indisponibile al legislatore o *a posteriori* in quanto presidiato nel giudizio di bilanciamento».

²⁵ COMITATO TECNICO SCIENTIFICO CON FUNZIONI ISTRUTTORIE PER L'INDIVIDUAZIONE DEI LIVELLI ESSENZIALI DELLE PRESTAZIONI, *Rapporto finale*, reperibile [online](#), 15 ss.

zione finale abbia certe caratteristiche qualitative omogenee); funzioni/prestazioni Lep “autosufficienti” (quando la prescrizione che li definisce non necessita di ulteriori successive precisazioni) e che richiedono una successiva analitica precisazione dei contenuti; funzioni/prestazioni Lep “diretti” (quando disegnano una prestazione a cui il cittadino ha diritto) e “indiretti” (che realizzano una precondizione rispetto alla erogazione della prestazione, precondizione necessaria a garantire l’uniformità della prestazione essenziale su tutto il territorio nazionale).

In un fondamentale passaggio del *Rapporto finale* si afferma che «in conclusione, si propende per una nozione di LEP “prestazionale” (da intendersi quali obblighi di dare, di fare e di astenersi che riguardano i pubblici poteri, sia come regolatori, che come gestori) e obbligatoria, che in quanto tale impatta sui conti pubblici, assumendo necessariamente una dimensione finanziaria, di sicura rilevanza. Tale dimensione, pur se immanente ed endogena del LEP, può essere anche verificata e misurata in una fase successiva, anche quindi al di fuori del lavoro del Comitato, dovendo essere oggetto di apprezzamento sul piano politico, anche in considerazione dei vincoli di bilancio e del doveroso rispetto dei principi di equilibrio economico finanziario previsti dagli artt. 81 e 119 della Costituzione»²⁶.

Questa impostazione è stata poi sostanzialmente riprodotta nel recente d.d.l. S.1623, recante “Delega al Governo per la determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni”²⁷, ove si delega il Governo a «determinare i livelli essenziali, anche non quantificabili in termini finanziari, nell’ambito delle prestazioni o erogazioni, o degli obblighi di dare, di fare o di astensione nei confronti di privati, che gravano sui pubblici poteri, anche nella loro funzione regolatoria o di gestione, di seguito denominati “prestazioni”, e che concernono diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale»²⁸.

Ad emergere è dunque la consapevolezza che in questo contesto il concetto di “prestazione” non può essere ridotto ad un mero *dare, fare o non fare* rivolto direttamente al cittadino, alla pura «cessione di beni e servizi pubblici (divisibili) da parte della P.A. (o, per essa, di soggetti privati

²⁶ COMITATO TECNICO SCIENTIFICO CON FUNZIONI ISTRUTTORIE PER L’INDIVIDUAZIONE DEI LIVELLI ESSENZIALI DELLE PRESTAZIONI, *Rapporto finale*, cit., 28-29.

²⁷ Cfr. *infra*, §6.

²⁸ Art. 2, comma 1, lett. a), S.1623 recante “Delega al Governo per la determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni”.

legittimati) ai soggetti privati»²⁹, alla «attribuzione di un beneficio ovvero di un bene finale a favore dell'utente»³⁰, poiché esso deve necessariamente estendersi agli «*standard* qualitativi, strutturali, tecnologici e quantitativi»³¹ che devono essere rispettati nell'organizzazione amministrativa e in tutto il complesso dei processi che conducono alla erogazione delle prestazioni e, più in generale, alle regole strumentali a carattere obiettivo che non costituiscono in capo ai destinatari specifiche situazioni giuridiche soggettive.

Altrettanto complessa è la questione attinente alla definizione del concetto di “diritti civili e sociali”. Escluso che, a tal fine, sia sufficiente il ricorso ad un criterio meramente formale, quale in particolare quello nominalistico, nel senso che l'omessa qualificazione in Costituzione di un diritto come “civile” o “sociale” non può acquisire un significato dirimente³², risultando invece necessario guardare alla «trama dei principi costituzionali che esprimono le finalità complessive dell'ordinamento, costituendo in capo ai cittadini un ampio novero di posizioni giuridiche – soggettive o diffuse – la cui tutela è essenziale al fine di garantire il pieno sviluppo della persona umana cui fa cenno l'art. 3, 2° co., Cost.»³³, operazione che in particolare consentirebbe di includere nella clausola anche i cc.dd. nuovi diritti, i quali, anche se riconducibili a diversi principi costituzionali, restano però individuati e analiticamente ricostruiti nella legislazione ordinaria.

5. *Il meccanismo di finanziamento*

Oltre alle questioni definitorie, – le quali, come si è avuto modo di evidenziare, hanno in realtà ben precise e rilevanti implicazioni sul piano operativo –, una delle problematiche più delicate in tema di Lep concerne il loro finanziamento³⁴.

²⁹ COMITATO TECNICO SCIENTIFICO CON FUNZIONI ISTRUTTORIE PER L'INDIVIDUAZIONE DEI LIVELLI ESSENZIALI DELLE PRESTAZIONI, *Rapporto finale*, cit., 102.

³⁰ Ivi, 65.

³¹ Ivi, 50.

³² In questo senso, di recente, G. COMAZZETTO, *I livelli essenziali delle prestazioni*, cit., 87-88.

³³ Ivi, 88-89.

³⁴ Per un inquadramento del tema del finanziamento dei Lep nel quadro

Finanziamento dei Lep e finanziamento delle funzioni da trasferire ai sensi dell'art. 116, comma 3, Cost. sono in realtà aspetti sostanzialmente autonomi, anche se non possono trascurarsi le variazioni di spesa (in aumento o in diminuzione) che la devoluzione alle Regioni delle funzioni oggetto delle intese può determinare, con conseguente maggiore o minore disponibilità di risorse per il finanziamento dei medesimi Lep³⁵.

Tuttavia, al netto di quest'ultimo profilo, la connessione tra finanziamento dei Lep e finanziamento delle funzioni da trasferire appare piuttosto debole, mentre poteva semmai assumere rilievo nell'economia delle censure formulate avverso la legge n. 86/2024, poiché quest'ultima effettivamente tendeva (e tende) a tenere insieme esigenze diametralmente opposte, prescrivendo l'invarianza finanziaria per l'applicazione della legge e di ciascuna delle intese, l'invarianza finanziaria per le Regioni diverse da quelle richiedenti il trasferimento delle funzioni e sostanzialmente rinvia la questione del reperimento della verosimilmente enorme quantità di risorse che deriverebbe dalla determinazione dei Lep nella maggior parte delle materie le cui funzioni possono formare oggetto di devoluzione ai sensi dell'art. 116, comma 3, Cost., che comunque dovrà avvenire all'interno del perimetro tracciato dalla legge di bilancio.

Il *punctum crucis* è allora rappresentato dallo stato attuale dell'autonomia finanziaria regionale. Sul lato delle entrate tributarie delle Regioni a statuto ordinario, queste derivano prevalentemente dalla compartecipazione all'IVA e solo in misura minore da tributi propri, peraltro derivati (in particolare IRAP e addizionale IRPEF) e da trasferimenti statali, mentre

dell'autonomia finanziaria regionale cfr., *ex plurimis*, M. LADU, L. SPADACINI, *La nozione costituzionale di livello essenziale delle prestazioni tra potestà normativa e autonomia finanziaria delle Regioni*, in *Italian Papers on Federalism*, 2/2023, 97 ss.

³⁵ Osserva G. RIVOCCHI, *Ulteriori forme e condizioni particolari di autonomia*, cit., 75, che «alle funzioni e alle risorse trasferite alla Regione potrebbe non corrispondere necessariamente un risparmio di pari ammontare per lo Stato. In effetti, l'amministrazione centrale è tenuta a continuare a svolgere determinate funzioni per le altre Regioni, sicché gli effetti delle scelte devolutive ex art. 116, terzo comma, Cost. potrebbero non rivelarsi necessariamente “un gioco a somma zero”, per lo meno in ordine alle funzioni che lo Stato svolge unitariamente per l'intero ordinamento, così comportando il rischio di aggravare i costi organizzativi e la spesa statale complessiva». D'altra parte le Regioni richiedenti potrebbero essere in grado di esercitare in modo più “efficiente” le singole funzioni, di talché, al netto dell'aumento dei costi connesso alla necessità di predisporre nuove risorse umane e strumentali a livello regionale, potrebbe comunque prodursi un risparmio di spesa.

affatto marginali risultano le entrate connesse a tributi propri in senso stretto. In questo senso, la riforma costituzionale del 2001 e finanche l'approvazione della legge delega sul federalismo fiscale con i correlati decreti attuativi non hanno rappresentato una vera e propria discontinuità rispetto al passato e al prodursi di questa situazione ha concorso attivamente anche la stessa giurisprudenza costituzionale.

Il sistema attuale è, dunque, radicalmente difforme dal modello tracciato dalla legge n. 42/2009 e dal d.lgs. n. 68/2011 e, d'altra parte, l'attuazione di quest'ultimo è stata come noto costantemente rinviata. Il problema appare però ben più complesso se si considera che proprio il modello che si avrebbe intenzione di attuare nell'immediato futuro sembrerebbe orientato a «valorizzare il principio di responsabilità mediante il meccanismo dei costi e fabbisogni *standard*»³⁶. Tuttavia, com'è stato efficacemente evidenziato, «i vincoli di destinazione sono propri di finanziamenti statali assegnati sulla base dei “bisogni”»³⁷ e «un sistema di individuazione dell'ammontare complessivo delle risorse da riconoscere alle Regioni sulla base di bisogni individuati dallo Stato [...] non è compatibile con il sistema di perequazione delineato dal nuovo art. 119, c. 3, Cost., il quale prevede esplicitamente che esso sia parametrato non sui bisogni, ma sulle capacità fiscali *pro-capite* (lo Stato istituisce “un fondo perequativo, senza vincoli di destinazione, per i territori con minore capacità fiscale per abitante”)»³⁸. Analoga considerazione vale però per tutti gli altri canali ordinari di finanziamento regionale, rispetto ai quali l'art. 119 Cost., pur se implicitamente, presuppone l'assenza di vincoli di destinazione. Sembra inoltre potersi condividere la proposta di chi ha evidenziato che «non dovrebbero essere le funzioni collegate ai LEP ad essere specificamente finanziate dallo Stato, ma esse dovrebbero soltanto consistere in uno dei parametri utili allo scopo di monitorare l'adeguatezza dell'autonomia impositiva riconosciuta alle Regioni. Quest'ultima dovrebbe essere commisurata al finanziamento integrale delle funzioni pubbliche regionali e non solo a quello delle spese obbligatorie. Diversamente, l'autonomia regionale di spesa e di entrata prefigurata dall'art. 119 Cost. resterebbe una mera promessa senza attuazione»³⁹.

³⁶ G. COMAZZETTO, *I livelli essenziali delle prestazioni*, cit., 108-109.

³⁷ P. GIARDA, *Le regole del federalismo fiscale nell'articolo 119: un economista di fronte alla nuova Costituzione*, in *Le Regioni*, 6/2001, 1446.

³⁸ M. LADU, L. SPADACINI, *La nozione costituzionale*, cit., 101.

³⁹ *Ivi*, 105.

6. *Il d.d.l. S.1623 recante “Delega al Governo per la determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni”, il d.d.l. S.1689 di Bilancio e le nuove “pre-intese”. I Lep nel quadro della nuova stagione del regionalismo differenziato*

La sentenza n. 192/2024 della Corte costituzionale sembrava di fatto aver messo fine, quanto meno nella legislatura in corso, ai progetti di realizzazione dei processi di differenziazione regionale asimmetrica, risultando definitivamente evidente che il vero e principale ostacolo all’attuazione dell’art. 116, comma 3, Cost. è costituito dalla necessità di procedere alla previa determinazione e al finanziamento dei Lep.

Al contrario, in data 19 maggio 2025, il Consiglio dei Ministri ha dato il via libera al d.d.l. (S.1623) recante “Delega al Governo per la determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni”. Il disegno di legge consta di 33 articoli e si compone di tre parti: una prima parte generale, nella quale vengono determinati principi e criteri direttivi comuni a tutte le materie; una seconda parte, nella quale i principi e criteri direttivi sono declinati in funzione delle singole materie o ambiti di materia o settori organici di materie, identificando le prestazioni e suddividendo gli stessi Lep in “quantificabili” (per cui verranno definiti costi e fabbisogni standard) e “non quantificabili” (per cui verranno comunque individuati parametri che consentano un monitoraggio, attraverso criteri specifici, sulla loro effettiva realizzazione); una terza ed ultima parte contiene le disposizioni finali e finanziarie, che confermano l’obbligo di osservare gli equilibri finanziari e demandano ai livelli di governo coinvolti nella sua attuazione l’individuazione delle misure idonee a migliorare l’efficacia e l’efficienza delle prestazioni erogate.

Tuttavia, solo pochi mesi dopo, il Governo ha inserito nel d.d.l. (S.1689) di Bilancio il Capo III del Titolo IX, dedicato alla “Definizione e monitoraggio dei livelli essenziali delle prestazioni – LEP”, al fine di dare attuazione all’art. 13, comma 2 del d.lgs. n. 68/2011, determinando i Lep sulla base delle macroaree di intervento nelle materie individuate all’art. 14, comma 1 del medesimo decreto (sanità, assistenza, istruzione, trasporto pubblico locale in conto capitale) ciascuna delle quali omogenea al proprio interno per tipologia di servizi offerti, definendone per ciascuna i costi, i fabbisogni *standard* nonché le metodologie di monitoraggio, di valutazione dell’efficienza e dell’appropriatezza dei servizi offerti.

Si tratta, come sottolineato nel corso della seduta della 1^a Commissio-

ne permanente del 30 ottobre, in vista dell'esame, in sede consultiva, delle tabelle di competenza e delle correlate disposizioni del d.d.l. di Bilancio S.1689, di una sostanziale anticipazione del d.d.l. S.1623 assegnato alla medesima Commissione in sede referente, il cui esame avrà formalmente inizio il 26 novembre.

In realtà, gli artt. da 123 a 128 del d.d.l. Bilancio si misurano con i Lep propri del c.d. "federalismo simmetrico", che è cosa diversa dal "federalismo asimmetrico", ossia dall'attribuzione di forme e condizioni particolari di autonomia ai sensi dell'art. 116, comma 3, Cost. In tal modo il Governo intende compiere un ulteriore passo in avanti nella determinazione dei Lep del federalismo fiscale, dando così attuazione all'art. 117, comma 2, lett. m), Cost. e alle previsioni del d.lgs. n. 68/2011 che, a sua volta, discende dalla legge n. 42/2009.

Infine, nel corso del mese di novembre, è intervenuta la sottoscrizione di quattro "pre-intese" per l'attuazione dell'art. 116, comma 3, Cost. da parte del Ministro per gli Affari Regionali e le Autonomie, su delega del Presidente del Consiglio dei ministri, e da parte dei Presidenti delle Giunte delle Regioni Veneto, Lombardia, Piemonte e Liguria.

Le materie e gli ambiti di materie presi in considerazione, nell'ambito dei quali in sede di intesa saranno individuate le specifiche funzioni da trasferire, sono la *protezione civile*, le *professioni*, la *previdenza complementare e integrativa* nonché la *tutela della salute – coordinamento della finanza pubblica*, tutti qualificati come "non-Lep" ai sensi dell'art. 3 della legge n. 86/2024, con l'eccezione della *tutela della salute*, rispetto alla quale tuttavia i Lea sono già stati da tempo determinati. Tuttavia, in considerazione della correlazione con i Lep (*i.e.* Lea), si prevede che le specifiche funzioni che saranno individuate connesse a detta materia formeranno oggetto di specifiche intese.

Sul punto si deve però evidenziare che la sentenza n. 192/2024 ha reso del tutto irrilevante la distinzione tra "materie Lep" e "materie no-Lep", in quanto l'art. 3, comma 3 della legge n. 86/2024 «va interpretato in senso conforme a Costituzione: nel momento in cui il legislatore qualifica una materia come "no-LEP", i relativi trasferimenti non potranno riguardare funzioni che attengono a prestazioni concernenti i diritti civili e sociali. Se, invece, lo Stato intende accogliere una richiesta regionale relativa a una funzione rientrante in una materia "no-LEP" e incidente su un diritto civile o sociale, occorrerà la previa determinazione del relati-

vo LEP (e costo standard)»⁴⁰. Ne consegue che, indipendentemente dalla qualificazione che il legislatore intenda dare alla singola materia (“Lep” o “no-Lep”), ciò che rileva è l’incidenza o meno della singola funzione sui diritti civili e sociali, da ciò derivando o meno la necessità di determinare previamente i corrispettivi Lep. Questo aspetto potrà essere verificato dalla Corte costituzionale attraverso il sindacato sulle singole leggi approvate sulla base delle intese.

In ciascuna delle “pre-intese” si dà inoltre atto che nel corso dei mesi precedenti le quattro Regioni hanno integrato la documentazione già trasmessa al fine di dimostrare la giustificazione delle richieste alla luce del principio di sussidiarietà, così come richiesto dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 192/2024⁴¹.

La nuova stagione del regionalismo differenziato ha preso dunque definitivamente avvio. Sullo sfondo, il nodo dei Lep, ora oggetto di un articolato disegno di legge che nell’immediato futuro, dopo venticinque

⁴⁰ Corte cost. n. 192/2024, *Considerato in diritto*, 15.2.

⁴¹ Corte cost. n. 192/2024, *Considerato in diritto*, 4.1., ove si precisa che «l’art. 116, terzo comma, Cost. va interpretato coerentemente con il significato del principio di sussidiarietà, e pertanto la devoluzione non può riferirsi a materie o ad ambiti di materie, ma a specifiche funzioni. Il tenore letterale della disposizione conferma tale conclusione. Essa, infatti, fa riferimento alle ulteriori forme e condizioni particolari di autonomia “concernenti le materie”, lasciando intendere che il trasferimento non riguarda le materie ma le singole funzioni concernenti le materie. Poiché tale disposizione prevede l’attribuzione di ulteriori forme di autonomia, senza distinguere la natura legislativa o amministrativa della devoluzione, quest’ultima potrà riguardare solamente funzioni amministrative o legislative, oppure tanto le funzioni legislative che quelle amministrative concernenti il medesimo oggetto. In definitiva, secondo la prospettiva costituzionale, incentrata sul principio di sussidiarietà, la scelta sulla ripartizione delle funzioni legislative e amministrative tra lo Stato e le regioni o la singola regione, nel caso della differenziazione ex art. 116, terzo comma, Cost., non può essere ricondotta ad una logica di potere con cui risolvere i conflitti tra diversi soggetti politici, né dipendere da valutazioni meramente politiche. Il principio di sussidiarietà richiede che la ripartizione delle funzioni, e quindi la differenziazione, non sia considerata *ex parte principis*, bensì *ex parte populi*. La ripartizione delle funzioni deve corrispondere al modo migliore per realizzare i principi costituzionali. Tale necessità è affermata dalla giurisprudenza costituzionale, secondo cui, nel contesto della riforma del Titolo V della Costituzione, “la maggiore autonomia è stata riconosciuta nell’ambito di una prospettiva generativa, per cui promuovendo processi di integrazione fra i vari livelli istituzionali e civili, gli enti territoriali avrebbero consentito una migliore attuazione, rispetto all’assetto precedente, dei valori costituzionali” (sentenza n. 168 del 2021).

anni di sostanziale inattuazione, potrebbe finalmente dare una tendenziale completa attuazione all'art. 117, comma 2, lett. m), Cost. e, contestualmente, sbarrare la strada dell'attuazione dell'art. 116, comma 3, Cost.

Abstract

Il contributo affronta il tema dei livelli essenziali delle prestazioni (Lep) concernenti delle prestazioni di cui all'art. 117, comma 2, lett. m), Cost. nel quadro dei processi di differenziazione regionale disciplinati dall'art. 116, comma 3, Cost. A seguito della sentenza n. 192/2024 della Corte costituzionale, la quale sembrava aver posto fine ai progetti di attuazione dell'art. 116, comma 3, Cost. nella attuale legislatura, l'approvazione in Consiglio dei Ministri del d.d.l. (S.1623) recante "Delega al Governo per la determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni" e del d.d.l. (S.1689) di Bilancio, nonché la stipula di "pre-intese" con quattro Regioni, hanno riportato l'attenzione sulla necessità di procedere quanto prima alla determinazione e al finanziamento dei Lep, quale passaggio obbligato per la realizzazione dell'autonomia differenziata. Sono quindi prese in esame alcune delle questioni più rilevanti in tema di Lep rimaste aperte dopo la sentenza n. 192/2024, mentre l'ultimo paragrafo è dedicato all'analisi delle più recenti iniziative governative.

Essential levels of service provision within the context of regional differentiation processes

The article addresses the issue of the "livelli essenziali delle prestazioni" (Lep) referred to in Article 117, paragraph 2, letter m), of the Constitution, within the framework of the regional differentiation processes governed by Article 116, paragraph 3, of the Constitution. Following Constitutional Court judgment no. 192/2024, which seemed to have brought an end to the projects for implementing Article 116, paragraph 3, of the Constitution during the current legislature, the approval by the Council of Ministers of the draft bill (S.1623), entitled "Delegation to the Government for the determination of the essential levels of services" and of the Budget draft bill (S.1689), as well as the signing of "pre-agreements" with four Regions, have once again drawn attention to the need to proceed as soon as possible with the definition and financing of the LEs, as an indispensable step for the implementation of differentiated regional autonomy. Some of the most significant issues concerning the Lep that remain unresolved after judgment no. 192/2024 are therefore examined, while the final paragraph is devoted to an analysis of the most recent governmental initiatives.

Autonomie territoriali e amministrazione premiale: il caso «Bandiera Blu» tra autovincoli e regolazione indiretta

di Gianluca Bellomo

SOMMARIO: 1. Le premesse teoriche e metodologiche dell'indagine: verso un'amministrazione ambientale di risultato. – 2. Gli strumenti giuridici a contenuto economico tra regolazione, incentivazione e volontarietà. – 3. La tipologia degli strumenti giuridici a contenuto economico tra *hard law* e *soft law*. – 4. Il Programma «Bandiera Blu»: un modello di amministrazione premiale e di *soft law* indiretta ambientale. – 5. Segue: Limiti e prospettive del modello «Bandiera Blu». – 6. Conclusioni.

1. *Le premesse teoriche e metodologiche dell'indagine: verso un'amministrazione ambientale di risultato*

Nel contesto contemporaneo, attraversato da fenomeni di crescente interconnessione tra dinamiche economiche e sistemi giuridici, l'analisi degli strumenti giuridici a contenuto economico si impone come una delle chiavi di lettura fondamentali per comprendere le trasformazioni in atto nella struttura e nell'agire dell'amministrazione pubblica¹.

Si tratta di un ambito tematico che, pur essendo storicamente presente nei territori del diritto pubblico e in particolare nella tradizione dello Stato amministrativo di matrice continentale², assume oggi contorni nuovi, profondamente influenzati dall'intreccio tra diritto interno, diritto dell'Unione europea e principi dell'economia di mercato³.

In questo scenario, interrogarsi su natura, funzione ed evoluzione degli strumenti giuridici che orientano l'azione pubblica attraverso meccanismi economici – capaci di produrre effetti diretti o indiretti sui destinatari, dai tradizionali modelli autoritativi alle più recenti tecniche

¹ Esemplarmente cfr. S. CASSESE, *La crisi dello Stato*, Roma-Bari, 2002.

² Per approfondimenti v. S. CASSESE, P. SCHIERA, A. VON BOGDANDY, *Lo Stato e il suo diritto*, Bologna, 2013.

³ Su cui cfr. P. BILANCIA, *Il governo dell'economia tra Stati e processi di integrazione europea*, in *Rivista AIC*, 3/2014, 1 ss.; ma anche con specifico riferimento alla coesione territoriale cfr. G. DE GIORGI CEZZI, *Regioni e politiche europee di coesione*, in *Nuove Autonomie*, n. speciale 2024, 293–302.

consensuali e incentivanti⁴ – non è mero esercizio tassonomico, ma passaggio imprescindibile per tracciare i nuovi orizzonti del diritto pubblico contemporaneo⁵.

Il presente contributo, così, si propone di indagare, alla luce dell'ordinamento nazionale ed europeo, l'evoluzione e l'impiego degli strumenti giuridici destinati alla tutela dell'ambiente, con particolare attenzione a quella categoria di strumenti che, recependo logiche di tipo economico e consensuale, hanno progressivamente integrato – senza sostituirle – le tecniche tradizionali di regolazione autoritativa, comunemente definite, nella letteratura anglosassone, come tecniche di *command and control*⁶.

Tali strumenti, muovendo dall'esigenza di rendere effettiva l'azione amministrativa in materia ambientale, si configurano come espressione di un più ampio processo di trasformazione della funzione pubblica, orientato al conseguimento di obiettivi di sostenibilità attraverso meccanismi di incentivazione diretta e indiretta, di autoregolazione controllata e di cooperazione pubblico–privato⁷.

In questa prospettiva, l'amministrazione ambientale non si limita più a dettare regole e sanzioni, ma costruisce reti di responsabilità condivisa, fondate su procedure di accreditamento, certificazione e riconoscimento della qualità ambientale, volte a garantire un più elevato grado di conformità sostanziale – e non meramente formale – ai principi di protezione dell'ambiente e di sviluppo sostenibile⁸.

In questo contesto si inserisce la categoria dell'«amministrazione premiale»⁹, espressione di una modalità di azione pubblica che, in luogo

⁴ M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna, 2022, 329-372.

⁵ Su cui cfr. *amplius* L. TORCHIA, *Diritto ed economia fra Stati e mercati*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2016.

⁶ In particolare sul superamento del paradigma autoritativo a favore di modelli cooperativi, cfr. S. CASSESE, *La nuova regolazione amministrativa*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1994, 360 ss.

⁷ Su cui cfr. M. D'ALBERTI, *Amministrazione e mercato*, in FORMEZ (cur.), *Innovazione amministrativa e crescita. Rapporto con raccomandazioni*, vol. I.1, Napoli, 2008, 23–51.

⁸ Cfr. F. FRANCHINI, *La discrezionalità tecnica e l'effettività della tutela ambientale*, in *Diritto amministrativo*, 2005, 140-143, dove l'autore indaga il ruolo che possono avere le certificazioni ambientali come strumenti di diffusione ed attuazione della conformità sostanziale.

⁹ Su cui cfr. M. CLARICH, *Le prospettive di sviluppo del sistema sanzionatorio nell'ottica del diritto amministrativo*, in *LUISS Law Review*, 2018, 24 s.; ma anche G. PIPERATA, L. SALTARI, A. SANDULLI, *Il ritorno del servizio alla comunità come munus publicum*, in *Munus*, 2020, n. 1, v–xi (editoriale); in ottica comparata G. PENNELLA, V. RUSSO, V. VENEZIANO, *Come premiare*

dell'imposizione autoritativa, si fonda sulla logica dell'incentivo e del riconoscimento. Essa rappresenta una delle più significative manifestazioni del passaggio da un modello di amministrazione imperativa a un'amministrazione di stimolo, orientata alla promozione di comportamenti virtuosi da parte dei destinatari delle politiche pubbliche. L'amministrazione premiale si caratterizza per l'impiego di strumenti che orientano le condotte tramite vantaggi, benefici economici o riconoscimenti reputazionali attribuiti a chi persegue obiettivi coerenti con l'interesse generale. Essa si colloca, pertanto, nel paradigma dell'amministrazione di risultato, fondato su logiche di cooperazione, efficienza e corresponsabilità, che trovano particolare applicazione nelle politiche ambientali, ove la partecipazione volontaria e la diffusione di buone pratiche rappresentano elementi essenziali per l'effettività dell'azione pubblica¹⁰.

La seconda parte del lavoro approfondisce, alla luce del quadro teorico rappresentato, il marchio ambientale «Bandiera Blu», programma ad adesione volontaria che ha visto una crescente partecipazione degli enti locali¹¹.

Muovendo dall'ipotesi che la partecipazione al Programma «Bandiera Blu» configuri una forma di autonomia amministrativa funzionale – nella quale l'ente locale, aderendo volontariamente a standard tecnico-organizzativi di matrice para-privata, si autovincola a pratiche di sostenibilità che

le performance amministrative. Tra responsabilità e reputabilità. Confronti internazionali, in Astrid Rassegna, 2009.

¹⁰Per approfondimenti v. Cfr. G. NAPOLITANO, *Diritto amministrativo e processo economico*, in *Dir. amm.*, 2014, 695 ss.; G. NAPOLITANO, *I beni pubblici e le "tragedie dell'interesse comune"*, in *Annuario* 2006, 2007, 125 ss.

¹¹ Cfr. G. DE GIORGI CEZZI, *Politiche ambientali e governance multilivello: il ruolo degli enti locali nell'attuazione degli standard europei*, in *Nuove Autonomie*, 2023, 233 ss., dove l'autrice sottolinea come «L'incremento del numero di enti locali aderenti a certificazioni ambientali volontarie come "Bandiera Blu" segnala un'evoluzione del diritto amministrativo verso modelli premiali fondati su concorrenza reputazionale e coordinamento con le politiche europee».

In Italia nel 2022 risultavano 210 Comuni premiati, saliti a 226 nel 2023, 236 nel 2024 e 246 nel 2025. Parallelamente, il numero di spiagge riconosciute è passato da 427 (2022) a 487 (2025), confermando un progressivo rafforzamento delle politiche di sostenibilità, gestione ambientale e qualità delle acque adottate dalle amministrazioni locali, Fonti: FEE Italia; Ministero del Turismo (*Comunicato Bandiera Blu 2025: crescono le eccellenze dell'acqua italiane*, 14 maggio 2025); ANSA, 10 maggio 2022; La Repubblica, 12 maggio 2023; CNR, 14 maggio 2024.

conformano discrezionalità e programmazione –, il contributo mostra come tale premialità operi quale regolazione amministrativa distinta dalla *soft law* tradizionale, incidendo in modo organizzativo e procedimentale sull'azione comunale e producendo effetti economici e politici misurabili, così integrando la legalità in senso sostanziale e la responsabilità per risultati. Il contributo assume, quindi, la tesi secondo cui gli strumenti premiali para-privati – segnatamente la «Bandiera Blu» – integrano una *soft law* a effetti conformativi per le autonomie locali, con ricadute strutturali su assetti organizzativi, cicli procedimentali e programmazione, e non soltanto sulla reputazione.

Il Programma risulta, infatti, particolarmente interessante come caso applicativo, poiché pur non rientrando, in senso stretto, nella categoria degli strumenti prettamente di tipo normativo, essendo gestito da un soggetto con natura privatistica – la *Foundation for Environmental Education* (FEE¹²) – riveste tuttavia una spiccata rilevanza pubblicistica materiale, che merita di essere adeguatamente indagata, e riscontrabile, in prima battuta, almeno nei seguenti aspetti: ampio utilizzo che del marchio viene fatto da soggetti pubblici, i quali ne costituiscono i destinatari elettivi; coinvolgimento, diretto o indiretto, di autorità e organismi pubblici sia nella individuazione e definizione dei criteri, sia nelle procedure di assegnazione; finalità sostanzialmente pubblicistiche che informano la struttura e l'attuazione del programma; ma soprattutto, rilevanza pubblica *materiale* del marchio che si coglie nella sua capacità di incidere in modo concreto sull'effettività delle politiche ambientali e sulla loro diffusione a livello locale, configurandosi così come uno strumento di cooperazione virtuosa tra iniziativa privata e amministrazione pubblica, idoneo a promuovere, nella prassi amministrativa, modelli di *governance* sostenibile e di tutela integrata del territorio¹³.

¹² La FEE, *Foundation for Environmental Education* (Fondazione per l'Educazione Ambientale) è la più grande organizzazione mondiale di educazione ambientale, presente in 81 paesi dei 5 continenti. È un'organizzazione internazionale *no-profit* fondata nel 1981, registrata come *charity* nel Regno Unito e con sede centrale a Copenaghen in Danimarca, cfr. www.feeitalia.org/la-fee.

¹³ Su tali aspetti più diffusamente *infra*, paragrafo 4.

2. *Gli strumenti giuridici a contenuto economico tra regolazione, incentivazione e volontarietà*

Al fine di comprendere pienamente le dinamiche che presiedono alla trasformazione dell'amministrazione ambientale in senso premiale e cooperativo, occorre preliminarmente soffermarsi sul significato e sull'evoluzione della categoria della «regolazione», la quale rappresenta il quadro concettuale di riferimento entro cui si collocano gli strumenti giuridici a contenuto economico. Solo attraverso una ricognizione del lessico e delle tipologie di regolazione – nelle sue versioni *hard* e *soft*, pubblica e privata, volontaria e incentivante – è possibile individuare la collocazione sistematica del modello «Bandiera Blu» come forma di *soft regulation* indiretta di matrice ambientale.

Il concetto di «regolazione», in inglese «*regulation*»¹⁴, infatti, si presta a molteplici interpretazioni e non ha ancora trovato una sufficiente sedimentazione dottrinarica che consenta a chi si confronta con tale oggetto di studio di percepirlo in maniera univoca in quanto risente delle impostazioni presenti nelle diverse tradizioni giuridiche.

La stessa nascita dei modelli e degli obiettivi riconducibili al concetto inglese di «*regulation*» vengono collocati in periodi diversi dalla dottrina¹⁵,

¹⁴ Sui diversi approcci alla regolazione cfr. almeno A. OGUS, *Regulation. Legal form and economic theory*, Oxford, 1994; R. BALDWIN, M. CAVE, *Understanding regulation. Theory, strategy and practice*, Oxford, 1999; R.B. STEWART, *U.S. Administrative Law: A Model for Global Administrative Law*, IILJ Working Paper 2005/7 (*Global Administrative Law Series*), New York University, reperibile in www.iilj.org; più specificamente in materia di regolazione ambientale, dello stesso A., *Markets Versus Environment?*, European University Institute, Jean Monnet Chair Papers, 1995, n. 19; inoltre S. BREYER, *Regulation and its reform*, Harvard, 1982, 261 ss.; con un approccio di analisi economica del diritto, cfr. M. FAURE, *Environmental regulation*, in B. BOUCKAERT, G. DE GEEST (cur.), *Encyclopedia of Law & Economics*, 2000, 443-520, reperibile in encyclo.findlaw.com/tablebib.html.

¹⁵ Parte della dottrina, infatti, fa risalire il ricorso a detti strumenti ai primi decenni dell'Ottocento «l'ordinamento inglese fu certamente il primo a utilizzare i modelli e gli obiettivi della *regulation* quando nei primi decenni dell'Ottocento l'avvento del trasporto ferroviario pose problemi tecnico-giuridici ed economici imponenti, sia in ordine all'uso del territorio e della proprietà, sia in ordine all'applicazione ed al controllo di nuove tecnologie», in N. GRECO, *Costituzione e regolazione. Interessi, norme e regole sullo sfruttamento delle risorse naturali*, Bologna, 2007, 31; altra parte della dottrina, invece, individua nella *regulation* il «processo collegato al progressivo intervento “politico” dello Stato nell'economia a partire dalla crisi del modello liberale ottocentesco, mediante il quale aree sempre più ampie della struttura economica e del mercato, fino allora dominio del *common law*, sono

ma comunque l'elemento comune che emerge è l'incapacità, da parte del precedente apparato strumentale esistente, di governare i nuovi cambiamenti dettati dallo sviluppo tecnologico figlio del periodo della rivoluzione industriale¹⁶.

Infatti, per quanto riguarda la linguistica inglese la *regulation* viene vista come «*the act of regulating or the state of being regulated*», «*a rule prescribed for the management of some matter, or the regulating of conduct*», «*a governing precept or direction*», «*a standing rule*»; invece per la cultura giuridico-politica statunitense, dove tale concetto ha trovato maggiore spazio anche sul piano costituzionale, con il concetto di «*regulation*» s'intende una «*rule or order for management or government*», «*rule of order*» deciso da un'autorità superiore o competente e comunque ricompresa nel proprio potere di controllo¹⁷.

Nella lingua italiana invece il termine «*regulation*» solitamente viene tradotto con la parola «regolazione» o «normazione», ma spesso anche con quella di «regolamentazione», anche se un reale corrispettivo inglese di quest'ultimo termine non esiste se non in lingua francese.

L'OCSE invece dà della «regolazione» una nozione molto più ampia, e quasi onnicomprensiva di tutti gli interventi pubblici considerandola come «*the diverse set of instruments by which governments set requirements in enterprises and citizens*»¹⁸, anche se successivamente la suddivide in «economica», «sociale» ed «amministrativa» ma intendendo indicare piuttosto i settori di azione che non differenti caratteri operativi.

Infine, per converso, e per meglio comprendere anche l'ambito di

state progressivamente occupate e disciplinate dalla legge del Parlamento e dagli atti normativi del governo e delle amministrazioni», così G. DI PLINIO, *Il common core della deregulation. Dallo Stato regolatore alla Costituzione economica sovranazionale*, Milano, 2005, 9. Più recentemente cfr. L. CASINI, *La globalizzazione della regolazione e la crisi dello Stato regolatore*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2016, 1 ss.; ma anche G. NAPOLITANO, *Diritto pubblico dell'economia e regolazione*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2014, 211 ss., in cui l'autore afferma che «Le dinamiche di *deregulation* e *reregulation* mostrano che l'intervento pubblico non scompare, ma assume forme nuove, fondate su tecniche economiche e strumenti flessibili di regolazione».

¹⁶ Non è un caso che proprio nel Paese che ha visto nascere la *rivoluzione industriale* e da dove si è avuto l'avvio della crescita esponenziale del processo di globalizzazione, l'ordinamento giuridico dell'epoca abbia prodotto questa nuova categoria di strumenti che successivamente, col passare del tempo, e proprio negli ordinamenti caratterizzati da maggiori livelli di competitività hanno trovato maggiore sviluppo e diffusione.

¹⁷ N. GRECO, *op. cit.*, 30 s.

¹⁸ Citato da N. GRECO, *op. cit.*, 29.

operatività della «regolazione», va evidenziato come ormai sempre più spesso in dottrina¹⁹ si inizia a parlare di processi di «de-regolazione» o di «ri-regolazione», intendendo con questi i meccanismi pubblici che portano alla «revisione e/o azzeramento di regole, o come processo che contrasta, modifica, sostituisce e/o azzerà il processo di *regulations*»²⁰ e che quindi porta ad una nuova espansione dei margini di operatività del *common law*.

Fornire una classificazione²¹ degli strumenti di regolazione non è quindi impresa facile vista la polisemia che caratterizza il termine «regolazione».

Così se per buona parte della dottrina si può distinguere, almeno in prima battuta, tra strumenti di *hard law* e *soft law*²², e per altra²³ gli strumenti giuridici di regolazione sono riassumibili fondamentalmente in poche categorie: regolazioni vincolanti assistite da sanzioni (*command and control*); autoregolazioni (*self-regulations*); regolazioni mediante incentivi; i *market-harnessing controls*. Per altra ancora non esiste una vera e propria rigida classificazione possibile delle tecniche di regolazione, ma semplicemente una molteplicità di strumenti che di volta in volta possono essere ricompresi in differenti categorie dottrinali. Tra queste quelle che stanno avendo maggiore fortuna sono: il c.d. *soft law*²⁴, cioè una fonte di tipo

¹⁹ In quella italiana ad esempio G. DI PLINIO, *Il common core della deregulation*, *op. cit.*

²⁰ *Ibidem*, 9.

²¹ Per ulteriori classificazioni, oltre agli autori già citati cfr. A. LA SPINA, G. MAJONE, *Lo Stato regolatore*, Bologna, 2000, 66-86; M. RAVERAIRA, *Nuovi attori di regole pubbliche "migliori"*, in M. RAVERAIRA (cur.), *"Buone" regole e democrazia*, Soveria Mannelli, 2007, 56-62; S. BREYER, *Regulation and its Problems*, Cambridge (MA), 1982; B.M. MITNICK, *The Political Economy of Regulation*, New York, 1980.

²² Su cui P. COSTANZO, *Hard law e soft law: il senso di una distinzione*, in P. COSTANZO, L. MEZZETTI, A. RUGGERI, *Lineamenti di diritto costituzionale dell'Unione europea*, Torino, 2008, 274 ss., ma anche L. CASINI, *La soft law nell'amministrazione pubblica: natura giuridica e vincolatività*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2019, 401 ss., in cui l'autore evidenzia come «Le fonti non vincolanti, o *soft law*, rappresentano oggi strumenti centrali dell'amministrazione, capaci di orientare l'azione pubblica pur in assenza di forza cogente, rivelando una trasformazione profonda del paradigma autoritativo tradizionale».

²³ G. DI PLINIO, *op. cit.*, 111.

²⁴ Su cui v. anche A. SOMMA (cur.), *Soft law e hard law nelle società postmoderne*, Torino, 2009; G. NAPOLITANO, *La governance amministrativa tra fonti e funzioni*, in *Diritto pubblico*, 2018, 233 ss. che afferma «La regolazione contemporanea si struttura su strumenti sempre più flessibili, in cui l'elemento economico e la partecipazione dei privati assumono un ruolo determinante, ridisegnando i confini tra potere pubblico e autonomia»; in ottica

quasi terziario del diritto e che solitamente ricomprende «dichiarazioni con intento normativo, volte cioè ad influenzare la condotta dei destinatari, adottate di regola da organizzazioni internazionali, da pubbliche amministrazioni o da corpi sociali e tuttavia carenti di piena forza vincolante»²⁵; la *tought regulation*, che si ha quando l'intento è quello di espandere la copertura regolativa accentuandone la severità, l'intrusività, il dettaglio e al contempo l'inclusività e la generalità; la *soft regulation*, in cui le norme sono meno dettagliate, più aperte e fatte solo di clausole generali; la *soft regulation* indiretta, che si basa sull'informazione, sulla trasparenza, sull'impiego di strumenti volontaristici come quelli contrattuali, di auto-regolazione e sull'impiego di tecniche di quasi-mercato²⁶.

Indipendentemente dalle molteplici definizioni e classificazioni appena riportate, all'interno del presente scritto quando si parlerà di strumenti di «regolazione volontaria» o di «normazione tecnica volontaria» ci si riferirà più in generale a quegli strumenti, che danno dei vantaggi diretti ed indiretti ai soggetti privati e/o pubblici cui vi ricorrono, in termini di miglioramento delle proprie performance economiche (oggettivabili o con la riduzione di costi, o con l'aumento dei profitti o di rientri di natura economica, ma spesso di tutti questi elementi contemporaneamente), ma anche con benefici in termini di visibilità e, in particolare per i soggetti pubblici, nel perseguimento attivo di politiche pubbliche, e per quanto qui d'interesse, ambientali o anche di rilevanza sociale.

Siffatta categoria, inoltre, presenta il carattere della *volontarietà*, nel senso che il soggetto o l'istituzione che decidono di adottarla lo fanno esclusivamente in conseguenza o di una libera scelta o di una coerenza di mercato, ma non di un precipuo obbligo normativo. Peraltro una volta

comparata cfr. E. MOSTACCI, *La soft law nel sistema delle fonti: uno studio comparato*, Padova, 2008.

²⁵ N. GRECO, *op. cit.*, 37.

Va qui rilevato che tale inquadramento non ha finalità meramente lessicale, ma intende fornire la cornice teorica per comprendere come le odierne politiche ambientali si avvalgano di strumenti giuridici ibridi – a cavallo tra regolazione e incentivazione – nei quali la dimensione economica assume una valenza funzionale all'effettività dell'azione pubblica.

²⁶ *Ibidem*, 37 s.; ma anche M.A. SANDULLI, *Soft law e amministrazione pubblica: vincolatività e legittimità*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2010, 732 ss. che evidenzia come «Le forme di regolazione non autoritativa assumono rilievo determinante nell'ordinamento interno, producendo effetti conformativi sull'attività amministrativa pur in assenza di obbligatorietà formale».

effettuata tale scelta le modalità di adesione saranno attuate all'interno di stringenti parametri tecnici standardizzati, determinati e costantemente aggiornati da soggetti terzi anch'essi con natura fortemente tecnica privata o pubblica.

Va inoltre rilevato che gli specifici strumenti qui accennati promanano o da un soggetto pubblico che li ha positivizzati, e quindi introdotti sul mercato (es. Regolamento (CE) n. 1221/2009 EMAS), oppure si rivolgono direttamente al soggetto pubblico che è il destinatario stesso dello strumento che può decidere liberamente se adottarlo o meno (es. *Green Public Procurement* o la «Bandiera Blu», appunto).

L'analisi delle diverse forme di regolazione consente, dunque, di cogliere il progressivo spostamento del baricentro dell'azione amministrativa dal comando all'incentivo, dal vincolo alla cooperazione. È in questa traiettoria evolutiva che si collocano gli strumenti giuridici a contenuto economico, e in particolare quei modelli di governance ambientale – come l'iniziativa FEE – che fondono insieme dimensione economica, volontarietà e finalità pubblicistica. In tale prospettiva, la regolazione volontaria, quale espressione di *soft law* ambientale, si configura come un ponte tra l'intervento autoritativo e la cooperazione premiale. Essa consente di indirizzare i comportamenti dei soggetti pubblici e privati mediante incentivi reputazionali o economici, anticipando quella logica di stimolo e riconoscimento che troverà nel Programma «Bandiera Blu» un esempio di applicazione materiale²⁷.

3. *La tipologia degli strumenti giuridici a contenuto economico, tra hard law e soft law*

Le riflessioni sulla regolazione e sulla volontarietà degli strumenti giuridici consentono ora di esaminare più da vicino le diverse tipologie di strumenti a contenuto economico, la cui applicazione nel settore ambientale segna il superamento dell'esclusiva applicazione del tradizionale modello autoritativo.

²⁷ Sui benefici e limiti misurati dell'adozione della «Bandiera Blu» in Spagna, con uno studio che ha analizzato un arco temporale di oltre 25 anni di attuazione del Programma, cfr., con taglio critico, R.M. FRAGUILL, C. MARTÍ, J. PINTÓ, G. COENDERS, *After over 25 years of accrediting beaches, has Blue Flag contributed to sustainable management?*, in *Journal of Sustainable Tourism*, 2016, 882-903.

Come accennato sopra, l'evoluzione delle politiche ambientali ha progressivamente condotto all'affermazione di strumenti giuridici che, pur perseguendo finalità pubblicistiche, si fondano su logiche economiche e di mercato, rappresentando un superamento del tradizionale paradigma autoritativo. Queste tecniche giuridiche a matrice economica si inseriscono nel più ampio processo di rinnovamento dell'azione amministrativa, improntato a flessibilità, cooperazione e premialità, in coerenza con la trasformazione del diritto pubblico ambientale e con la crescente apertura alla partecipazione dei soggetti economici e sociali²⁸ imposta dalla crescente e ormai dimostrata inefficienza regolatoria degli strumenti prettamente autoritativi²⁹.

Essi si caratterizzano per la volontarietà dell'adesione, la proattività nella gestione delle questioni ambientali e la partecipazione diretta degli operatori economici e delle amministrazioni pubbliche alla loro attuazione. La loro efficacia deriva dalla capacità di generare incentivi reputazionali o economici e di stimolare comportamenti virtuosi senza ricorrere a forme di coercizione amministrativa, secondo una logica di amministrazione premiale orientata alla collaborazione piuttosto che al comando³⁰.

In dottrina, tali strumenti vengono generalmente classificati su tre livelli, ordinati in base al grado di intervento pubblico nella loro definizione e applicazione³¹: a) le regolazioni amministrative, tipiche degli strumenti di *command and control*; b) gli strumenti economici in senso lato, tra cui incentivi

²⁸ G. DI PLINIO, *Diritto pubblico dell'ambiente e aree naturali protette*, Torino, 2003, 40 s.

²⁹ In dottrina è stato affermato infatti come «I tradizionali strumenti autoritativi di regolazione mostrano limiti evidenti nella gestione di fenomeni a elevata complessità tecnica, imponendo il ricorso a strumenti economici capaci di orientare i comportamenti più efficacemente rispetto al comando unilaterale», G. DELLA CANANEA, *Autorità indipendenti e controllo dell'economia*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1998, 345 ss.; ma anche L. TORCHIA, *Regolazione, amministrazione e mercato*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2006, p. 567 ss. che afferma come «Il modello autoritativo tradizionale (*command and control*) mostra significativi limiti di effettività quando applicato a fenomeni complessi e tecnologicamente dinamici, richiedendo il ricorso a strumenti economici e di incentivazione in grado di orientare le condotte attraverso meccanismi di efficienza piuttosto che mediante il solo potere coercitivo».

³⁰ G. NAPOLITANO, *Regolazione e concorrenza nei servizi pubblici*, in *Diritto Pubblico*, 2001, 311 ss., «Gli strumenti economici non rappresentano una privatizzazione della funzione pubblica, bensì una diversa tecnica di esercizio della regolazione, in cui il mercato diviene veicolo di interesse generale»; D. SORIA, *Gli strumenti di finanza agevolata per le imprese*, in G. TROINA (cur.), *L'impresa e la gestione ambientale*, Milano, 2001, 175-198.

³¹ M. CLARICH, *Diritto amministrativo ambientale*, Bologna, 2020, 229 ss.

e disincentivi, forme di fiscalità ambientale, permessi negoziabili e depositi cauzionali³²; c) gli strumenti convenzionali o normalizzati, che coniugano finalità pubbliche e adesione volontaria, fondandosi su regole tecniche condivise e standardizzate³³.

È proprio quest'ultima categoria che esprime la massima aderenza al modello di amministrazione flessibile, poiché consente di coniugare le esigenze di tutela ambientale con i principi di economicità e partecipazione. Gli strumenti normalizzati si basano infatti sull'adozione di norme tecniche uniformi e oggettive, non necessariamente di origine pubblicistica³⁴, e comprendono in particolare i Sistemi di Gestione Ambientale (SGA) – come il Regolamento EMAS (Regolamento (CE) n. 1221/2009)³⁵ e la norma UNI EN ISO 14001³⁶ – e i sistemi di certificazione e di etichettatura ecologica di prodotto, tra cui l'*Ecolabel* europeo (Regolamento (CE) n. 66/2010)³⁷.

Accanto a questi, quando non hanno il carattere dell'obbligatorietà, rientrano nella medesima categoria ulteriori strumenti di gestione ambientale volontari: le analisi del ciclo di vita del prodotto (*Life Cycle Assessment*, LCA), le dichiarazioni ambientali di prodotto (EPD), gli appalti pubblici verdi (GPP) e i bilanci ambientali³⁸. Tutti condividono la capacità di diffondere conoscenze, stimolare processi di apprendimento istituzionale e favorire un miglioramento continuo delle performance ambientali e gestionali³⁹.

³² M. CAFAGNO, *Principi e strumenti di tutela dell'ambiente: come sistema complesso, adattativo, comune*, Torino, 2007.

³³ F. SALMONI, *Le norme tecniche*, Milano, 2001, 299 ss.; ID., *Il rapporto tra tecnica e diritto attraverso l'analisi della produzione normativa tecnica consensuale*, in S. GRASSI, M. CECCHETTI (cur.), *Governo dell'ambiente e formazione delle norme tecniche*, Torino, 2002, 109-148.

³⁴ AA.VV., *Gestire l'ambiente*, C.A. SIRIANNI (cur.), Milano, 1999; V. ROSSI, *L'ecogestione ambientale nell'ordinamento comunitario: le nuove norme*, in *Dir. gest. amb.*, 2001, 199 ss., ma anche M. RAMAJOLI, *Sostenibilità ambientale e funzione amministrativa*, in *Nuove Autonomie*, 2023, 12 ss. dove l'autore afferma che «Le certificazioni ambientali volontarie costituiscono oggi strumenti di regolazione *soft*, che orientano l'amministrazione attraverso meccanismi reputazionali e competitivi, incidendo sulla discrezionalità degli enti territoriali».

³⁵ *Regolamento (CE) n. 1221/2009 (EMAS – Eco-Management and Audit Scheme, sistema comunitario di ecogestione e audit)*, in G.U.U.E., L 342/1, 22 dicembre 2009.

³⁶ R. GIOVANNINI, *Gestione ambientale d'impresa*, in G. TROINA (cur.), *L'impresa e la gestione ambientale*, Milano, 2001, 68-114.

³⁷ *Regolamento Ecolabel*, Reg. CE n. 66/2010, in G.U.U.E., L 27/1, 30 gennaio 2010.

³⁸ F. SPANTIGATI, *La gestione della strategia ambientale*, in *Riv. giur. amb.*, 2002, 245 ss.

³⁹ A. BENEDETTI, *Profili di rilevanza giuridica delle certificazioni volontarie ambientali*, in *Rivista quadrimestrale di diritto dell'ambiente*, 2012, in www.rqda.it.

Questa pluralità di strumenti testimonia l'affermarsi di un nuovo paradigma amministrativo fondato sulla integrazione tra diritto, economia e tecnica, in cui la tutela dell'ambiente non è più soltanto vincolo, ma occasione di innovazione e competitività sostenibile. In tale prospettiva, gli strumenti a contenuto economico costituiscono un laboratorio di amministrazione condivisa, in grado di tradurre in pratiche effettive i principi di buon andamento, sussidiarietà e sostenibilità.

Come si vedrà nel paragrafo successivo, il Programma «Bandiera Blu» rappresenta un esempio emblematico di questo approccio: uno strumento volontario e premiale in cui la valorizzazione delle azioni degli enti locali nel rapporto con il territorio e la tutela ambientale si saldano in una strategia integrata di *governance* locale.

4. Il Programma «Bandiera Blu»: un modello di amministrazione premiale e di soft law ambientale indiretta

Tra la moltitudine di marchi e sistemi di certificazione ambientale oggi diffusi in Europa, il programma «Bandiera Blu» della *Foundation for Environmental Education* (FEE) occupa una posizione peculiare nel panorama giuridico-amministrativo: esso, infatti, si presenta come uno strumento formalmente privatistico ma a rilevanza pubblica, idoneo a generare effetti conformativi sull'azione amministrativa e a fungere, in taluni casi, da criterio di orientamento per l'esercizio della discrezionalità amministrativa in materia ambientale e turistica. La sua natura ibrida – a metà strada tra l'autoregolazione sociale e la funzione pubblica di tutela dell'ambiente – consente di collocarlo nel novero di quelle forme di *soft law* amministrativa indiretta che, pur prive di cogenza normativa, incidono in modo effettivo sulla definizione e sull'attuazione delle politiche pubbliche locali.

Il riconoscimento è attribuito annualmente ai Comuni costieri e agli approdi turistici che soddisfano determinati criteri di sostenibilità ambientale, qualità delle acque, gestione dei rifiuti, sicurezza dei servizi balneari e pianificazione territoriale coerente con i principi di tutela e valorizzazione del patrimonio costiero. Sebbene lo strumento sia stato istituito da un'organizzazione privata di diritto danese (la FEE, nata nel 1981 e riconosciuta dall'UNEP e dall'UNESCO), l'efficacia del programma travalica la dimensione associativa, poiché la sua applicazione avviene di fatto per

il tramite di soggetti pubblici territoriali. L'attribuzione e l'utilizzo del marchio, infatti, sono nella maggior parte dei casi richiesti da enti locali, i quali vi ravvisano in maniera più o meno consapevole, una modalità di attuazione indiretta di politiche ambientali e turistiche coerenti con i principi costituzionali di tutela dell'ambiente (art. 9 Cost.), di buon andamento dell'amministrazione (art. 97 Cost.) e di promozione dello sviluppo sostenibile, oggi espressamente sancito anche dall'art. 3-quater del D.Lgs. n. 152/2006⁴⁰.

A differenza del marchio *Ecolabel UE*, istituito con il Regolamento (CEE) n. 880/92 del 1992 e oggi disciplinato dal Regolamento (CE) n. 66/2010⁴¹, l'iniziativa della FEE non trae la sua legittimazione da un atto normativo dell'Unione, ma da un processo di accreditamento internazionale, declinato per singolo paese⁴², fondato sulla reputazione, sulla trasparenza dei criteri di selezione e sulla verifica tecnica dei requisiti da parte di commissioni composte da esperti indipendenti e rappresentanti di autorità pubbliche. Ciò nonostante, il suo funzionamento richiama in parte la logica dell'*Ecolabel*: anche nel caso della «Bandiera Blu», l'adesione è volontaria ma, una volta assunta, genera un vincolo tra le politiche amministrative locali e gli standard di sostenibilità stabiliti dal programma, secondo una dinamica di autovincolo amministrativo tipica dei modelli consensuali di amministrazione⁴³.

⁴⁰ Art. 3-quater, D.Lgs. 3 aprile 2006, n. 152; cfr. G. ROSSI, *Ambiente e sviluppo sostenibile nella Costituzione italiana*, in *Riv. giur. amb.*, 2023, 45 ss.; L. CASINI, *La sostenibilità come principio di diritto pubblico*, in *Rivista AIC*, 2022, 1 ss., in cui si afferma che «La sostenibilità ambientale ha ormai assunto lo status di principio generale dell'ordinamento, vincolante per l'amministrazione pubblica anche in assenza di norme specifiche di dettaglio, incidendo sulla discrezionalità amministrativa».

⁴¹ Reg. (CE) n. 66/2010; Decisione (UE) 2021/1870 della Commissione; v. M. CLARICH, *Diritto amministrativo europeo dell'ambiente*, Bologna, 2022, 212 ss.

⁴² In Italia chi governa il processo di accreditamento è la FEE Italia che è la stessa che riceve le domande, decide a quali soggetti concedere l'uso del marchio e redige i criteri anche se in collaborazione con soggetti istituzionali quali l'ISPRA.

⁴³ Cfr. Sul principio di "autovincolo amministrativo", inteso quale limite al successivo esercizio della discrezionalità dell'amministrazione che si è volontariamente vincolata mediante la predeterminazione di criteri e modalità di esercizio del potere, v. Cons. Stato, sez. V, 24 maggio 2024, n. 4659, che richiama l'ormai consolidato arresto di Cons. Stato, sez. V, 14 luglio 2017, n. 3502, ove si afferma che la violazione dell'autovincolo determina l'illegittimità delle successive determinazioni adottate in difformità dalle regole autoimposte. Il richiamo alla categoria dell'"autovincolo" appare particolarmente calzante anche per quelle forme di amministrazione consensuale in cui l'ente locale ade-

La rilevanza pubblicistica sostanziale del marchio emerge altresì dal processo di definizione e assegnazione dei criteri, che implica la partecipazione – ancorché non formalizzata in senso procedimentale – di soggetti pubblici dotati di competenze specifiche. Le autorità sanitarie e ambientali competenti per la qualità delle acque di balneazione (ai sensi del D.Lgs. n. 116/2008, attuativo della Direttiva 2006/7/CE), le amministrazioni responsabili della pianificazione territoriale e della gestione del demanio marittimo, nonché le agenzie regionali per la protezione dell'ambiente, concorrono, di fatto, a fornire le informazioni e i dati che costituiscono il presupposto tecnico-scientifico della valutazione. In tal modo, il Programma realizza una forma di cooperazione interistituzionale che trascende il confine tra pubblico e privato, e che si avvicina al modello della *co-regolazione* ambientale delineato dalle più recenti teorie sulla *governance* multilivello⁴⁴.

Sotto il profilo amministrativo, l'adesione al Programma implica l'impegno dell'ente locale a rispettare e mantenere standard qualitativi che incidono direttamente su funzioni pubbliche essenziali: la gestione dei rifiuti; la tutela delle acque; la sicurezza della balneazione; la manutenzione delle infrastrutture pubbliche e la partecipazione della cittadinanza, in particolare con il forte coinvolgimento degli istituti scolastici presenti sul territorio dei rispettivi richiedenti, in iniziative di educazione ambientale. Non si tratta, dunque, di un mero riconoscimento onorifico o promozionale, bensì di un vero e proprio strumento di indirizzo dell'azione amministrativa, capace di integrare il principio di legalità sostanziale con quello di buona amministrazione. La perdita del riconoscimento, per mancato rispetto degli standard dichiarati, può determinare conseguenze non irrilevanti sul piano della responsabilità amministrativa e reputazionale, oltre che incidere sulla distribuzione di risorse pubbliche destinate a progetti di valorizzazione turistica o ambientale⁴⁵, ma soprattutto può incidere in maniera rilevante sulla legittimazione della *constituency* politica locale da parte dei cittadini elettori ed in particolare di coloro che ritengono di poter subire danni economici derivanti da tale perdita (es. tutti gli operatori turistici, ma anche operatori del settore immobiliare ad esempio).

risce volontariamente a programmi di certificazione (come la Bandiera Blu della FEE), assumendo in via preventiva standard di azione che finiscono per conformare stabilmente l'esercizio dei poteri discrezionali in materia ambientale e turistica.

⁴⁴ Su cui cfr. G. ARENA, *Cittadini attivi e amministrazione condivisa*, Roma, 2019, 77 ss.

⁴⁵ V. FRACCHIA, *Soft law e responsabilità amministrativa*, in *Dir. amm.*, 2021, 132 ss.

Da tutto ciò discende la possibilità di qualificare il Riconoscimento della FEE come una tipica forma di *soft law amministrativa indiretta*: un meccanismo extralegislativo di orientamento dei comportamenti pubblici e privati, capace di produrre effetti conformativi concreti e, talvolta, di fungere da criterio integrativo nell'esercizio di poteri discrezionali o nella formazione di scelte allocative di risorse pubbliche⁴⁶. Si tratta di strumenti non cogenti che, tuttavia, grazie alla loro diffusione e autorevolezza, influenzano in modo significativo l'azione delle amministrazioni, assumendo la funzione di standard socialmente condivisi di buona amministrazione ambientale. In tal senso, la «Bandiera Blu» concorre alla realizzazione di finalità pubblicistiche e si inserisce a pieno titolo nel più ampio sistema degli strumenti di amministrazione consensuale e di regolazione flessibile, che caratterizzano la moderna evoluzione del diritto amministrativo ambientale europeo⁴⁷.

La giurisprudenza amministrativa più recente sembra recepire implicitamente questo orientamento, riconoscendo che il possesso di certificazioni ambientali – pur espressione di schemi privatistici – può assumere valore indiziario della correttezza gestionale e dell'affidabilità organizzativa di un ente o di un operatore economico. Così, ad esempio, è stato ritenuto legittimo attribuire un punteggio premiale al possesso della certificazione ISO 14001, in quanto indice dell'esistenza di un sistema di gestione idoneo a controllare e limitare gli impatti ambientali dell'attività d'impresa (Cons. Stato, sez. III, 11 marzo 2019, n. 1635). In modo analogo, è stata ammessa la valorizzazione di marchi di qualità ecologica, quali l'*Ecolabel UE*, quale parametro di valutazione dell'offerta, a condizione che il bando preveda adeguate clausole di equivalenza, così da evitare effetti discriminatori o restrizioni indebite della concorrenza (Cons. Stato, sez. V, 29 aprile 2020, n. 2731; nonché, in tema di criteri ambientali minimi e certificazioni EMAS/ISO 14001, Cons. Stato, sez. V, 2 novembre 2023, n. 9398). Sul piano sistematico, tale orientamento può essere letto come espressione di una progressiva “amministrativizzazione” della sostenibilità, intesa come principio di orientamento generale della funzione pubblica, idoneo a permeare anche le scelte organizzative e procedurali di carattere volontario⁴⁸.

⁴⁶ M.A. SANDULLI, *Soft law e amministrazione pubblica: vincolatività e legittimità*, cit., 732-736.

⁴⁷ V. E. CASETTA – F. FRACCHIA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2024, 898 ss.

⁴⁸ Sul progressivo consolidarsi della sostenibilità ambientale come criterio di orien-

In questa prospettiva, il Programma assume un rilievo particolarmente significativo per le piccole amministrazioni locali, le quali, spesso caratterizzate da una struttura organizzativa ridotta e da una limitata dotazione di competenze tecnico-ambientali, trovano in esso non soltanto un riconoscimento di merito, ma anche un percorso di apprendimento istituzionale guidato. Attraverso l'applicazione dei criteri previsti, anche enti con risorse scarse vengono accompagnati nell'adozione di pratiche di sostenibilità e nella costruzione di procedure di gestione ambientale difficilmente realizzabili in modo autonomo. In tal senso, la «Bandiera Blu» può essere considerata una vera e propria *cassetta degli attrezzi* per la sostenibilità amministrativa, capace di tradurre in modelli operativi principi generali di tutela ambientale e di buon andamento dell'amministrazione, stimolando al contempo processi di innovazione organizzativa e di cooperazione intersettoriale all'interno dell'ente⁴⁹.

Parallelamente, il programma può essere letto anche come uno strumento di attuazione indiretta di politiche pubbliche eterodirette, in grado di trasferire a livello locale indirizzi e standard di sostenibilità elaborati da soggetti pubblici di rilievo nazionale, quali l'ISPRA, il Comando Carabinieri per la Tutela Ambientale e il Ministero dell'Ambiente e della Sicurezza Energetica (MASE)⁵⁰. Questa dimensione “verticale” della *governance* ambientale consente di armonizzare progressivamente le prassi locali di tutela e valorizzazione del territorio, realizzando un modello di coordinamento *soft*, basato sull'induzione di comportamenti virtuosi più che sull'imposizione di obblighi giuridici.

L'impianto premiale del Programma, inoltre, non si esaurisce nella valorizzazione dei profili ambientali: esso abbraccia dimensioni più ampie della sostenibilità, comprendendo, tra i parametri di valutazione, anche la sicurezza dei servizi, la qualità della vita e l'accessibilità delle spiagge per le persone con disabilità, così promuovendo un approccio inclusivo e integrato allo sviluppo sostenibile⁵¹.

tamento generale della funzione amministrativa, v. Cons. Stato, sez. V, 5 agosto 2022, n. 6934, in tema di contratti pubblici e criteri ambientali minimi, ove si sottolinea il ruolo degli appalti come strumenti di politica pubblica anche sotto il profilo ambientale; in dottrina, cfr. M. RAMAJOLI, *Sostenibilità ambientale e funzione amministrativa*, cit., 12 ss.

⁴⁹ Cfr. P. DELL'ANNO, *Strumenti volontari e innovazione amministrativa*, in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 2021, 845 ss.

⁵⁰ M. CLARICH, *Diritto amministrativo ambientale*, Bologna, 2020, 229 ss.

⁵¹ G. ARENA, *Cittadinanza attiva e amministrazione condivisa*, op. cit., 133 ss.

Sul piano economico-organizzativo, il Marchio si distingue per un costo di adesione contenuto, compatibile con i bilanci dei comuni di minori dimensioni, a fronte tuttavia di un impegno istruttorio non trascurabile, richiesto per la documentazione del rispetto dei criteri previsti e per la progettazione e realizzazione delle attività da porre in essere. Tale attività, lungi dal costituire un mero adempimento burocratico, si traduce in un processo virtuoso di autovalutazione amministrativa, che spinge gli enti ad affinare i propri strumenti di monitoraggio, di trasparenza, di accountability ma anche di progettualità e attuazione di politiche di sostenibilità sul proprio territorio che mediamente impegna di norma i soggetti richiedenti per svariati mesi se non per un intero anno e oltre.

Particolarmente rilevante, in questa logica, è la flessibilità strutturale del programma, fondata sulla distinzione tra criteri obbligatori e facoltativi: grazie a tale architettura modulare, ogni amministrazione può adattare la propria strategia di sostenibilità alle peculiarità territoriali, sociali ed economiche del contesto di riferimento, valorizzando i propri punti di forza e colmando progressivamente le aree di debolezza⁵².

In questa prospettiva, la «Bandiera Blu» si configura non solo come un marchio di qualità ambientale, ma come uno strumento di amministrazione di stimolo e adattiva, capace di rafforzare la capacità delle istituzioni locali di coniugare efficienza, partecipazione e sostenibilità, in linea con i principi di buona amministrazione e di sussidiarietà orizzontale⁵³.

Nel contesto europeo, il Programma della FEE rappresenta dunque una declinazione peculiare del paradigma della *governance* ambientale partecipata: un sistema in cui la legittimazione dell'azione pubblica non discende esclusivamente dalla norma, ma si costruisce attraverso la cooperazione tra amministrazioni, enti privati e società civile⁵⁴. Essa concretizza un modello di legalità «aperta», nel quale la certezza giuridica non è più

⁵² Su cui A. POLICE, *La flessibilità nell'azione amministrativa tra diritto e governance*, Napoli, 2022, 401 ss.

⁵³ «Le amministrazioni pubbliche adottano modelli premiali non come eccezione, ma come modalità fisiologica di erogazione delle funzioni, integrando strumenti economici e valutazioni reputazionali nel perseguimento dell'interesse pubblico», G. NAPOLITANO, *Premialità e amministrazione pubblica: tra concorrenza e risultato*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2018, 15 ss.

⁵⁴ Cfr. S. CASSESE, *Lo spazio giuridico globale*, Bari, 2003, 188-191, dove l'autore pone l'accento proprio sull'europeizzazione delle tecniche di regolazione e diffusione della *soft governance*.

affidata soltanto alla regola scritta, ma anche alla capacità delle istituzioni di garantire trasparenza, responsabilità e coerenza nella gestione delle risorse collettive. In questo senso, la «Bandiera Blu» costituisce una forma di “amministrazione per consenso”, fondata non su obblighi imposti ma su impegni condivisi, in grado di attuare – in chiave flessibile – i principi costituzionali di tutela dell’ambiente e di promozione dello sviluppo sostenibile.

5. *Segue: Limiti e prospettive del modello «Bandiera Blu»*

Pur rappresentando uno degli esempi più efficaci di amministrazione premiale in materia ambientale, il modello «Bandiera Blu» non è esente da alcune criticità che ne possono ridimensionare la capacità di produrre effetti sistemici di lungo periodo. Come si è visto, infatti, sebbene il Programma della FEE costituisca una forma di *soft law* amministrativa indiretta, la cui efficacia si fonda su meccanismi extralegislativi di orientamento e cooperazione, questa impostazione, pur innovativa, presenta taluni limiti che meritano particolare attenzione.

Un primo profilo critico attiene alla *natura volontaria* del meccanismo, che presuppone l’autocandidatura dei Comuni interessati. Tale impostazione, se da un lato garantisce l’adesione spontanea e la responsabilizzazione degli enti locali, dall’altro rischia di accentuare le disuguaglianze territoriali, poiché soltanto le amministrazioni dotate di adeguate risorse finanziarie e competenze tecniche possono sostenere i costi procedurali e gestionali necessari all’ottenimento del riconoscimento⁵⁵. In questo senso, l’effetto incentivante tende a consolidare le performance delle realtà già virtuose, lasciando ai margini i contesti più deboli, con un impatto limitato sul miglioramento complessivo della qualità ambientale.

⁵⁵ «Certificazioni ambientali come EMAS ed Ecolabel, e in particolare la Bandiera Blu, operano come strumenti di *soft law* reputazionale, in grado di incidere sull’azione amministrativa senza esercizio diretto del potere autoritativo» A. BARTOLINI, *Sostenibilità e amministrazione del territorio: gli strumenti di certificazione ambientale*, in *Rivista AIC*, 2021, 1 ss.; cfr. anche R. PENCARELLI – A. SPLENDIANI, *Il ruolo delle certificazioni ambientali nelle politiche di comunicazione delle destinazioni turistiche. Luci ed ombre sulle Bandiere Blu nelle Marche*, in *Mercati e competitività*, 2010, disponibile su www.researchgate.net/publication/284733455_Il_ruolo_delle_certificazioni_ambientali_nelle_politiche_di_comunicazione_delle_destinazioni_turistiche_Luci_ed_ombre_sulle_bandiere_blu_nelle_Marche.

Un ulteriore limite riguarda la *natura essenzialmente reputazionale* della certificazione. La revoca del marchio in caso di perdita dei requisiti non produce conseguenze giuridiche dirette ed immediate, ma incide solo sull'immagine del territorio e sull'attrattività turistica⁵⁶. L'assenza di meccanismi sanzionatori o correttivi effettivi può condurre a un uso strumentale del marchio, alimentando fenomeni di *greenwashing* e di adesione meramente formale alle prescrizioni⁵⁷. Ciò è tanto più rilevante in quanto le verifiche periodiche della *Foundation for Environmental Education* (FEE) si fondano, in larga parte, sulla documentazione fornita dai soggetti partecipanti, con un margine di discrezionalità valutativa che non sempre garantisce piena trasparenza.

Analogamente, la distinzione tra criteri "imperativi" e criteri "guida" introduce un grado di flessibilità tale che in alcuni casi, benché tale caratteristica rappresenti di norma un punto di forza di questa tipologia di strumenti, in quanto garantisce una elevata flessibilità applicativa ed evita il c.d. *race to the bottom*⁵⁸ delle prestazioni ambientali, tuttavia può generare

⁵⁶ Peraltro gli effetti sono fortemente influenzati dal livello di informazione al quale sono in grado di accedere in particolar modo i turisti delle località interessate.

⁵⁷ R. PENCARELLI – A. SPLENDIANI, *Il ruolo delle certificazioni ambientali nelle politiche di comunicazione delle destinazioni turistiche. Luci ed ombre sulle Bandiere Blu nelle Marche*, cit.

Merita particolare attenzione un fenomeno che, pur essendo legittimo, può incidere sulla credibilità del marchio «Bandiera Blu». I Comuni possono, infatti, candidare anche solo una parte del proprio territorio: accade così che venga certificato un singolo tratto di costa, mentre nelle comunicazioni spesso l'intero territorio è presentato in modo più o meno esplicito come premiato. Se percepita come fuorviante, tale prassi può indebolire la reputazione del marchio. Al contempo, questa flessibilità rappresenta un tratto caratteristico del modello premiale, poiché consente di coinvolgere anche enti prossimi alla soglia dei requisiti, stimolandoli a migliorare progressivamente le proprie performance ambientali.

Si noti peraltro che «Il mancato rispetto degli standard dichiarati nell'ambito di una certificazione volontaria può rilevare in termini di responsabilità amministrativa, poiché l'ente ha auto-imposto un vincolo procedimentale che incide sulla legittimità dell'azione», V. FRACCHIA, *Soft law e responsabilità amministrativa*, cit., 132 ss.

⁵⁸ Per *race to the bottom* delle prestazioni ambientali si intende il processo di convergenza verso il requisito minimo fissato dallo standard: quando il livello legale o tecnico è impostato come soglia permissiva e l'*enforcement*/premiabilità si arrestano alla mera conformità, le imprese che operano al di sotto (cioè con impatti ambientali inferiori) subiscono una pressione competitiva sui costi e, per restare sul mercato, sono incentivate ad allinearsi verso l'alto delle emissioni fino al minimo consentito, cioè al livello tenuto dagli operatori meno virtuosi. In tal modo lo standard, anziché fungere da pavimento dinami-

disomogeneità nelle valutazioni delle singole amministrazioni coinvolte. Il rispetto dei requisiti obbligatori assicura l'accesso al marchio, ma il miglioramento qualitativo è rimesso all'iniziativa dell'amministrazione locale, senza una progressiva convergenza verso standard uniformi⁵⁹. Ne deriva un modello a «geometria variabile», nel quale la performance ambientale effettiva dipende dalla capacità autonoma del Comune piuttosto che da un quadro regolatorio coerente.

Un'ulteriore criticità concerne il *carattere annuale del riconoscimento*, che, pur garantendo la costante verifica dei requisiti, può indurre a una logica di adempimento episodico più che di pianificazione strutturale. L'impegno dell'amministrazione tende a concentrarsi nel periodo immediatamente precedente la valutazione, con il rischio di una gestione discontinua e poco integrata nelle politiche territoriali di lungo periodo⁶⁰.

A ciò si aggiunge il tema della *governance privatistica* del programma. La centralità della FEE nella definizione dei criteri, nella validazione delle candidature e nella verifica degli standard solleva questioni di legittimazione pubblicistica e di controllo democratico. La certificazione ISO 9001:2015 della procedura operativa italiana costituisce certamente una garanzia di qualità⁶¹, ma non esclude l'esigenza di una maggiore trasparenza nei rapporti tra soggetto privato e amministrazioni pubbliche, soprattutto in ordine alla composizione delle commissioni e alla pubblicità dei dati di valutazione.

In prospettiva evolutiva, il Programma potrebbe essere rafforzato attraverso l'introduzione di meccanismi di sostegno differenziato per i Comuni con minori risorse, nonché mediante la previsione di audit indipendenti affidati a soggetti terzi, in grado di garantire l'imparzialità e la verificabilità delle procedure. Inoltre, la trasformazione del marchio da riconoscimento annuale a sistema pluriennale, con verifiche intermedie, favorirebbe la programmazione strategica e l'integrazione nelle politiche territoriali⁶².

co di miglioramento, diventa un tetto che cristallizza le performance sul limite inferiore, penalizzando le pratiche migliori e riducendo l'effettività complessiva della tutela.

⁵⁹ Cfr. criteri ufficiali FEE, Bandiera Blu 2024 – *Criteri per spiagge*, in www.bandierablue.org/common/criteri.asp?tipo=bb.

⁶⁰ R. PENCARELLI – A. SPLENDIANI, *Il ruolo delle certificazioni ambientali nelle politiche di comunicazione delle destinazioni turistiche. Luci ed ombre sulle Bandiere Blu nelle Marche*, cit.

⁶¹ FEE Italia, *Procedura operativa* – PO 005 rev. 5, certificata ISO 9001, 2024, in www.bandierablue.org/public/doc/2024/Fee_%20PO%20005_rev%205.pdf.

⁶² Sul punto v. M. D'ALBERTI, *Diritto amministrativo e società civile*, Bologna, 2019; S. CASSESE, *La nuova architettura della regolazione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2018.

Da ultimo, appare auspicabile un inquadramento normativo pubblico delle certificazioni ambientali volontarie, che ne riconosca la funzione di strumenti di *governance* flessibile e stabilisca criteri minimi di trasparenza, controllo e responsabilità condivisa. Solo in tal modo la «Bandiera Blu» potrà evolvere da marchio reputazionale a vero e proprio strumento di amministrazione di risultato, capace di coniugare efficienza, partecipazione e sostenibilità.

6. Conclusioni

L'analisi condotta consente di affermare che gli strumenti giuridici a contenuto economico, nella loro declinazione ambientale, rappresentano una delle manifestazioni più avanzate del processo di trasformazione dell'amministrazione pubblica contemporanea. Essi segnano il superamento del paradigma autoritativo, fondato esclusivamente sul *command and control*, verso modelli di regolazione flessibile e cooperativa, in cui la discrezionalità amministrativa si esercita in forme nuove di responsabilità condivisa e di orientamento per risultati. Tale evoluzione, che trova nella «Bandiera Blu» una delle sue espressioni più riuscite, dimostra come la tutela dell'ambiente possa essere perseguita attraverso meccanismi di “flessibilità amministrativa responsabile”, idonei a coniugare l'efficacia delle politiche pubbliche con la partecipazione attiva dei destinatari e la valorizzazione delle autonomie locali⁶³.

In questa prospettiva, il modello premiale della «Bandiera Blu» non va inteso soltanto come una buona pratica di gestione sostenibile, ma come un vero e proprio strumento di *governance* pubblica adattiva, in cui la cooperazione tra pubblico e privato, la trasparenza e l'informazione assumono valore di garanzie sostanziali della legalità amministrativa⁶⁴. L'efficacia del sistema non dipende, dunque, dalla forza cogente della norma, bensì dalla capacità delle istituzioni di tradurre principi di sostenibilità, efficienza e corresponsabilità in comportamenti concreti e verificabili. In tal senso, l'amministrazione ambientale contemporanea si configura

⁶³ S. CASSESE, *La nuova regolazione amministrativa*, op. cit., 360 ss.; A. POLICE, *La flessibilità nell'azione amministrativa tra diritto e governance*, cit., 401 ss.

⁶⁴ M. CLARICH, *Diritto amministrativo ambientale*, op. cit., 229 ss.; L. CASINI, *La trasparenza come garanzia della legalità amministrativa*, in *Dir. pubbl.*, 2018, 215 ss.

come un ordinamento policentrico, capace di apprendere e di adattarsi, nel quale la flessibilità non è sinonimo di debolezza, ma di intelligenza istituzionale⁶⁵.

Il modello «Bandiera Blu», pur nella sua matrice privatistica, mostra come l'amministrazione possa esercitare funzioni di indirizzo e coordinamento anche al di fuori dei confini formali dell'atto amministrativo, attraverso strumenti extralegislativi fondati sul consenso, sulla reputazione e sulla responsabilità pubblica. Questa tendenza, coerente con la dottrina della "regolazione flessibile"⁶⁶, esprime una trasformazione profonda del diritto amministrativo, che da diritto del comando diviene sempre più diritto della relazione e della cooperazione. Ciò richiede, tuttavia, che la flessibilità sia sempre ancorata a forme di controllo democratico e di *accountability*, affinché l'amministrazione di risultato non degeneri in amministrazione di opportunità.

In conclusione, l'esperienza della «Bandiera Blu» mostra che la sostenibilità non è solo un obiettivo delle politiche pubbliche, ma un criterio ordinatore della funzione amministrativa⁶⁷. La sfida futura è quella di consolidare questo paradigma, facendo della "flessibilità amministrativa responsabile" non un'eccezione virtuosa, ma un principio strutturale dell'azione pubblica, capace di tradurre la complessità del reale in regole semplici, cooperative e orientate al bene comune.

⁶⁵ Cfr., tra gli altri: G. NAPOLITANO, *Diritto amministrativo e processo economico*, cit., 695 ss.; ID., *Committenza pubblica e principio del risultato*, in *Il nuovo codice degli appalti: la scommessa di un cambio di paradigma: dal codice guardiano al codice volano?*, 2023, 52 ss.; G. ARENA, *Introduzione all'amministrazione condivisa*, in *Studi parlamentari e di politica costituzionale*, 1997, nn. 117-118, 29 ss.; G.M. RACCA, *Gli accordi fra amministrazioni pubbliche: cooperazioni nazionali ed europee per l'integrazione organizzativa e l'efficienza funzionale*, in *Dir. amm.*, 2017, 101 ss.; ISPRA, *Le buone pratiche per EMAS*, 2022, s.p.; MASE, *EMAS (Eco-Management and Audit Scheme)*, s.p.; M. DE DONNO, *Nuove prospettive del principio di consensualità nell'azione amministrativa: gli accordi normativi tra pubblica amministrazione e privati*, in *Federalismi.it*, 2018, n. 6, s.p.

⁶⁶ S. CASSESE, *La crisi dello Stato e la nuova amministrazione pubblica*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2001, 12 ss.; A. POLICE, *La flessibilità nell'azione amministrativa tra diritto e governance*, cit., 417 ss.

⁶⁷ «La sostenibilità ambientale, economica e sociale assurge a principio ordinatore dell'azione pubblica, determinando una ridefinizione del concetto stesso di legalità, che si configura oggi come legalità di risultato e non più soltanto di conformità alla norma», P. BILANCIA, *Il principio di sostenibilità nel diritto pubblico europeo*, in *Rivista AIC*, 2021, 1 ss.

Abstract

Il saggio esamina, nell'ordinamento italiano ed europeo, il ruolo degli strumenti giuridici a contenuto economico e delle tecniche di *soft law* nella tutela dell'ambiente, con particolare attenzione alla dimensione locale dell'azione amministrativa. Mostra come tali strumenti – accanto al tradizionale modello di *command and control* – possano generare autovincoli, incentivi reputazionali ed effetti conformativi sull'operato dei comuni, favorendo un'amministrazione di risultato e la diffusione di buone pratiche. La seconda parte sviluppa uno studio di caso sul programma «Bandiera Blu» della FEE, qualificato come forma di *soft law amministrativa indiretta*: pur essendo di matrice privatistica, esso opera in cooperazione con soggetti pubblici, orientando politiche su acque, rifiuti, sicurezza dei servizi e accessibilità delle spiagge. L'analisi evidenzia punti di forza, limiti e condizioni per una sua integrazione più trasparente ed efficace nelle politiche locali di sostenibilità.

Subnational Autonomies and Incentive-Based Administration: The «Blue Flag» Award between Self-Binding and Indirect Regulation

The essay examines, within the Italian and European legal orders, the role of legal instruments of an economic nature and soft-law techniques in environmental protection, with particular attention to the local dimension of administrative action. It shows how such instruments – alongside the traditional command-and-control model – can generate self-binding commitments, reputational incentives, and compliance-shaping effects on municipalities, thereby fostering results-based administration and the dissemination of best practices. The second part develops a case study on the FEE «Blue Flag» programme, characterised as a form of indirect administrative soft law: although of private origin, it operates in cooperation with public authorities, steering policies on water quality, waste management, safety and service standards, and beach accessibility. The analysis highlights strengths, limitations, and the conditions for its more transparent and effective integration into local sustainability policies.

Risorse economico-finanziarie e responsabilità costituzionale “intergenerazionale”

di Ignazio Lagrotta

SOMMARIO: 1. Una premessa: il tempo lungo della Costituzione. – 2. La responsabilità e proporzionalità nell'utilizzo delle risorse. – 3. Corte costituzionale: la via verso l'equità intergenerazionale. – 4. Prime considerazioni finali.

1. *Una premessa: il tempo lungo della Costituzione*

Il tema delle risorse¹, in un'epoca come la nostra caratterizzata da crescenti preoccupazioni non solo sotto il profilo economico-finanziario ma anche ambientale², trova nella prospettiva costituzionalistica e nella

¹ Riflette sull'esigenza di un uso moderato ma soprattutto sostenibile nel tempo delle risorse, P. LOGROSCINO, *Economia e ambiente nel “tempo della Costituzione”*, in *www.federalismi.it*, 2022, n. 29, osservando, seppur sotto il profilo delle risorse ambientali, che tale esigenza «sembra tanto più imporsi quanto più la prospettiva “dei presenti” si espanda “oltre il presente”»; ripercorre, con una puntuale analisi della sentenza della Corte costituzionale n. 88/2014, le strade che hanno ispirato la legge costituzionale n. 1 del 2012, sostenendo come l'attuazione dei nuovi principi, e in particolare quello della sostenibilità del debito pubblico, implichi “una responsabilità che, in attuazione di quelli fondanti di solidarietà e di eguaglianza, non è solo delle istituzioni ma anche di ciascun cittadino nei confronti degli altri, ivi compresi quelli delle generazioni future”, D. PORENA, *Il principio di sostenibilità. Contributo allo studio di un programma costituzionale di solidarietà intergenerazionale*, Torino, Giappichelli, 2017.

² Per un'ampia indagine sul principio di sostenibilità e dimensione intergenerazionale nelle pieghe dei principi fondamentali della Costituzione italiana si rinvia a D. PORENA, *Il principio di sostenibilità. Contributo allo studio di un programma costituzionale di solidarietà intergenerazionale*, cit., l'A. evidenzia come a partire dall'art. 1 Cost., la nozione di “popolo” ha visto estendere e restringere il proprio perimetro lungo direttrici e latitudini variamente orientate. La nozione può infatti essere idonea a comprendere non solo l'insieme dei cittadini viventi ma anche il complessivo insieme delle generazioni. Così intesa la compromissione dei bisogni delle generazioni venturose finirebbe per contraddire quella stessa nozione di “popolo” che, solo nella sua pienezza e complessità, farebbe dello stesso il legittimo titolare della sovranità; sotto diversi profili, invece, affrontano di recente il tema intergenerazionale C. RAMOTTI, *La tutela dell'ambiente e delle generazioni future: Il caso Urgenda*, in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, fasc.3, 1° settembre 2024, pag. 749, l'A. evidenzia come la tutela ambientale sia divenuta centrale solo recentemente, con particolare attenzione all'equità intergenerazionale, ossia l'equilibrio tra bisogni presenti e

giurisprudenza della Corte costituzionale un orizzonte oltre la siepe che disvela la crescente attenzione verso la tutela delle generazioni future³. È

futuri; M. MAZZARELLA, *L'interesse alla tutela del clima e le iniziative internazionali ed europee per contrastare il cambiamento climatico*, in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, fasc.3, 1° settembre 2024, pag. 735, dove l'A. sottolinea come la sostenibilità non è più intesa solo come tutela dell'ambiente dall'intervento umano e come uso contenuto delle risorse naturali, ma dotata di una dimensione sociale ed economica, di integrazione tra tutela ambientale e sviluppo economico e industriale; G. LUDOVICO, *La solidarietà intergenerazionale nel sistema pensionistico: fascino e limiti di un principio necessario*, in *Diritto delle Relazioni Industriali*, fasc.1, 1° marzo 2019, pag. 28, l'A. sottolinea come l'interesse sempre maggiore per la solidarietà intergenerazionale nel sistema pensionistico nasce di riflesso dall'ampia attenzione che in ambito scientifico e internazionale è stata dedicata al problema della conservazione delle condizioni necessarie al godimento dei diritti fondamentali delle generazioni future. Dinanzi al continuo sfruttamento delle risorse naturali, reso ancora più incisivo dall'inarrestabile innovazione tecnologica, e alla conseguente capacità dell'uomo di incidere sulla natura in maniera irreversibile, si è prepotentemente imposta all'attenzione del dibattito l'esigenza di dare un fondamento – non soltanto in termini etici e morali, ma soprattutto giuridici – alla responsabilità delle attuali generazioni verso quelle future.

³ Il costituzionalismo rileva G. ZAGREBELSKY in *Diritti per forza*, Einaudi, 2017, 117, come citato da G. D'ARCONZO, *La solidarietà intergenerazionale nella tutela pensionistica pubblica e privata. La sostenibilità delle prestazioni previdenziali e la prospettiva della solidarietà intergenerazionale. Al crocevia tra gli articoli 38, 81 e 97 Cost.*, in *Diritto delle Relazioni Industriali*, fasc.1, 1° marzo 2019, pag. 1, «non ha avuto, fino agli anni recenti, ragioni per preoccuparsi delle prevaricazioni intergenerazionali. Ma molti motivi ne ha oggi, e drammatici». Si tratta di questioni che, ad un primo pensiero, riguardano principalmente la sostenibilità ambientale, l'esauribilità delle risorse vitali, il consumo della Terra. Ma analoghe preoccupazioni, a ben vedere, concernono con similare drammaticità, e in una prospettiva temporale forse anche meno lunga, la sostenibilità economica dei diritti sociali, ed in particolare dei diritti previdenziali: l'invecchiamento demografico della società determinato dall'aumento della speranza di vita e dal contestuale calo della natalità produce inevitabilmente forti tensioni sulla sostenibilità intra ed intergenerazionale del sistema di welfare previdenziale fondato sul criterio a ripartizione, in base al quale le prestazioni previdenziali sono finanziate dalla popolazione lavorativa attiva. D'altra parte, è ormai acclarato che proprio la generosa concessione di alcune prestazioni previdenziali disposta, tra la fine degli anni Sessanta e gli anni Ottanta del secolo scorso, grazie alla rilevante espansione della spesa pubblica finanziata con il massiccio ricorso all'indebitamento, sia oggi una rilevante concausa dell'affanno nel quale il debito pubblico italiano tuttora continua a versare; si v. anche D. PORENA, *Il principio di sostenibilità. Contributo allo studio di un programma costituzionale di solidarietà intergenerazionale*, cit., l'A. evidenzia come il principio personalista è un altro appiglio sul quale si può basare una responsabilità intergenerazionale: infatti, la preesistenza dei diritti fondamentali rispetto alla stessa organizzazione giuridica ne postula l'anteriorità rispetto alla collettività dei viventi in una data epoca storica.

stato affermato, ben prima della recente riforma costituzionale dell’art. 9, che «parlare di generazioni future come nuova categoria (soggettiva?) del ragionamento giuridico significa collocare il tema del tempo (e del futuro) nel diritto, che sono in sé reciprocamente inscindibili – giacché l’esperienza giuridica vive e si esaurisce necessariamente in una determinata dimensione spaziale e temporale»⁴. Se è vero che in questa dimensione il tempo si impone al diritto invertendo l’ordine costituito delle cose è altrettanto vero che lo spazio del diritto costituzionale non vive nel presente⁵ ma agisce come argine verso il passato e prospettiva verso il futuro⁶. Ed è la proiezione verso il futuro che consente alle carte

⁴ Per dirla con le parole di un illustre Maestro T. Martines, *Prime osservazioni sul tempo nel diritto costituzionale*, in *Scritti in onore di Salvatore Pugliatti*, III, Milano, 1978, 783 ss., ora in Id., *Opere, I. Teoria generale*, Milano, 2000, 479, «essa stessa storia, e la dimensione temporale ne costituisce il suo tessuto connettivo, la sua inscindibile trama» così citato da A. D’ALOIA, *Generazioni Future (diritto costituzionale)*, in *Enc. del diritto*, Annali IX, 2016, «se è vero che «il diritto usa il tempo come uno strumento che ordina le azioni umane» F. CASAVOLA, *Il tempo del diritto*, in *Diritto @ Storia*, www.dirittoestoria.it, n. 4, 2005, 1, e in un certo senso il tempo «è imposto o creato dal diritto» nei cui confronti svolge una funzione convalidatrice, di consolidamento, in questa nuova prospettiva è il tempo che si impone al diritto, lo costringe ad assumere significati e obiettivi, distorce (o arricchisce) alcune delle sue categorie ordinarie (come quella di responsabilità), in qualche modo lo condiziona e lo orienta.

⁵ Così testimonia un altro Maestro del diritto P. CALAMANDREI il quale puntualizza come la nostra non è una Costituzione immobile «che abbia fissato un punto fermo, è una Costituzione che apre le vie verso l’avvenire» sul punto si rinvia a *Discorso ai giovani sulla Costituzione*, in *Lo Stato siamo noi*, Chiarelettere Editore, Ed. digitale 2011.

⁶ Il futuro non è mai completamente staccato dal presente: in ogni momento convivono generazioni diverse, soggetti “appartenenti a tutte le età della vita”, e all’interno di questa umanità stratificata temporalmente è molto difficile (e persino ingenuamente schematico) provare a dividere nettamente presente e futuro, generazioni di oggi e generazioni a venire, titolari di obblighi morali di responsabilità o destinatari dei medesimi in tal senso A. D’ALOIA, *Generazioni Future (diritto costituzionale)*, in *Enc. del diritto*, Annali IX, 2016; G. CANAVESI, *La dimensione giuridica della solidarietà intergenerazionale nella prospettiva delle casse di previdenza privatizzate*, in *Diritto delle Relazioni Industriali*, fasc.1, 1° marzo 2019, pag. 58, l’A. evidenzia come sia recente e non ancora approdato a soluzioni condivise il dibattito sulla rilevanza giuridico-normativa da riconoscersi alla dimensione temporale del succedersi delle generazioni; L. TRUCCO, *Previdenza e dinamiche intergenerazionali nella prospettiva costituzionale: un esquisse*, in *Biblioteca della fondazione italiana del notariato*, fasc.2, 1 dicembre 2021, pag. 29, l’A. sottolinea la necessità di “aggiornare” taluni degli istituti giuridici oggi vigenti, trattandosi di strumenti propri di epoche non solo “materialmente”, ma anche “idealmente” distanti e diverse rispetto vuoi alla

costituzionali di assurgere a manifesto politico di un popolo, a modello ideale di una società e di uno stato. Ed in questa dimensione il tempo, nella prospettiva del costituzionalismo, non può che essere declinato al futuro. Le costituzioni e le norme costituzionali sono un'esperienza che si sviluppa nel tempo⁷; «dentro questo tempo (passato e futuro), il patto costituzionale si rinnova e si conforma ai cambiamenti sociali portando con sé il suo carico di storie, di sedimentazioni culturali e sociali, di attese, di esigenze da preservare, di obiettivi da perseguire, di programmi da realizzare»⁸. Ne è un esempio la nostra Costituzione⁹ che, come ben rappresentato dai

civiltà post-industriale, vuoi, ancor più, alla nostra civiltà tecnologica. Di qui lo stress di talune delle categorie giuridiche tradizionali (si pensi, ad esempio, con riguardo al tema in oggetto, allo status di chi non è ancora nato) e la ricerca di soluzioni giuridiche adeguate alle “nuove esigenze”, con un rinnovato interesse, per l'appunto, in chiave “intergenerazionale”, per i concetti di “diritto soggettivo” e di “interesse futuro”, nonché per il versante stesso dei “doveri costituzionali”, lasciati in secondo piano nell’“età dei diritti” ed ora, invece, non casualmente, rimessi all'attenzione degli operatori giuridici.

⁷ Secondo la bella immagine di M. ROSENFELD, *Interpretazioni. Il diritto tra etica e politica* (1998), trad. it., Bologna, 2000, 405.

⁸ A. D'ALOIA, *Generazioni Future (diritto costituzionale)*, in *Enc. del diritto*, Annali IX, 2016, il quale evidenzia che «le costituzioni nascono per avere (e per dare alle comunità di riferimento) stabilità nel tempo, per durare tendenzialmente senza limiti (119), e molti dei principi, beni, valori che esse individuano come oggetti da proteggere e sviluppare, o semplicemente da regolare, si muovono su un piano che è intrinsecamente intertemporale, e non possono essere circoscritti ad una fase cronologica o ad una o più generazioni determinate».

⁹ Anche la Costituzione italiana osserva A. D'ALOIA, *Generazioni Future (diritto costituzionale)*, in *Enc. del diritto*, Annali IX, 2016, si presta, in diverse disposizioni, e in misura più o meno diretta, ad incorporare e a riflettere, nei propri percorsi di attuazione e interpretazione, elementi di consapevolezza e sensibilità verso la questione intergenerazionale. In primo luogo, valgono per essa le considerazioni che sono state rivolte alle caratteristiche generali del linguaggio costituzionale, naturalmente aperto al futuro, costruito su “promesse” e programmi di cambiamento, e alla ambizione – che ogni costituzione coltiva – a durare per sempre, o comunque per un tempo che comprende ampie fasi di futuro. Parole come «popolo», «patria», «nazione» esprimono il bisogno di continuità attraverso il tempo di un'esperienza sociale e comunitaria. Il popolo è un'unità ideale non scindibile rigidamente in momenti temporali e in scale di identità, Cfr. P. MADDALENA, *L'ambiente e le sue componenti come beni comuni in proprietà collettiva della presente e delle future generazioni*, in www.federalismi.it, 2011, n. 25, 12. Ma allora, se al «popolo» appartiene la sovranità (e in suo nome è amministrata la giustizia), C. LAVAGNA, *Basi per uno studio delle figure giuridiche soggettive contenute nella Costituzione italiana*, in *St. Cagliari*, XXXVI, Padova, 1953, 55, se il senso del governo democratico è di operare “per” il popolo perché “dal” popolo esso deriva la sua legittimazione, una norma

padri costituenti, non è l'epilogo di una rivoluzione già fatta ma il preludio, l'annuncio di una rivoluzione ancora da fare. A questa rivoluzione non sono indifferenti le generazioni future atteso che «il linguaggio normativo (e la teoria) costituzionale è naturalmente proiettato a tutelare (o almeno a tenere in conto) gli interessi delle generazioni future¹⁰, a cominciare da quelli che sono il tema fondamentale del discorso costituzionale, cioè i diritti che l'art. 2 definisce inviolabili, e che (non a caso) pone accanto ai doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale»¹¹.

In questa dimensione, nella logica di un'interpretazione sistematica ed aperta del testo costituzionale, si può affermare che la tutela delle generazioni fosse già presente in Costituzione¹² anche prima della modifica dell'art. 9.

Il problema rimane come configurare un sistema di tutela effettiva di

come il comma 2 dell'art. 1 potrebbe davvero essere un pilastro di un nuovo diritto (costituzionale) intergenerazionale, su un duplice versante: quello delle misure e delle politiche per promuovere una cultura del futuro e realizzare un atteggiamento orientato alla responsabilità verso le generazioni future; e quello della delineazione di procedure e istituzioni pensate per tutelare gli interessi di chi non c'è ancora ed è perciò fuori dei circuiti della decisione democratica.

¹⁰ A. D'ALOIA, *Generazioni Future (diritto costituzionale)*, cit., l'A. evidenzia come il «“vincolo” costituzionale, nella sua complessa morfologia nella quale stanno insieme eredità – del passato, un passato a volte anche da chiudere irreversibilmente: pensiamo alle nostre XII e XIII disp. trans. – e libertà – di vivere ed interpretare il presente alla luce delle esigenze del futuro –, richiede che in questo passaggio di testimone da una generazione all'altra non ci siano amministrazioni “esclusive”, cioè fasi e momenti in cui le generazioni presenti compromettano irrimediabilmente proprio questa trasmissione di principi-valori, e di beni-risorse che ne rendono possibile l'attuazione».

¹¹ A. D'ALOIA, *Generazioni Future (diritto costituzionale)*, cit.; D. PORENA, *Il principio di sostenibilità. Contributo allo studio di un programma costituzionale di solidarietà intergenerazionale*, cit..

¹² L. TRUCCO, *Previdenza e dinamiche intergenerazionali nella prospettiva costituzionale: un esquisse*, cit., evidenzia con riguardo alla nostra Costituzione, come il rilievo in certa misura (anche nella giurisprudenza costituzionale) del concetto di “generazioni future” viene ricavato, in via generale, dal binomio “diritti inviolabili e doveri inderogabili”, specie di solidarietà economica e sociale (art. 2 Cost.), dal principio di eguaglianza (art. 3 Cost.), dai vari richiami al concetto di “dignità umana” (artt. 3, 36, 41 Cost.), dal riferimento alla tutela del “risparmio popolare” (art. 47 Cost.), ma anche attraverso una lettura particolarmente “intensa” dei concetti di “patria” (art. 52 Cost.) e di “nazione” (art. 67 Cost.), nonché del disposto che vuole la “pace e giustizia fra le Nazioni” (art. 11 Cost.); e non senza trascurare che l'Italia “è una Repubblica democratica, fondata sul lavoro” (art. 1, nonché artt. 4 e 35 Cost.); e che la stessa Repubblica è chiamata a

questa posizione. Le nuove generazioni, per definizione, non hanno voce in capitolo nelle decisioni democratiche perché, non votando, non sono rappresentate da nessuno. Ed i loro interessi sono tanto più sacrificati quanto più miopi sono le decisioni del legislatore. Questo processo in Italia ha avuto esiti drammatici: alto debito pubblico, squilibri del welfare¹³ sul lato previdenziale¹⁴, bassa spesa per istruzione e formazione e diminuzione degli investimenti a beneficio di aumenti costanti di spesa corrente, sono alcuni dei più clamorosi esempi di come la politica ha «comprato il consenso»¹⁵ delle generazioni presenti a spese di quelle future. Sotto tale profilo notevoli sono gli spazi che il legislatore nazionale è chiamato a coprire per sviluppare una normativa interna che porti alla tutela effettiva

promuovere lo “sviluppo della cultura e la ricerca scientifica e tecnica” ed a tutelare il paesaggio ed il patrimonio storico e artistico della Nazione (art. 9 Cost.).

¹³ Si v. M. D'ORSOGNA, *Povertà sanitaria e welfare generativo: nuovi orizzonti e nuove sfide per la tutela della salute*, in *Diritto Amministrativo*, fasc.4, 1° dicembre 2024, pag. 923.

¹⁴ Si v. G. CANAVESI, *La dimensione giuridica della solidarietà intergenerazionale nella prospettiva delle casse di previdenza privatizzate*, in *Diritto delle Relazioni Industriali*, fasc.1, 1° marzo 2019, pag. 58, l'A. affronta il tema della solidarietà intergenerazionale, evidenziandone la recente e non ancora consolidata rilevanza giuridica. Il dibattito è caratterizzato da incertezze terminologiche e concettuali, con posizioni che oscillano tra il riconoscimento di un diritto delle generazioni future e la prevalenza di un dovere giuridico. La difficoltà principale risiede nell'individuazione del soggetto titolare e dell'oggetto della solidarietà, spesso riferita a beni naturali o culturali di interesse universale. La giurisprudenza costituzionale ha finora attribuito a questa dimensione un ruolo di supporto, senza conferirle un'efficacia decisiva, sebbene emergano spunti di valorizzazione in ambiti specifici come la politica socioassistenziale e la gestione finanziaria pubblica; secondo M. CINELLI «Solidarietà intergenerazionale» uso e abuso di un sintagma polisemico, in *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, fasc.2, 1° giugno 2022, pag. 157, «il termine “solidarietà intergenerazionale” è polisemico e può essere interpretato in modi diversi, creando ambiguità. Nel settore previdenziale, il concetto si presta a differenziazioni semantiche che evocano possibili gerarchie o parcellizzazioni del vincolo solidaristico. Questa polisemia può portare a interpretazioni contrastanti e a un uso improprio del termine, complicando ulteriormente la sua applicazione pratica»; si v. anche A. CAROSI, *Inquadramento sistematico della sentenza n. 80 del 2021 nei più recenti orientamenti della consulta in tema di finanza pubblica allargata*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, fasc.3, 1° giugno 2021, pag. 1431.

¹⁵ I processi decisionali guardano al tempo breve, inseguono il consenso di oggi, anche a scapito dell'interesse oggettivo (del momento attuale oltre che) del tempo lungo. L'esigenza di andare incontro alle richieste dell'elettorato che vota e che decide governi e maggioranze produce una inevitabile parzialità in favore del presente così A. D'ALOIA, *Generazioni Future (diritto costituzionale)*, cit..

delle generazioni future i cui pilastri fondativi affondano nel preambolo della Carta dei diritti fondamentali, nell'art. 3 del Trattato Ue e nell'art. 11 Tfu, laddove tali testi parlano di sviluppo sostenibile e solidarietà tra le generazioni¹⁶. E tutto questo a maggior ragione oggi che tale previsione trova il suo riferimento espresso nell'art. 9 della Costituzione¹⁷.

Come è stato acutamente osservato «non vi può essere Nazione se non vi è un passato generazionale al quale richiamarsi ma non vi può essere Nazione se non vi è un futuro generazionale al quale guardare»¹⁸. Possiamo tranquillamente affermare che la sfida, della democrazia e del costituzionalismo, è proprio quella di immaginare istituti, procedure, strumenti, regole che diano sostanza a questo principio della responsabilità (o solidarietà, equità) intergenerazionale¹⁹. In questa dimensione le questioni

¹⁶ È stato correttamente sottolineato ben prima della riforma costituzionale A. D'ALOIA, *Generazioni Future (diritto costituzionale)*, cit., «il consolidamento di una dimensione giuridico-normativa, e non più solo etico-morale, della questione intergenerazionale investe entrambi i piani dell'esperienza giuridica (dentro e oltre lo Stato), li costringe a confrontarsi, a scambiarsi contenuti ed esperienze».

¹⁷ Sottolinea D. PORENA, «*Anche nell'interesse delle generazioni future*». *Il problema dei rapporti intergenerazionali all'indomani della revisione dell'art. 9 della costituzione*, in *www.federalismi.it*, 2022, n. 15, p. 121 ss., che «(...) In generale, emerge poi come tutti i principali comparti a valenza sistemica nei quali sono organizzati i pubblici poteri aspirino a una prospettiva di durevolezza e, correlatamente, siano condizionati da esigenze di sostenibilità. Dall'organizzazione del welfare – e, in particolare, della sanità e della previdenza – alla tutela dell'ambiente e alla disciplina sugli impieghi del territorio; dalle regole che governano la spesa pubblica e che regolano l'equilibrio finanziario fino alle politiche per la promozione dello sviluppo economico: in tutti questi ambiti, come in molti altri, si è infatti fatto strada, anche in prospettiva costituzionale, quel concetto di sostenibilità che, in estrema sintesi, poggia sul tema dei rapporti tra generazioni presenti e generazioni future» (pp.130-131).

¹⁸ R. BIFULCO, A. D'ALOIA (a cura di), *Un diritto per il futuro. Teorie e modelli dello sviluppo sostenibile e della responsabilità intergenerazionale*, Napoli, 2008.

¹⁹ Un riferimento esplicito alla tutela delle generazioni future compare anche in un documento normativo internazionale come la Convenzione per la regolamentazione della caccia alle balene (Washington, 2 dicembre 1946), che rappresenta la prima proiezione dell'istanza intergenerazionale sul terreno della preservazione dell'ambiente e delle risorse naturali (in questo caso il cosiddetto “whale stocks”). Nei decenni successivi, saranno molti gli atti internazionali che mostreranno una progressiva consapevolezza della rilevanza intergenerazionale di beni e interessi legati al sistema ecologico e naturale: dalla Convenzione sulla conservazione delle specie migratrici della fauna selvatica (Bonn, 23 giugno 1979) alla Convenzione di Nairobi sulla diversità biologica (22 maggio 1992), all'Accordo sulle misure di conservazione e gestione della pesca in alto mare (New York,

legate alla corretta gestione delle risorse finanziarie si intrecciano con rilevanti aspetti costituzionali²⁰ atteso che «l'istanza intergenerazionale rivela un'impronta oggettiva: le generazioni future, più che soggetti che devono essere necessariamente identificati, sono proiezioni di beni e principi che possono essere visti, altresì, come limiti intrinseci dell'esperienza umana»²¹.

Non solo il principio democratico, nella dimensione del controllo sulle decisioni politiche, è garantito pienamente attraverso una corretta gestione economico-finanziaria delle risorse ma anche il tema delle responsabilità verso le generazioni future non può prescindere da tale terreno d'indagine. A ricordarcelo non è solo il diritto costituzionale ma anche la limitatezza delle risorse a disposizione. Nei momenti di crisi finanziaria, quale quello che purtroppo da anni stiamo vivendo, la tutela in concreto dei diritti, non solo sociali, inevitabilmente anela una corretta gestione delle risorse. In questi momenti, ancor più gravi sono gli errori e le ricadute conseguenti allo sperpero di risorse già molto preziose, vieppiù perché limitate²².

In questo contesto significativo è l'apporto che la Corte costituzionale ha saputo dare, sia prima che dopo la riforma costituzionale dell'art. 9, accendendo un faro per orientare i naviganti, in primo luogo, il legislatore

4 agosto 1995), al Codice di condotta per la pesca responsabile (31 ottobre 1995), alla Dichiarazione sulla responsabilità delle generazioni presenti verso le generazioni future adottata il 12 novembre 1997 a Parigi dalla Conferenza generale dell'Organizzazione delle Nazioni per l'educazione, la scienza e la cultura (Unesco), fino alla Dichiarazione universale dei diritti della natura (Cochabamba, Bolivia, 22 aprile 2010). Il principale punto di riferimento resta sicuramente l'Earth Summit di Rio de Janeiro del 3-14 giugno 1992, con le sue tre proiezioni documentali: La Dichiarazione di Rio, La Convenzione sulla diversità biologica, e la Convenzione-quadro sul cambiamento climatico. Tutti e tre tali atti incorporano il concetto di solidarietà e responsabilità intergenerazionale.

²⁰ Per tale motivo è stato ritenuto necessario introdurre l'equità fra generazioni nella Carta costituzionale si v. disegno di legge costituzionale n. 1632 presentato nella XVIII legislatura. Si tratta di un intervento che non è solo simbolico, ma ha conseguenze concretissime: può ostacolare le manovre finanziarie parassitarie, l'indebitamento irresponsabile, le «clausole» che scaricano nuove tasse sugli anni a venire, i tagli all'istruzione, gli appalti privi di adeguati criteri ambientali, e qualsiasi altro tentativo di ipotecare il futuro di tutti per fare un favore a qualcuno nel presente.

²¹ A. D'ALOIA, *Generazioni Future (diritto costituzionale)*, cit..

²² M. FRANCAGLIA *La sostenibilità del debito pubblico come ragionevole limitazione della responsabilità patrimoniale degli enti locali dissestati?* in *Giurisprudenza Costituzionale*, fasc.5, 2022, pag. 2304.

e *tout cour* il potere politico. Appaiono ancora oggi significativi, in termini di ulteriore evoluzione del sistema, i principi che emergono dalla sentenza Corte costituzionale n. 18 del 2019²³ in materia di equilibrio di bilancio e più di recente dalla sentenza n. 9 del 2024²⁴. La responsabilità politica del mandato elettorale si configura secondo la Corte anche in relazione al consumo delle risorse impiegate. In questo contesto anche il tema dell’equità intergenerazionale, che impone la necessità di non gravare con il debito in modo sproporzionato sulle opportunità di crescita delle generazioni future, si impone in una dimensione di effettività nel percorso argomentativo del Giudice delle leggi.

2. *La responsabilità e proporzionalità nell'utilizzo delle risorse*

Il diritto delle generazioni future come vincolo e limite all’azione della generazione attuale «può giustificare limitazioni solo in ordine alla potenziale irreversibilità di talune scelte, e dunque rispetto alla realizzazione di un modello specifico di assetto istituzionale, ovvero quello informato ai principi della democrazia pluralista, che impedisce l’assunzione di scelte che non siano ripetibili»²⁵.

²³ A. SAITTA, *Dal bilancio quale “bene pubblico” alla “responsabilità costituzionale democratica” e “intergenerazionale”*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, fasc.1, 2019, pag. 0216, nel commentare la sentenza evidenzia come il tema dell’“equità intergenerazionale” merita di essere declinato in quello ancor più ampio della “responsabilità costituzionale intergenerazionale”, la quale involge più in generale tutte le scelte politiche sulle materie di maggior interesse e impatto sociale: non sono soltanto i bilanci ad essere segnati dal principio della continuità, ma tutti gli aspetti della vita di una comunità. Le scelte in materia ambientale, urbanistica, energetica, culturale, sanitaria – per fare solo qualche esempio tra i moltissimi – sono destinate ad incidere nella dimensione diacronica sulle forme e le misure concrete del godimento dei diritti fondamentali delle generazioni future. Tutto ciò porta ad avvertire l’inadeguatezza delle scelte politiche rapportate soltanto alle esigenze dell’immediata contingenza (non solo finanziaria).

²⁴ R. FAVA, *Ripiano del disavanzo dei bilanci pubblici tra armonizzazione e sostenibilità*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, fasc.1, 2024, pag. 65, l’A. evidenzia come la Corte nella sentenza n. 9 del 2024 abbia riaffermato il principio della responsabilità dell’equità intergenerazionale e, dunque, il divieto del trasferimento dell’onere di ripianamento del disavanzo dalla generazione che ha goduto dei vantaggi della spesa corrente a quelle successive.

²⁵ F. RIMOLI, *Bioetica, Diritti del Nascituro, Diritti delle generazioni future*, in N. NANIA – P. RIDOLA (a cura di), *Diritti costituzionali*, Giappichelli Editore, Torino, 2001, p. 357; Si tratta,

Alla luce di tali coordinate ermeneutiche uno dei temi che agita la contrapposizione tra la generazione presente *vs* le generazioni future è quello legato all'utilizzo delle risorse economiche nell'ambito pubblico.

Già all'epoca della Convenzione di Philadelphia è memorabile la contrapposizione tra le differenti visioni di T. Jefferson e J. Madison²⁶.

Il primo nutriva più di qualche dubbio in merito alla possibilità di configurare un diritto naturale del padre di seppellire i figli sotto una montagna di debiti e conseguentemente declinava tale concetto, in termini più strettamente politici, nel ritenere non giustificabile il trasferimento di ingenti debiti tra generazioni.

Il secondo, riteneva che alcuni obiettivi nazionali fondamentali, oseremmo dire strategici, fossero realizzabili solo a fronte di un impegno economico inevitabilmente eccezionale i cui obblighi finanziari possono essere trasmessi da una generazione all'altra.

Avvertiamo, pur nelle contrapposte posizioni espresse, da quelli che furono rispettivamente il 3° e 4° Presidente degli Stati Uniti d'America, il respiro corto delle scelte politiche della contingenza (non solo finanziaria)²⁷.

In via del tutto preliminare potremmo affermare di concordare con ambedue le prospettive espresse durante questa disputa. Se da un lato è indubitabile la responsabilità dei padri di tenere esenti i figli dalle conse-

come ricorda A. SAITTA, *Dal bilancio quale "bene pubblico" alla "responsabilità costituzionale democratica" e "intergenerazionale"*, cit., di una prospettiva dei diritti fondamentali (e dei correlativi doveri inderogabili) (18) che si completa – in un rapporto di mutua, inevitabile complementarietà – con la lettura combinata dei due commi dell'art. 3 della Cost.: la pari dignità dell'uomo, premessa e ragione pregiudiziale della stessa eguaglianza formale, reclama le azioni positive volte a rendere effettivo il godimento dei diritti fondamentali e ciò, se rapportato al patrimonio dei doveri solidaristici dei quali l'uomo è portatore, impone di agire nella dimensione, ancora un volta, della responsabilità intergenerazionale.

²⁶ Sul punto, cfr. R. BIFULCO, *Jefferson, Madison e il momento costituzionale dell'Unione. A proposito della riforma costituzionale sull'equilibrio di bilancio*, in *Rivista telematica AIC*, n. 2/2012, pubblicato il 05.06.2012; cfr. la ricostruzione storico-giuridica S. HOLMES, *Vincoli costituzionali e paradosso della democrazia*, in G. ZAGREBELSKY, P.P. PORTINARO, J. LUTHER (a cura di), *Il futuro della costituzione*, Torino, Einaudi, 1996, 176-7, 193.

²⁷ Per una recente ricostruzione con metodologie statistiche sulle decisioni politiche tra le quali sono evidenziate quelle c.d. a "corto raggio" o inefficaci cfr. A. ACCETTURO, G. DE BLASIO, *Morire di aiuti, i fallimenti delle politiche per il sud [e come evitarli]*, IBL libri, 2019; L. FORNI, *Nessun pasto è gratis*, il Mulino, 2019.

guenze nefaste del debito altrettanto vero è affermare che il raccolto del futuro dipende da quello che seminiamo oggi. Ed allora il problema è di prospettiva più che di contrapposizione, di equilibrio²⁸ più che di antitesi, di capacità di operare secondo un principio di proporzionalità²⁹ che non sposti integralmente gli oneri da una generazione all'altra.

3. Corte costituzionale: la via verso l'equità intergenerazionale

Se in Italia il tema della “responsabilità costituzionale intergenerazionale³⁰” nelle scelte effettuate dai pubblici poteri è al centro del dibattito culturale e scientifico lo si deve in gran parte alla Corte costituzionale. A partire dalla nota sentenza n. 88/2014³¹ che introduce una prima riflessione sulla sostenibilità del debito e, successivamente, con la n. 18/2019³²

²⁸ In tal senso P. LOGROSCINO, *Economia e ambiente nel “tempo della Costituzione”*, cit., il quale sottolinea come «l'equilibrio nel presente risulta essere elemento essenziale dell'agire razionale di ogni comunità che si autocomprenda come destinata a durare; di quella statale in primis, e quindi per il tempo (tipico) della Costituzione» e D. PORENA, «Anche nell'interesse delle generazioni future», *il problema dei rapporti intergenerazionali all'indomani della revisione dell'art. 9 della costituzione*, cit..

²⁹ M. LUCIANI, *Generazioni future, spesa pubblica e vincoli costituzionali*, in R. BIFULCO, A. D'ALOIA (a cura di), *Un diritto per il futuro. Teorie e modelli dello sviluppo sostenibile e della responsabilità intergenerazionale*, cit., l'A. evidenzia come si debba affrontare il tema non utilizzando la categoria del bilanciamento ma quella della proporzionalità e non eccessività.

³⁰ A. SAITTA, *Dal bilancio quale “bene pubblico” alla “responsabilità costituzionale democratica” e “intergenerazionale”*, cit., evidenzia in maniera del tutto condivisibile come la questione gravida di maggiori implicazioni teoriche sul piano del diritto costituzionale evocata dai giudici della Consulta è, però, quella relativa alle responsabilità intergenerazionali connesse alle scelte politiche di bilancio e finanziarie assunte da un ente territoriale e destinate a incidere fortemente sul godimento dei diritti fondamentali da parte delle generazioni future.

³¹ Ove la Corte ha affermato che l'attuazione del principio della sostenibilità del debito pubblico «implica una responsabilità che, in attuazione di quelli «fondanti» di solidarietà e di eguaglianza, non è solo delle istituzioni ma anche di ciascun cittadino nei confronti degli altri, ivi compresi quelli delle generazioni future»

³² La Corte ha ribadito che «l'equità intergenerazionale comporta, [...] la necessità di non gravare in modo sproporzionato sulle opportunità di crescita delle generazioni future, garantendo loro risorse sufficienti per un equilibrato sviluppo. È evidente che, nel caso della norma in esame, l'indebitamento e il deficit strutturale operano simbioticamente a favore di un pernicioso allargamento della spesa corrente. E, d'altronde, la regola

la Corte ha tracciato la via nella direzione dell'equità intergenerazionale nell'utilizzo delle risorse finanziarie ripresa, ancor più di recente, con le sentenze nn. 115/2020³³, 228/2021³⁴ e n. 9/2024. La sentenza del 14 febbraio 2019 n. 18 parte dalle norme legislative di sistema, secondo le quali le manovre di riequilibrio si devono rapportare ad un arco temporale sostanzialmente riconducibile al mandato elettivo, ben più contenuto rispetto al trentennio previsto dalla legge oggetto del suo sindacato, per dimostrare come siano i principi di responsabilità politica a garantire la democraticità dell'ordinamento. In questa prospettiva poteva giustificarsi la norma previgente secondo la quale il piano di riequilibrio si sarebbe potuto articolare in un decennio, ma non certo nella prospettiva trentennale, tanto più che l'inserimento della norma di cui si discute determina un disallineamento tra i tempi del pagamento dei debiti accertati (contenuti in un arco temporale infradecennale) e quelli, ben più lunghi, necessari per la restituzione delle anticipazioni ricevute «caratterizzato (a differenza del passato) dal libero accesso alle anticipazioni di liquidità e dalla libera disponibilità, per le spese correnti, della quota risultante dalla riduzione degli accantonamenti». Attraverso la norma censurata la Corte costituzionale ha l'opportunità di evidenziare in primo luogo come «nessuno degli amministratori eletti o eligendi sarà nelle condizioni di presentarsi al giudizio degli elettori separando i risultati direttamente raggiunti dalle

aurea contenuta nell'art. 119, sesto comma, Cost. dimostra come l'indebitamento debba essere finalizzato e riservato unicamente agli investimenti in modo da determinare un tendenziale equilibrio tra la dimensione dei suoi costi e i benefici recati nel tempo alle collettività amministrate».

³³ D. PORENA, *«Anche nell'interesse delle generazioni future». il problema dei rapporti intergenerazionali all'indomani della revisione dell'art. 9 della costituzione*, cit., con la sent. 115/2020, la Corte costituzionale ha posto in luce che il perimetro costituzionale disegnato dalle disposizioni scrutinate «consiste nella funzionalità della procedura a ridurre il deficit fino ad azzerarlo nel tempo prescritto. Ciò mediante la scansione del percorso attraverso i risultati conseguiti nei singoli esercizi attinenti al piano e la definizione di una proporzione accettabile dei sacrifici imposti alle future generazioni di amministrati affinché l'oneroso rientro dal disavanzo sia comunque compensato dal traguardo dell'equilibrio, presupposto necessario per la sana amministrazione».

³⁴ D. PORENA, *«Anche nell'interesse delle generazioni future». il problema dei rapporti intergenerazionali all'indomani della revisione dell'art. 9 della costituzione*, cit., la Corte ha evidenziato che «la dichiarata connotazione dei domini collettivi come «comproprietà intergenerazionale» (art. 1, comma 1, lettera c, della legge n. 168 del 2017) mostra una chiara proiezione diacronica affinché l'ambiente e il paesaggio siano garantiti anche alle future generazioni».

conseguenze imputabili alle gestioni pregresse». Lo stesso principio di rendicontazione, presupposto fondamentale del circuito democratico rappresentativo, ne risulta quindi gravemente compromesso. Per rafforzare questo ragionamento la Corte richiama la propria giurisprudenza nella quale l'obbligo dell'approvazione del bilancio preventivo e del rendiconto è stato legato all'esigenza di assicurare agli elettori la consapevolezza circa le modalità di impiego delle risorse pubbliche, quindi, il mantenimento del legame fiduciario tra mandato elettorale e rappresentanza democratica³⁵. Si tratta all'evidenza di un principio di grande rilievo perché teso a riaffermare il concetto del bilancio quale «bene pubblico»³⁶ collegandolo al fondamentale momento elettorale, così valorizzando l'esercizio del diritto di voto in quanto espressione del giudizio consapevole del cittadino-elettore anche in riferimento all'uso virtuoso delle risorse economiche disponibili.

Una decisione ispirata ad un modello ideale di partecipazione democratica e di cittadinanza responsabile che se in linea teorica appare condivisibile, tuttavia, presenta in concreto della criticità.

Sebbene la proiezione trentennale dell'obbligo di restituzione delle anticipazioni di liquidità configga con i principi della responsabilità politica consentendo agli amministratori di attingere liberamente alle anticipazioni di liquidità ricevute e alle maggiori disponibilità risultanti dalla riduzione degli accantonamenti necessari per il rientro anche per finanziare spese correnti, e tanto in astratto potrebbero condurre gli amministratori ad agire senza che gli effetti delle loro azioni finanziarie siano immediatamente leggibili dai cittadini, con conseguente deresponsabilizzazione delle scelte politico-amministrative ed elettorali, è anche innegabile che, proprio per il principio della continuità dei bilanci, ogni amministrazione obbligata ad attuare politiche di risanamento finanziario rischia di venir giudicata non tanto per le politiche realizzate, ma per quelle “non fatte”, giacché le misure di rigore restringono gli ambiti entro i quali è possibile investire in servizi ed opere a beneficio della collettività.

In sostanza, come acutamente fatto rilevare in dottrina, quando arriva l'ora del risanamento finanziario gli amministratori rischiano di essere

³⁵ cfr. Corte cost., sentt. nn. 184 del 2016 e 228 del 2017.

³⁶ Si rinvia a A. SAIITA, *Dal bilancio quale “bene pubblico” alla “responsabilità costituzionale democratica” e “intergenerazionale”*, cit..

bocciati dai loro elettori non per le proprie azioni ma per aver posto rimedio a quelle dei predecessori³⁷.

Sarebbe allora ragionevole, nella gestione delle risorse, il riconoscimento di spazi di bilancio vincolati a specifici obiettivi quali: investimenti in opere ed infrastrutture strategiche per la comunità o per la manutenzione del patrimonio immobiliare dell'Ente.

La stella polare in tal senso è l'art. 119 Cost., in base alla quale l'indebitamento deve essere consentito soltanto per le spese di investimento «in modo da determinare un tendenziale equilibrio tra la dimensione dei suoi costi e i benefici recati nel tempo alle collettività amministrate».

È un tema che difficilmente potrà trovare soluzione per via giurisprudenziale, anche da parte del giudice delle leggi, ma che necessita di una rimeditazione legislativa anche perché le norme contenute nel T.U.E.L. in tema di controllo e, soprattutto, risanamento finanziario degli enti locali hanno dimostrato tutti i propri limiti, lasciando nel limbo amministrazioni i cui conti sono in condizioni critiche, con danni enormi per le comunità locali, i creditori e, alla fin fine, per lo stesso principio democratico.

Del resto, la Corte costituzionale si è dimostrata consapevole di tutto ciò affermando che di fronte all'impossibilità di risanare finanziariamente un ente locale «la procedura di predissesto non può essere procrastinata in modo irragionevole, dovendosi necessariamente porre una cesura con il passato, così da consentire ai nuovi amministratori di svolgere il loro mandato senza gravose 'eredità'. Diverse soluzioni possono essere adottate per assicurare tale discontinuità, e siffatte scelte spettano, ovviamente, al legislatore».

Affrontare quest'ultime criticità rappresenta un appuntamento ormai ineludibile con la storia, pena la frustrazione in generale del principio della responsabilità democratica e nello specifico proprio di quanti dinanzi ai cittadini si sono impegnati responsabilmente ad assumere decisioni improntate alla sobrietà ed al risanamento dei conti.

È in gioco non solo l'ordinata gestione dei conti pubblici³⁸ degli Enti

³⁷ A. SAIITTA, *Dal bilancio quale "bene pubblico" alla "responsabilità costituzionale democratica" e "intergenerazionale"*, cit., 221 e ss.

³⁸ A. CAROSI, *Inquadramento sistematico della sentenza n. 80 del 2021 nei più recenti orientamenti della consulta in tema di finanza pubblica allargata*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, fasc. 3, cit., osserva come «la responsabilità del mandato elettorale ed equità intergenerazionale non sono solamente veicoli della sana gestione finanziaria ma anche di garanzia dei diritti fondamentali e dei livelli essenziali delle prestazioni. La sana gestione finanziaria è una

locali (e non solo) ma anche la tenuta delle istituzioni dinanzi alle dissenate politiche tese a ridare slancio all'economia e ad eliminare le disegualianze tra i cittadini attraverso misure premiali molto spesso fallimentari (v. a titolo d'esempio i vari *bonus* edilizi ma anche la gestione del c.d. *reddito di cittadinanza*). Misure che nella maggior parte dei casi - alla prova dei fatti - rilevano tutto il loro «respiro corto», con aggravio dei conti e del peso sulle generazioni successive.

In definitiva, pare di poter cogliere, al di là di quest'ultime criticità, già nella sentenza della Corte costituzionale del 14 febbraio 2019 n. 18 delle prime importanti sollecitazioni rivolte ai decisori politico-istituzionali, oltre che alla stessa comunità degli interpreti, verso l'individuazione, nel dato momento storico-economico e sociale, all'atto dell'adozione di decisioni pubbliche di un difficile punto di equilibrio tra l'esigenza di non spostare sulle generazioni future i costi finanziari delle politiche attuali e quella di non scaricare sugli amministratori subentrati il peso degli errori del passato.

Di estremo interesse, anche l'ultimo principio richiamato dalla Corte per motivare l'accoglimento della questione al suo esame è quello dell'«equità declinata sia in senso intergenerazionale» sia «intragenerazionale».

Quest'ultimo non è un concetto inedito per la dottrina³⁹ e per la stessa giurisprudenza costituzionale, tant'è che in sentenza si richiamano alcuni precedenti specifici nei quali erano state censurate norme «le quali prescrivono il riassorbimento dei disavanzi in archi temporali lunghi e differenziati, ben oltre il ciclo di bilancio ordinario, con possibili ricadute negative anche in termini di equità intergenerazionale». Secondo la Corte

condizione necessaria del buon andamento dell'amministrazione e dei servizi, ma non sufficiente: vengono infatti in gioco anche i metaprinциpi sociali della nostra Costituzione, i quali prevedono che il legislatore determini secondo ragionevolezza i livelli essenziali delle prestazioni e la loro effettiva erogazione».

³⁹ D. PORENA, «Anche nell'interesse delle generazioni future». *il problema dei rapporti intergenerazionali all'indomani della revisione dell'art. 9 della costituzione*, cit., il quale evidenzia che da tempo la letteratura si confronta infatti con il problema scivoloso del trattamento giuridico delle generazioni venturo e non sono mancate, anche da parte della nostra giurisprudenza costituzionale, occasioni di apertura - via via sempre meno timide - rispetto a un tema che pur continua a illustrare non lievi criticità; dello stesso Autore si v. anche, *Il principio della sostenibilità. Contributo allo studio di un programma costituzionale di solidarietà intergenerazionale*, cit.; N. LUPO, *Costituzione europea, pareggio di bilancio ed equità tra le generazioni. Notazioni sparse*, consultabile in <http://www.amministrazioneincammino.luiss.it/>.

costituzionale, la responsabilità «intragenerazionale» comporta che politiche volte a tollerare forti squilibri nei conti della finanza pubblica allargata, come quella oggetto della sentenza del 14 febbraio 2019 n. 18, porta ad attuare interventi correttivi in senso restrittivo «che possono gravare più pesantemente sulle fasce deboli della popolazione (sent. n. 10 del 2015)», oltre a sospendere «inevitabilmente le scelte degli amministratori verso politiche “di corto respiro”, del tutto subordinate alle contingenti disponibilità di cassa».

Il concetto di equità nella prospettiva temporale comporta «la necessità di non gravare in modo sproporzionato sulle opportunità di crescita delle generazioni future, garantendo loro risorse sufficienti per un equilibrato sviluppo». In questo senso è anche la lettura che viene data della «regola aurea» (così viene definita nella sentenza della Corte n. 18 del 2019) scolpita nell'art. 119 Cost..

Il tema dell'equità intergenerazionale è oramai di stretta attualità ed involge il funzionamento stesso delle istituzioni democratiche⁴⁰ e della democrazia costituzionale.

Invero, è evidente come talune decisioni assunte da decisori politici⁴¹ indubbiamente riversino i propri effetti su quanti all'atto dell'assunzione o non sono ancora nati o non risultano essere rappresentati nel circuito democratico costituzionale.

Si pensi ad esempio a quanti oggi non sono ancora nati, o sono minorenni o se maggiorenni non riescono a far veicolare, dunque, a far emergere, mediante l'attuale circuito partitico rappresentativo tali interessi all'atto dell'approvazioni di leggi e provvedimenti che incidono irrimediabilmente sui loro interessi. Sarebbe auspicabile che in una democrazia matura, al netto di osservazioni critiche sulla dignità giuridica di tali inte-

⁴⁰ A. D'ALOIA, *Generazioni Future (diritto costituzionale)*, cit., evidenzia come «non solo i diritti, ma anche le strutture della democrazia, lo Stato, la rappresentanza politica, il lavoro e la competenza del legislatore sono proiettati normalmente a tener conto pure degli interessi del tempo e dell'umanità futura. Le generazioni future sono un “pezzo” dell'interesse generale nella lettura che Jellinek fa, a cavallo tra XIX e XX secolo, della rappresentanza e della responsabilità politica».

⁴¹ Tra l'altro «i processi decisionali» guardano al tempo breve, inseguono il consenso di oggi, anche a scapito dell'interesse oggettivo (del momento attuale oltre che) del tempo lungo. L'esigenza di andare incontro alle richieste dell'elettorato che vota e che decide governi e maggioranze produce una inevitabile parzialità in favore del presente» in tal senso le considerazioni di A. D'ALOIA, *Generazioni Future (diritto costituzionale)*, cit..

ressi, che gli stessi emergessero all’attenzione dei decisori politici all’atto dell’assunzione di decisioni che proiettano i loro effetti nel tempo. Questo dovrebbe valere innanzitutto sull’impiego delle risorse quando queste non sono relative ad investimenti e, quindi, sul bilancio e sulla sana gestione finanziaria dello Stato, degli Enti locali e di tutti gli enti pubblici e le società a controllo pubblico le cui decisioni incidono sulla sostenibilità ambientale⁴², sul governo del territorio, sulla salute, in materia energetica ecc. creando molto spesso una vera e propria ipoteca sul futuro prossimo delle nuove generazioni.

A tal proposito, sarebbe auspicabile, piuttosto che alimentare lo sviluppo di ulteriori vie extra parlamentari di dissenso alle misure già assunte, si veda ad esempio il caso globale della giovane svedese Greta Thunberg o l’avanzare di movimenti antisistema, che quest’ultimi provvedimenti, fossero quanto meno scrutinati anche alla luce degli effetti durevoli nel tempo e preceduti, ove possibile, dall’acquisizione di un nulla osta preventivo o di un parere tecnico non vincolante⁴³.

Contrariamente, si avverterà sempre più l’inadeguatezza delle scelte politiche rapportate soltanto alle esigenze dell’immediata contingenza (non solo finanziaria) e si assisterà ad altrettanti sfoghi di tali interessi in sedi extra-parlamentari o al di fuori delle sedi deputate dall’Ordinamento giuridico e con conseguenziale sovraccarico vuoti delle stesse istituzioni giudiziarie o sovraeccitazione delle «piazze».

4. *Prime considerazioni finali*

La Corte costituzionale, in particolar modo con le sentenze nn. 88/2014, 18/2019, 115/2020, 228/2021 e 9/2024 ci chiede di osservare i diritti fondamentali, non solo in una dimensione temporalmente statica e,

⁴² N. PIGNATELLI, *La dimensione ambientale nel più recente contenzioso Stato-Regioni*, in *www.federalismi.it*, 2022, n. 23.

⁴³ Come è stato evidenziato al centro dell’attenzione deve essere dunque posto, innanzitutto, il procedimento legislativo. Si tratta, infatti, “di trovare il modo per incoraggiare i decisori politici ad adottare decisioni maggiormente orientate al futuro, se necessario inserendo nel procedimento pareri consultivi obbligatori, resi da organismi (anch’essi da disciplinare a livello costituzionale), deputati a farsi portatori delle esigenze delle generazioni future” T. GROPPI, *Sostenibilità e costituzioni: lo Stato costituzionale alla prova del futuro*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 1, 2016.

quindi, per forza di cose individualista, ma diacronica e, quindi, collettiva e transgenerazionale.

E questa lettura appare del tutto coerente con l'art. 2 Cost.⁴⁴, nella dimensione individuale e in quella collettiva concorrente - con l'adempimento degli inderogabili doveri di solidarietà politica, economica e sociale⁴⁵.

Tutte le scelte «adottate» o «non adottate» - oggi - ne siamo purtroppo consapevoli a fronte dell'evidenza dello stato di crisi di settori come la sanità, l'istruzione, la manutenzione delle opere pubbliche - sono destinate ad incidere, più o meno irreversibilmente, sulle generazioni future, condizionandone l'ambito di godimento - effettivo - dei diritti fondamentali riconosciuti dalla Carta costituzionale.

Le sentenze della Corte costituzionale, quindi, al di là dei temi specifici affrontati e delle inevitabili conseguenze che avranno sulle sorti finanziarie di tanti enti territoriali, hanno l'innegabile merito di aver portato all'attenzione della comunità nazionale, dei c.d. *policy maker* in tutti i suoi livelli e articolazioni, insieme alle varie autorità giudiziarie ed alla stessa dottrina, il tema della responsabilità costituzionale "intergenerazionale"⁴⁶ e di aver contribuito alla maturazione di una maggiore sensibilità giuridica nei confronti dei "diritti" delle future generazioni.

Un dovere che graverebbe sulle generazioni presenti rispetto a quelle future che potrebbe declinarsi in termini prescrittivi alla luce della previ-

⁴⁴ R. ROSSI, *Art. 2*, in R. BIFULCO - A. CELOTTO - M. OLIVETTI (a cura di), *La Costituzione italiana. Principi fondamentali. Diritti e doveri dei cittadini. Commento agli artt. 1-54*, Torino, 2006, p. 43); ed in particolar modo le riflessioni di F. PIZZOLATO, *Finalismo dello Stato e sistema dei diritti nella Costituzione italiana*, Milano, 1999.

⁴⁵ La solidarietà come motivazione della responsabilità (e del dovere di considerazione e di rispetto) verso chi non esiste ancora. Questa forse è la parte più promettente del messaggio costituzionale di impegno nei confronti delle generazioni future in termini A. D'ALOIA, *Generazioni Future (diritto costituzionale)*, cit..

⁴⁶ Come osserva M. CINELLI «*Solidarietà intergenerazionale*» *uso e abuso di un sintagma polisemico*, cit., l'ingresso nell'ordinamento della questione della responsabilità intergenerazionale è innegabile che abbia aperto un'arena nella quale è giusto attendersi uno specifico contributo di riflessione e analisi della dottrina, oltre che della Corte costituzionale. Per i Giudici della Consulta si tratta anche di un'occasione, perché nel fornire (nell'ambito delle loro prerogative) le opportune linee di indirizzo nei confronti delle problematiche indotte dalla questione intergenerazionale, possano, nel contempo, sciogliere, sul piano dei principi, alcune, almeno, delle incertezze collegate a quel tema.

sione di cui al novellato art. 9 Cost. che introduce, in relazione alle generazioni future, il concetto giuridico di “interesse”⁴⁷.

Il problema, quindi, si sposterebbe non tanto su *chi* sarebbe tutelato e *come* ma su *cosa* tutelare.

Nella prospettiva della Costituzione la tutela non potrebbe che riferirsi ai diritti fondamentali⁴⁸ che sono “intergenerazionali”⁴⁹ e nel solco della tutela dei diritti fondamentali il compito delle generazioni presenti è di non consumare integralmente le risorse anche quelle economiche e finanziarie proprio per garantire la libertà di scelta di quelle future.

D'altronde, la capacità dello Stato e del diritto di curare gli interessi delle generazioni future costituisce un elemento imprescindibile della loro forza come ebbe ad osservare Santi Romano, nella celebre prolusione del 1909 sullo Stato moderno e la sua crisi: «Lo Stato, rispetto agli individui che lo compongono e alle comunità che vi si comprendono, è un ente a sé che riduce a unità gli svariati elementi di cui consta, ma non si confonde

⁴⁷ Come osserva D. PORENA, «*Anche nell'interesse delle generazioni future*», *il problema dei rapporti intergenerazionali all'indomani della revisione dell'art. 9 della costituzione*, cit., la categoria dell'interesse identifica una posizione giuridica di vantaggio rispetto a un oggetto considerato come un bene della vita; più in generale si v. anche B. CARAVITA DI TORITTO, *Interessi diffusi e collettivi*, in *Dir. soc.*, 1982, pp. 187 e ss.), il quale, nel riflettere sulla complessità delle tecniche di tutela degli interessi sovraindividuali, non mancava di sottolineare anche la natura intergenerazionale di tali interessi.

⁴⁸ D. PORENA, «*Anche nell'interesse delle generazioni future*», *il problema dei rapporti intergenerazionali all'indomani della revisione dell'art. 9 della costituzione*, cit., sottolinea come la concettualizzazione delle future generazioni nella prospettiva dei diritti fondamentali finisca per alleggerire il fardello teorico che grava su quest'ultime e che è rappresentato dalla loro “non-identità”. La proiezione intergenerazionale dei diritti fondamentali sembra infatti l'unica capace di risolvere gran parte delle contraddizioni derivanti dalla non-identità delle generazioni future poiché è legata a una concezione tendenzialmente astratta dell'uomo e che prescinde, come tale, dalle condizioni di contesto nelle quali egli svolge la sua personalità.

⁴⁹ S. SPATARO, *L'amore dei lontani: universalità e intergenerazionalità dei diritti fondamentali fra ragionevolezza e globalizzazione*, in R. BIFULCO, A. D'ALOIA (a cura di), *Un diritto per il futuro. Teorie e modelli dello sviluppo sostenibile e della responsabilità intergenerazionale*, cit., il quale appunto afferma che i diritti fondamentali non appartengano solo alla attuale generazione dei viventi (sono dunque intergenerazionali); in termini D. PORENA, «*Anche nell'interesse delle generazioni future*», *il problema dei rapporti intergenerazionali all'indomani della revisione dell'art. 9 della costituzione*, cit., «sicché, senz'altro, oltreché fondamentali, inviolabili, universali e così via dicendo, a tali diritti non pare possa negarsi anche il carattere di “intergenerazionali”».

con nessuno di essi, di fronte ai quali si erge con una personalità propria, dotato di un potere, che non ripete se non dalla sua stessa natura e dalla sua forza, che è la forza del diritto. Soltanto così esso [...] si eleva al di sopra degli interessi non generali, temperandoli e armonizzandoli; si pone nella condizione di curarsi non solo delle generazioni presenti, ma anche di quelle future, ricollegando in un'intima e ininterrotta continuità di tempo, di azione, di fini, momenti ed energie diverse, di cui esso è comprensiva espressione»⁵⁰.

Nel tempo presente⁵¹, pertanto, siamo chiamati a lavorare per realizzare quella rivoluzione promessa⁵², quel progetto di società che pone al centro del nostro agire la persona umana⁵³ presente e futura nel solco di una responsabilità costituzionale “intergenerazionale” che oggi appare, seppur ancora in divenire, di più lineare definizione rispetto al passato⁵⁴.

⁵⁰ A. D'ALOIA, *Generazioni Future (diritto costituzionale)*, in *Enc. del diritto*, Annali IX, 2016, l'A. evidenzia come «lo Stato rappresenta e opera a vantaggio e per la coesione della collettività, ma poiché lo Stato non è una figura “a tempo”, “provvisoria”, ma un soggetto tendenzialmente “permanente”, la sua azione non può che puntare al mantenimento (attraverso il succedersi delle generazioni) delle condizioni di convivenza della collettività, lavorando contemporaneamente per l'interesse della collettività medesima nella continuità delle sue frazioni».

⁵¹ Sottolinea opportunamente P. LOGROSCINO, *Economia e ambiente nel “tempo della Costituzione”*, cit., come d'esigenza di equilibrio nel presente si espande ben oltre i già lati confini del costituzionalismo prescrittivo di marca contemporanea. È infatti presupposto di razionalità nel tempo dell'agire economico tout court. Perché solo conformandosi a tale canone la capacità di creare valore – un'esigenza riconosciuta e perseguita anche in ordinamenti ascrivibili a forme di Stato molto lontane da quelle liberal-democratiche e pluralistiche – può essere durevole».

⁵² «La costituzione è un programma, un ideale, una speranza, un impegno di un lavoro da compiere» secondo la nota posizione di P. CALAMANDREI; per un'analisi sulla Costituzione come rivoluzione promessa a risarcimento della rivoluzione mancata si rinvia a E. BINDI, *Calamandrei e la questione sociale*, in *Rivista Gruppo di Pisa*, 3 settembre 2012.

⁵³ Obbligo dello stato è rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che si frappongono alla libera espansione morale e politica della persona umana come evidenzia P. CALAMANDREI, *L'avvenire dei diritti di libertà*, Galaad Edizioni, 2018; d'altronde il valore della solidarietà – che la Corte costituzionale, in una nota sentenza (309 del 2013), ha definito «base della convivenza sociale normativamente configurata dal Costituente» – si pone in antitesi tanto all'individualismo quanto al presentismo, entrambi estranei alla visione e ai significati del personalismo costituzionale come ricorda A. D'ALOIA, *Generazioni Future (diritto costituzionale)*, in *Enc. del diritto*, Annali IX, 2016.

⁵⁴ D. PORENA, *Il principio di sostenibilità. Contributo allo studio di un programma costituzionale*

Abstract

Il contributo indaga il rapporto tra la gestione delle risorse economico-finanziarie pubbliche e la tutela costituzionale delle generazioni future, alla luce della prospettiva del «tempo lungo» della Costituzione. Muovendo dall'idea che il linguaggio costituzionale sia naturalmente proiettato verso il futuro, l'autore osserva come la responsabilità (o solidarietà, equità) intergenerazionale fosse già desumibile dal testo costituzionale anche prima della riforma dell'art. 9 e come essa imponga un uso responsabile e proporzionato delle risorse, senza traslare in modo iniquo gli oneri da una generazione all'altra. Attraverso l'analisi della giurisprudenza costituzionale – in particolare le sentenze n. 88 del 2014, n. 18 del 2019, n. 115 del 2020, n. 228 del 2021 e n. 9 del 2024 – viene ricostruito il progressivo affermarsi dell'equità intergenerazionale e intragenerazionale quale canone di sana gestione finanziaria e di legittimazione democratica, anche in rapporto agli artt. 2 e 119 Cost. Lo scritto evidenzia, infine, criticità e prospettive *de iure condendo*, segnalando la necessità di strumenti, procedure e istituti idonei a dare effettività alla responsabilità costituzionale «intergenerazionale» nei confronti di chi non è ancora rappresentato nel circuito democratico.

Economic and financial resources and “intergenerational” constitutional responsibility

This essay investigates the relationship between the management of public economic and financial resources and the constitutional protection of future generations, in light of the «long time» of the Constitution. Starting from the idea that constitutional language is naturally oriented towards the future, the author observes how intergenerational responsibility (or solidarity and equity) could already be inferred from the consti-

di solidarietà intergenerazionale, cit., l'A. evidenzia come se è vero che l'evoluzione generazionale dei diritti è preceduta, storicamente, dalle minacce via via insorte al loro pacifico godimento (N. BOBBIO, *L'età dei diritti*, Torino, 1997, p. XIII ss.), sembra lecito chiedersi, oggi, se le minacce recate ai posteri dal mutamento e dal deterioramento delle complessive condizioni socio-demografiche ed ambientali possano, anch'esse, concorrere al radicamento ed alla affermazione di una quarta generazione dei diritti nella quale includere anche quelli delle future generazioni (p. 308).

tutional text even before the reform of Article 9, and how it requires a responsible and proportionate use of resources, without unfairly shifting burdens from one generation to the next. Through the analysis of constitutional case law – in particular judgments no. 88 of 2014, no. 18 of 2019, no. 115 of 2020, no. 228 of 2021 and no. 9 of 2024 – the essay reconstructs the gradual emergence of intergenerational and intragenerational equity as a canon of sound financial management and democratic legitimacy, also in relation to Articles 2 and 119 of the Constitution. Finally, it highlights critical issues and *de iure condendo* perspectives, underlining the need for tools, procedures and institutions capable of giving effectiveness to «intergenerational» constitutional responsibility towards those who are not yet represented in the democratic process.

La responsabilità amministrativa per danno all'immagine della p.a. nel “dialogo” tra Corte costituzionale e magistratura contabile

di Cosimo Pietro Guarini

SOMMARIO: 1. Il danno all'immagine della p.a. (e la correlata responsabilità) nel primo decennio degli anni Duemila. Breve premessa di contesto. – 2. Le principali coordinate del “dialogo” tra Corte costituzionale e magistratura contabile. – 2.1. Il c.d. *lodo Bernardo* e la sentenza della Corte costituzionale n. 355 del 2010. – 2.2. Resistenze interpretative, ulteriori tendenze espansive della giurisprudenza contabile e le ordinanze nn. 219, 220, 221 e 286 del 2011 della Corte costituzionale. – 2.3. Le novelle legislative del 2016 non attenuano il disallineamento interpretativo: le ordinanze nn. 145 del 2017, 167 e 168 del 2019 ... – 2.3.1. ... e la sentenza n. 191 del 2019 della Corte costituzionale. – 2.4. Il co. 3-*quater* dell'art. 55-*quater* del d.lgs. n. 165 del 2001, come introdotto dall'art. 1, co. 1, lettera b), del d.lgs. n. 116 del 2016. Le peculiarità della vicenda che conducono alla sentenza n. 61 del 2020 della Consulta. Un dispositivo di accoglimento in continuità con la precedente giurisprudenza costituzionale. – 3. I “nuovi” binari del “confronto” ermeneutico tra Corte costituzionale e Corti erariali. – 3.1. La decisione della Corte dei conti, Sezione giur. reg. Lombardia, n. 21 del 2022: responsabilità per danno all'immagine della p.a. nei casi di reato complesso e le basi per un'interpretazione costituzionalmente orientata. – 3.2. La sentenza n. 123 del 2023 della Corte costituzionale: un altro punto fermo ma anche un *obiter dictum*. – 4. La sentenza n. 3 del 3 marzo 2026 delle Sezioni Riunite della Corte dei Conti: il cambio di rotta? – 5. Qualche riflessione (necessariamente) interlocutoria.

1. *Il danno all'immagine della p.a. (e la correlata responsabilità) nel primo decennio degli anni Duemila. Breve premessa di contesto*

Con la sentenza n. 3 del 3 marzo 2026 delle Sezioni Riunite della Corte dei conti si chiude una nuova puntata della *querelle* interpretativa che, da tempo, vede la magistratura contabile “dialogare”, per così dire, con la Corte costituzionale in riferimento ai presupposti e all'ambito di applicazione della responsabilità amministrativa per il danno che dipendenti e amministratori pubblici o soggetti ad essi assimilabili¹, cagionino,

¹ È dato acquisito che la responsabilità amministrativa si fonda sul rapporto di servizio di un soggetto con una p.a. o assimilata, da intendersi peraltro in senso lato, cioè riferibile anche alle attività strumentali all'esercizio della funzione propria purché quella abbia nel rapporto medesimo la sua occasione necessaria (cfr. già Corte di Cassazione,

con condotte illecite, all'immagine delle pp.aa. statali o locali² e degli organismi da esse partecipati³.

Sezioni Unite, sent. n. 3899 del 26 febbraio 2004, in https://www.astrid-online.it/static/upload/protected/C.Ca/C.Cassazione_n.3899_26_02_04.pdf; Corte di Cassazione, Sezioni Unite, sent. n. 4511 del 1° marzo 2006, con nota di M. PERIN, *I recenti orientamenti della Cassazione sui confini della giurisdizione contabile di responsabilità amministrativa*, in *LexItalia.it*, 2006, n. 3; Corte di Cassazione, Sezioni Unite, sent. n. 26806 del 19 dicembre 2009, in *Amministrazione in cammino*, 7 aprile 2010). Ciò detto, «in applicazione della nozione di rapporto di servizio ampliata dall'art. 1, co. 4, della L. n. 20/1994, tale orientamento ha affermato la sussistenza della responsabilità non solo nel caso in cui il danno provochi un discredito all'amministrazione di appartenenza, ma anche qualora il danno sia diretto a un'amministrazione diversa (c.d. danno obliquo). Si è giunti ad ampliare in tal modo i confini della responsabilità, fino a ricomprendervi tutte le fattispecie in base alle quali ogni persona fisica o giuridica si trovi a svolgere funzioni per conto di un'organizzazione amministrativa (così M. MATASSA, *Alcune considerazioni sul danno all'immagine della Pubblica Amministrazione*, in *Il diritto dell'economia*, 2020, n. 3, 733 ss., 737).

² Tra gli approfondimenti più recenti v. P. MARINO, *Reato contro la p.a. e danno all'immagine*, in *Diritto.it*, 16 febbraio 2023; M.T. D'URSO, *Il danno all'immagine della pubblica amministrazione e gli orientamenti della giurisprudenza del giudice contabile successivi ai recenti interventi della Corte costituzionale*, in *Riv. Corte conti*, 2023, n. 5, 54 ss.; C. ALBERTINI, *Il danno all'immagine della pubblica amministrazione*, in *Altalex*, 11 dicembre 2021; D. PERROTTA, *Il danno all'immagine della pubblica amministrazione, tra tendenze giurisprudenziali (espansive), scelte del legislatore (restrittive) e il nuovo codice di giustizia contabile*, in *Federalismi.it*, 2018, n. 8.

³ La responsabilità amministrativa per danno all'immagine della p.a., originariamente prevista solo per i dipendenti di pp.aa. statali o locali o di società a prevalente partecipazione pubblica, era stata poi estesa agli amministratori e ai componenti degli organi di controllo di tutte le società a partecipazione pubblica, con conseguente radicamento della giurisdizione della Corte dei conti, dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione con la nota sentenza 19 dicembre 2009, n. 26806 (in *Foro amm.- CdS*, 2010, 59 ss., con note a commento di M. SINISI, *Responsabilità amministrativa di amministratori e dipendenti di s.p.a. a partecipazione pubblica e riparto di giurisdizione: l'intervento risolutivo delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione*, 77 ss., e V. TENORE, *La giurisdizione della Corte dei conti sulle s.p.a. a partecipazione pubblica*, 92 ss.) nella quale veniva precisato che «la presenza dell'ente pubblico all'interno della compagine sociale ed il fatto che la sua partecipazione sia strumentale al perseguimento di finalità pubbliche ed abbia implicato l'impiego di pubbliche risorse non può sfuggire agli organi della società e non può non comportare, per loro, una peculiare cura nell'evitare comportamenti tali da compromettere la ragione stessa di detta partecipazione sociale dell'ente pubblico o che possano comunque direttamente cagionare un pregiudizio al patrimonio di quest'ultimo». Il danno, quindi, può considerarsi prodotto direttamente nei confronti del patrimonio dell'ente pubblico «per il fatto stesso di essere partecipe di una società in cui quei comportamenti illegittimi si siano manifestati, e che non s'identifica con il mero riflesso di un pregiudizio arrecato al patrimonio sociale (indipendentemente dall'essere o meno configurabile e risarcibile anche un autonomo e distinto danno all'immagine della medesima società)» (cfr. § 3.6). In seguito, il legislatore ha

La vicenda non è di quelle semplici da inquadrare in ragione del succedersi – nell'ultimo ventennio – di disposizioni di rango primario non propriamente perspicue, frutto dell'ambiguo tenore delle scelte di fondo del legislatore⁴ in ordine alla tutela dell'immagine del settore pubblico allargato. Scelte che non pochi dubbi di legittimità costituzionale hanno suscitato; dubbi tutti affrontati dalla Consulta in modi che, però, come si dirà, non sempre hanno pienamente fugato ogni possibile perplessità.

Il giudice erariale era gradualmente giunto, in via pretoria, a rinsaldare un diffuso convincimento in ordine alla propria cognizione per la voce di danno di cui si discute⁵, fino «a definirne compiutamente, nella sua più autorevole composizione, la natura, le caratteristiche e i parametri di liquidazione»⁶. Le Sezioni Riunite della Corte dei conti, difatti, con la sen-

dato definitiva conferma dell'assunto cui erano giunte le Sezioni Unite della Corte di Cassazione nel 2009 con l'art. 12, co. 2, del d.lgs. n. 175 del 2016 («*Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica*»). Sul punto cfr. F. CAPALBO, *Società partecipate e responsabilità: criteri di riparto della giurisdizione e fattispecie di danno erariale*, in R. MICCÙ (a cura di), *Le società partecipate al crocevia. Processi di modernizzazione, razionalizzazione e spinte all'efficienza*, in *Federalismi.it*, 2018, n. speciale 6, 9, e, volendo, C.P. GUARINI, *Partecipazioni pubbliche e responsabilità amministrativa*, Bari, 2020.

⁴ Di «nebbia di diritto positivo» parla C.E. MARRÈ BRUNENGHI, *Il danno all'immagine della pubblica amministrazione dopo la sentenza della Corte costituzionale 19 luglio 2019, n. 191*, in *Riv. Corte conti*, 2020, n. 6, 221 ss., 222.

⁵ In questo senso favorita anche dalla giurisprudenza, pur ondivaga, della Corte regolatrice e da alcune sue decisioni fondamentali. Cfr., ad esempio, Corte di Cassazione, Sezioni Unite, sent. 23 giugno 1997, n. 5668 (c.d. caso Poggiolini) che aveva riconosciuto alla Corte dei conti il potere di giudicare sul «danno conseguente alla grave perdita di prestigio e grave detrimento dell'immagine e della personalità pubblica dello Stato» (in *Foro it.*, 1997, I, cc. 2871 ss.). A commento di quello che costituiva il nuovo corso della giurisprudenza erariale, v. M. DENTAMARO, *Il danno ingiusto nel diritto pubblico*, Milano, 1996. È opportuno ricordare che, fino al 1988, l'organo nomofilattico contabile aveva escluso che potesse essere competenza del giudice contabile accertare la responsabilità di un danno non patrimoniale (cfr. Corte conti, Sez. Riunite, 6 maggio 1988, n. 580, in *Riv. Corte conti*, 1988, n. 1, 61 ss.).

⁶ Riassumibili nella concomitanza di una negativa risonanza nell'ambiente sociale (c.d. *clamor fori*), di onerosi interventi correttivi pubblici e di una particolare gravità delle condotte assunte. Sul punto cfr. A. IADECOLA, *La Corte costituzionale e il danno all'immagine dell'amministrazione prima e dopo il codice di giustizia contabile*, in *Riv. Corte conti*, 2019, n. 4, V, 255 ss., 256. Più ampiamente, circa le caratteristiche del bene protetto, G. CANGELOSI, *L'immagine della pubblica amministrazione, ovvero il valore della esteriorità*, in *Rivista di Diritto dell'Economia, dei Trasporti e dell'Ambiente*, 2009, vol. VII.

tenza n. 10 del 23 aprile 2003⁷, avevano statuito che «ogni azione del pubblico dipendente che lede tali interessi [n.d.r. quelli tutelati dagli artt. 2 e 97 Cost., ribaditi dal legislatore ordinario nell'art. 1 della l. n. 241 del 1990] si traduce in un'alterazione dell'identità della p.a. e, più ancora, nell'apparire di una immagine negativa in quanto struttura organizzata confusamente, gestita in maniera inefficiente, non responsabile né responsabilizzata». Tale pronuncia era stata decisiva anche per la definitiva de-patrimonializzazione della responsabilità *de qua* e per la conseguente pretesa risarcitoria⁸, attratta nell'orbita della giurisdizione contabile, dal momento che «la violazione di questo diritto all'immagine (...) è economicamente valutabile. Essa infatti si risolve in un onere finanziario che si ripercuote sull'intera collettività, dando luogo ad una carente utilizzazione delle risorse pubbliche e a costi aggiuntivi per correggere gli effetti distorsivi che sull'organizzazione della pubblica amministrazione si riflettono in termini di minor credibilità e prestigio e di diminuzione di potenzialità operativa»⁹.

Il giudice contabile aveva, dunque, posto le premesse affinché il pro-

⁷ In https://www.astrid-online.it/static/upload/protected/C.-C/C.-Conti-sez.U.-n.10_2003.pdf, Diritto, § 12. Ricorda M.T. D'URSO, *Il danno all'immagine della pubblica amministrazione*, cit., 57, nt. 14, che «la storica sentenza veniva recepita, con giurisprudenza costante, delle corti territoriali e di appello».

⁸ Pur considerata dalle Sezioni riunite della Corte dei conti nella citata sentenza n. 10 del 2003 quale danno esistenziale (e danno evento) riconducibile all'art. 2043 cod. civ., venne poi inquadrata dalla Corte di Cassazione quale danno non patrimoniale riferibile all'art. 2059 cod. civ. (cfr., in particolare, Cass. Civ., Sez. III, 4 giugno 2007, n. 12929, *Motivi della decisione*, § 1.7, in *Altalex*, 10 settembre 2007) e quale danno-conseguenza soggetto a riscontri probatori. Ricostruzione, poi, confermata dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 355 del 2010, *Considerato in diritto*, § 13, sulla scorta degli approdi cui era giunta la Corte di Cassazione, Sezioni Unite, sent. n. 26972 del 2008, in *Federalismi.it*, 2008, n. 22 (secondo cui «l'art. 2059 non delinea una fattispecie di illecito produttiva di danno non patrimoniale, ma consente la riparazione anche dei danni non patrimoniali, nei casi determinati dalla legge, nel presupposto della sussistenza di tutti gli elementi costitutivi della struttura dell'illecito civile, che si ricavano dall'art. 2043» (cfr. *Motivi della decisione*, § 2.3, 12) e dalle Sezioni Riunite della Corte dei conti, sent. 18 gennaio 2011, n. 1, in *Riv. Corte conti*, 2011, n. 1, 136 ss.

⁹ Cfr. la sentenza, Diritto, §§ 12 e 13, in *Foro it.*, 2005, III, c. 74; reperibile per esteso anche in *Astrid online*. Sul punto M. SCIASCIA, *Il danno erariale non patrimoniale e danno all'immagine della pubblica amministrazione*, in *Contabilità-pubblica.it*, 10.12.2019.

prio operato fosse molto ampio, orientandosi principalmente alla luce del criterio finalistico della tutela dell'interesse pubblico. Tale compito era avvertito come costituzionalmente "dovuto" ai sensi del combinato disposto degli artt. 2 e 97 Cost. e dell'art. 1 della l. 241 del 1990 e ss.mm. ii. in quanto «la lesione del diritto all'immagine rappresenta una perdita di prestigio e di affidabilità della personalità dell'ente pubblico, incidendo gravemente sul rapporto di fiducia che esiste tra i cittadini e la p.a.»¹⁰.

Né, al fine di "contenere" l'ampiezza del suo intervento "pretorio", a molto era valso l'art. 7, co. 1, della legge 27 marzo 2001, n. 97 (*«Norme sul rapporto tra procedimento penale e procedimento disciplinare ed effetti del giudicato penale nei confronti dei dipendenti delle amministrazioni pubbliche»*), che recitava *«la sentenza irrevocabile di condanna pronunciata nei confronti dei dipendenti indicati nell'articolo 3 per i delitti contro la pubblica amministrazione previsti nel capo I del titolo II del libro secondo del codice penale è comunicata al competente procuratore regionale della Corte dei conti affinché promuova entro trenta giorni l'eventuale procedimento di responsabilità per danno erariale nei confronti del condannato»*. Le indicazioni del legislatore del 2001, difatti, venivano considerate dalla magistratura contabile solo quali fattispecie speciali tassative per le quali si rendeva necessaria una sentenza irrevocabile di condanna, da aggiungersi a quelle comuni per le quali l'azione era invece promuovibile senza soggezione alla pregiudizialità penale dal momento che la reputazione della p.a. ben poteva subire grave nocumento (anzi, forse di più) anche in caso di commissione di reati cc.dd. comuni non ricompresi nel capo I del titolo II del libro II c.p.

Non solo. Avvalendosi dell'elaborazione della risarcibilità del danno non patrimoniale, anche in assenza di correlazione con un fatto che costituisse reato, l'ambito materiale di danno all'immagine perseguibile si era espanso a tal punto da attivare la procura contabile (e condurre alla eventuale e conseguente condanna per responsabilità amministrativa) «sia in presenza di atti o comportamenti gravemente illegittimi, sia di illeciti di natura extra penale, purché gli stessi avessero una rilevanza e una capacità lesiva tali da ingenerare una "disapprovazione sociale e un diffuso e persistente senso di sfiducia della collettività nell'amministrazione"»¹¹.

¹⁰ Cfr. M.T. D'URSO, *Il danno all'immagine della pubblica amministrazione*, cit., 56 e nt. 4, ove ampi richiami alla giurisprudenza della Corte dei conti in argomento prima del 2009.

¹¹ V. sul punto D. PERROTTA, *Il danno all'immagine della pubblica amministrazione*, cit., 15, il quale menziona i casi definiti dalla Corte dei conti, Sez. giur. Regione Calabria, sent. n. 240 del 26 maggio 2009 e dalla Corte dei conti, Sez. giur. Regione Umbria, sent. n. 100

2. *Le principali coordinate del “dialogo” tra Corte costituzionale e magistratura contabile*

2.1. *Il c.d. lodo Bernardo e la sentenza della Corte costituzionale n. 355 del 2010*

Alla luce di tale contesto, qui solo brevemente sunteggiato, si può comprendere la particolare “resistenza” che, in una parte della magistratura contabile, aveva incontrato l’art. 17, co. 30-ter, del d.l. n. 78 del 2009 (convertito con modificazioni dalla l. n. 102 del 2009), quale risultava dopo le modifiche apportatevi dall’art. 1, co. 1, lett. c), n. 1, secondo periodo, del d.l. n. 103 del 2009 (convertito in l. n. 141 del 2009), meglio noto come *lodo Bernardo*¹².

Quest’ultimo – con l’intento (malcelato) di contrastare il menzionato approccio espansivo della giustizia erariale – aveva (questa volta inequivocabilmente) limitato la possibilità della procura erariale di proporre l’azione risarcitoria per danno all’immagine ai soli fatti integranti gli estremi dei delitti contro la p.a. indicati nell’art. 7, co. 1, della l. 27 maggio 2001, n. 97 (cui l’art. 17, co. 30-ter di cui trattasi faceva espresso rinvio). E, altresì, aveva subordinato l’avvio dell’azione al maturarsi dell’ineludibile presupposto del *passaggio in giudicato* della relativa sentenza penale di condanna.

Il medesimo co. 30-ter, al quarto periodo, poi, aveva disposto la nullità di «*qualunque atto istruttorio o processuale posto in essere in violazione delle disposizioni di cui al presente comma [...]*» reintroducendo, di fatto, «la pregiudiziale penale con riferimento ai delitti tipizzati nella norma, con la sospensione del termine prescrizione quinquennale dell’azione, fino alla conclusione definitiva del processo penale»¹³.

La nuova disciplina aveva ricevuto l’avallo della Consulta che, con

del 5 agosto 2009.

¹² Tra le Corti erariali che hanno inteso, per varie ragioni, non applicare il c.d. lodo Bernardo, a ridosso della sua emanazione, v. Corte dei conti, Sez. giur. Regione Lombardia, sent. n. 765 del 16 novembre 2009; Corte dei conti, Sez. giur. Regione Campania, sent. n. 309 del 2009 e Corte dei conti, Sez. giur. Regione Sicilia, ord. n. 218 del 14 ottobre 2009, ricordate da D. PERROTTA, *Il danno all’immagine della pubblica amministrazione*, cit., 18 e nt. 57.

¹³ V. RAELI, *Il danno all’immagine della P.A. tra giurisprudenza e legislazione*, in *Federalismi*, it, 2014, 1 ss., 30, nt. 72.

la sentenza n. 355 del 2010¹⁴, aveva dichiarato in parte inammissibili e in parte infondate diverse questioni di legittimità costituzionale su di essa sollevate da numerose Sezioni giurisdizionali della Corte dei conti.

Tale pronuncia apparve sin da subito di estremo rilievo perché nella sua parte motiva offriva alcune coordinate formali e sostanziali inerenti all'ambito di applicazione e ai presupposti della responsabilità *de qua* e del relativo giudizio, alcune delle quali tuttora in grado di orientare l'interprete nella complessa vicenda.

Innanzitutto, e per ciò che in questa sede più rileva, la Corte costituzionale aveva avuto modo di affermare che *non è non manifestamente irragionevole*¹⁵ la scelta del legislatore di escludere l'azione risarcitoria per danno pubblico all'immagine per condotte non costituenti reato, anche se di particolare gravità, ovvero costituenti un reato diverso da quelli espressamente contemplati dalla disposizione impugnata, in virtù del testuale richiamo all'art. 7 della legge n. 97 del 2001. Rifacendosi, difatti, al proprio precedente del 1998¹⁶, aveva ricordato che spetta al legislatore stabilire, «nella combinazione di elementi restitutori e di deterrenza», quanto «del rischio dell'attività debba restare a carico dell'apparato e quanto a carico del dipendente, nella ricerca di un punto di equilibrio tale da rendere, per dipendenti ed amministratori pubblici, la prospettiva della responsabilità ragione di stimolo, e non di disincentivo»¹⁷.

Il lodo Bernardo, tra l'altro, non era da intendersi come una limitazione della giurisdizione contabile a favore di altra giurisdizione. Secondo la

¹⁴ Commentata da V. RAPELLI, *Il danno all'immagine della pubblica amministrazione innanzi alla Corte costituzionale: confini e prospettive*, in *Giur. cost.*, 2011, 1909 ss.

¹⁵ Corte cost., sent. n. 355 del 2010, *Considerato in diritto*, § 9.

¹⁶ Corte cost., sent. 371 del 1998, commentata da E. CASETTA, *Colpa del dipendente pubblico ... o colpa del legislatore?*, in *Giur. cost.*, 1998, 3257 ss., cui poi fece seguito, con contenuti analoghi, la sentenza n. 453 del 1998. La questione traeva spunto dalle doglianze di diverse sezioni giurisdizionali della Corte dei conti in merito al contenuto del d.l. 23 ottobre 1996, n. 453, convertito con modifiche dalla legge 20 dicembre 1996, n. 639, che ha modificato la legge 14 gennaio 1994, n. 20, con il quale il legislatore aveva, tra le altre cose, limitato la responsabilità erariale dei soggetti sottoposti alla giurisdizione della Corte dei conti ai soli fatti od omissioni commessi con dolo o colpa grave (art. 3).

¹⁷ Corte cost., sent. n. 355 del 2010, *Considerato in diritto*, § 9. Ritorna su tale specifica questione la recente sent. n. 132 del 2024 della Corte costituzionale (commentata da F. CINTIOLI, *La sentenza della Corte costituzionale n. 132 del 2024: dalla responsabilità amministrativa per colpa grave al risultato amministrativo*, in *Federalismi.it*, 2024, n. 19, 122 ss., e S. NARDONE, *Il sistema sanzionatorio giuscontabile pubblico e la tutela avanzata di valori costituzionali*, in *Riv. Corte conti*, 2025, n. 5, 97 ss.) che rigetta (perché non ammissibili o non fondate) le questioni

Corte, la scelta di modulare «oggettivamente i casi in cui è possibile, sul piano sostanziale e processuale, chiedere il risarcimento del danno in presenza della lesione dell'immagine dell'amministrazione imputabile a un dipendente di questa» non poteva considerarsi equivalente ad attribuire al giudice ordinario alcuna diversa e più ampia competenza, sì che la norma non poteva che essere «univocamente» interpretata nel senso che, «al di fuori delle ipotesi tassativamente

di legittimità costituzionale sollevate dalla Corte dei conti, Sez. giur. Regione Campania, dell'art. 21, co. 2, del decreto-legge 16 luglio 2020, n. 76 (*«Misure urgenti per la semplificazione e l'innovazione digitale»*), convertito, con modificazioni, nella legge 11 settembre 2020, n. 120, ai sensi del quale «*[l]imitatamente ai fatti commessi dalla data di entrata in vigore del presente decreto e fino al 30 giugno 2024, la responsabilità dei soggetti sottoposti alla giurisdizione della Corte dei conti in materia di contabilità pubblica per l'azione di responsabilità di cui all'articolo 1 della legge 14 gennaio 1994, n. 20, è limitata ai casi in cui la produzione del danno conseguente alla condotta del soggetto agente è da lui dolosamente voluta. La limitazione di responsabilità prevista dal primo periodo non si applica per i danni cagionati da omissione o inerzia del soggetto agente*». In siffatta pronuncia la Consulta non solo si limita a fare salva la disciplina impugnata perché, in estrema sintesi, transitoria e connaturata a un contesto emergenziale che ne ha reso ragionevole il suo (pur temporaneo) radicamento; ma, molto di più, svolge riflessioni sul fenomeno della «burocrazia difensiva» e, in particolare, sul rischio che, «*dopo la scadenza del regime provvisorio oggetto della disposizione censurata, sarebbe destinato a risandersi la percezione da parte dell'agente pubblico di un eccesso di deterrenza [che] tornerebbe a rallentare l'azione amministrativa*» (§ 11 del *Considerato in diritto*). In tale prospettiva il Giudice delle leggi «sollecita» il legislatore ad «*attingere al complesso di proposte illustrate nelle numerose analisi scientifiche della materia, anche modulandole congiuntamente e considerando profili diversi da quello dell'elemento psicologico, in modo da rendere più equa la ripartizione del rischio di danno, così alleviando la fatica dell'amministrare senza sminuire la funzione deterrente della responsabilità amministrativa*» (§ 11 del *Considerato in diritto*). Note critiche sugli approdi della Corte costituzionale sono in V. TENORE, Vuolsi così colà dove si puote ciò che si vuole, e più non dimandare: lo «scudo erariale» è legittimo perché temporaneo e teso ad alleviare «la fatica dell'amministrare», che rende legittimo anche l'adottando progetto di legge Foti C1621, in *Riv. Corte conti*, 2024, n. 4, 195 ss., e in C. TAGLIALATELA, S.F. REGASTO, *Aspettando Godot ... La Corte seppellisce la responsabilità dei dipendenti pubblici? Brevi considerazioni a margine della sent. Corte cost. 132/2024*, in *Riv. giur. AmbienteDiritto.it*, 2024, fasc. 4. Si sofferma sulla «innovatività della tecnica decisoria utilizzata» dalla Consulta F.S. MARINI, *La sentenza n. 132 del 2024: la Corte costituzionale sperimenta nuove tecniche decisorie*, in *Riv. Corte conti*, 2024, n. 4, 1 ss., secondo il quale «l'elencazione di una serie di misure «consigliate» e, in qualche modo, costituzionalmente vagliate in via preventiva dalla Corte costituzionale, rappresenta, di per sé, un fattore di grande novità nella giurisprudenza costituzionale, tanto più che la maggior parte di questi suggerimenti del giudice costituzionale – ed anche questo è un aspetto che merita di essere segnalato e che non sembra del tutto casuale – sono già oggetto dell'attenzione del Parlamento» (p. 3).

*previste di responsabilità per danni all'immagine dell'ente pubblico di appartenenza, non è configurabile siffatto tipo di tutela risarcitoria*¹⁸.

La Consulta aveva, altresì, precisato che l'autorità pubblica è titolare di un diritto "personale" rappresentato dall'immagine che i consociati hanno delle modalità di azione, correlate alla funzione amministrativa, conforme ai canoni del buon andamento e dell'imparzialità di cui all'art. 97 Cost. E che «tale relazione tendenzialmente esistente tra le regole "interne", improntate al rispetto dei predetti canoni, e la proiezione "esterna" di esse» giustifica il riconoscimento, in capo all'amministrazione, di una tutela risarcitoria non irragionevolmente circoscritta dal legislatore solo a quelle condotte suscettibili di recare un *vulnus* all'immagine dell'amministrazione perché incidenti negativamente sul funzionamento dell'attività amministrativa¹⁹.

Quanto, poi, alla competenza della Corte dei conti a conoscere di tale *vulnus*, il Giudice delle leggi, sulla scorta di un suo precedente del 1987²⁰, aveva ribadito il ruolo determinante dell'*interpositio legislatoris*, precisando che tale giurisdizione non discende automaticamente dall'art. 103, co. 2, Cost.²¹.

¹⁸ Corte cost., sent. n. 355 del 2010, *Considerato in diritto*, § 6. Con il risultato paradossale che, «per tale via, la P.A. rimane l'unica persona giuridica dell'ordinamento a non essere risarcita del danno all'immagine, al di fuori delle ipotesi legislativamente previste» (così V. RAELI, *Il danno all'immagine della P.A. tra giurisprudenza e legislazione*, cit., 34). Diversa, peraltro, è l'opinione di chi sostiene che il «freno» posto dalla Consulta «alle tendenze espansive della Corte dei conti» deve intendersi nel senso che è possibile «adire la giurisdizione ordinaria a fini risarcitori qualora vi sia un danno all'immagine della p.a. al di fuori delle fattispecie nelle quali vi è la giurisdizione contabile» (così A. SOLA, *Considerazioni sul danno erariale: la fattispecie del danno all'immagine a margine dei recenti interventi della Corte costituzionale*, in *Riv. Corte conti*, 2019, n. 5, 77 ss., 89).

¹⁹ Corte cost., sent. n. 355 del 2010, *Considerato in diritto*, § 16.

²⁰ Corte cost., sent. n. 641 del 1987, in cui si precisa come «non sia la Corte dei conti il giudice naturale della tutela degli interessi pubblici e della tutela da danni pubblici» (*Considerato in diritto*, § 2.2).

²¹ Corte cost., sent. n. 355 del 2010, *Considerato in diritto*, § 17, riprendendo quanto già affermato a partire da sent. 20 novembre 1998, n. 371, annotata da P. MADDALENA, *La limitazione della responsabilità amministrativa ai soli casi di dolo o colpa grave dopo la sentenza della Corte Costituzionale n. 371*, *Riv. amm. Rep. It.*, 1998, fasc. 10/11, 954 ss. È il caso, però, di ricordare che diverso era stato l'orientamento delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, sent. n. 22059 del 22 ottobre 2007 (in *Fòro it.*, 2008, n. 1, c. 115), nella misura in cui avevano ribadito quanto da esse già affermato in passato, e cioè che la giurisdizione contabile ha poteri di cognizione di carattere generale in relazione alla responsabilità amministrativa.

Nella parte motiva non è stata, invece, approfondita *funditus* la questione della legittimità costituzionale del presupposto imprescindibile per l'esercizio dell'azione di risarcimento per tale tipologia di danno, e cioè l'esistenza di una sentenza irrevocabile di condanna (c.d. *pregiudizialità penale*), anche perché non propriamente “centrale” nelle ordinanze di rinvio dei giudici *a quibus*.

Di lì a poco, il “persuasivo” intervento della Corte costituzionale aveva trovato riscontro anche nella giurisprudenza delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione che, a fronte del mancato accertamento da parte del giudice contabile di uno dei due presupposti cui legare la responsabilità amministrativa – e cioè uno dei delitti tassativamente indicati dalla legge – avevano imputato a quest'ultimo «un eccesso di potere esterno» nella misura in cui ciò gli consentiva di pronunciare una condanna vietata dalla legge, accordando una tutela non consentita di posizioni dello Stato non giustiziabili²².

2.2. *Resistenze interpretative, ulteriori tendenze espansive della giurisprudenza contabile e le ordinanze nn. 219, 220, 221 e 286 del 2011 della Corte costituzionale*

Le Sezioni regionali della Corte dei conti si sono, in gran parte, uniformate all'interpretazione della Consulta²³ e alle successive pronunce

²² Sul punto v. F. NUGNES, *Il ruolo del Pubblico ministero contabile e la garanzia del diritto di difesa nel procedimento preliminare al giudizio di responsabilità*, in *Federalismi.it*, 2019, n. 15, 21, e ivi richiami alla giurisprudenza nomofilattica, civile e penale, di contesto.

²³ Invero, le conclusioni del Giudice delle leggi erano state fatte proprie, con fondamentali pronunce, anche dalle Sezioni Riunite della Corte dei conti. Il riferimento è alla sentenza 3 agosto 2011, n. 13, in *Riv. Corte conti*, 2011, fasc. 5-6, 182 ss., secondo cui l'assenza di una sentenza di condanna penale definitiva per i tassativi reati previsti dal c.d. lodo Bernardo rileva sul versante processuale quale difetto di *legitimatio ad causam* del PM erariale. In seguito, anche sent. 19 marzo 2015, n. 8, in *Riv. Corte conti*, 2015, fasc. 3-4, 264 ss., secondo cui «è indubbio che vengano continuamente in evidenza fattispecie odiose di reati, specie contro la persona, che reclamerebbero una rimeditazione in termini di discredito che ne discende per la pubblica amministrazione; ma tale valutazione non può che competere al legislatore, né il giudice può intaccare tale sfera di attribuzione, che la Costituzione riconosce al Parlamento, a meno di non voler scivolare, come si è accennato all'inizio del percorso motivazionale testé sviluppato, verso una sorta di interpretazione “creativa” non ancorata a significativi dati normativi e non ammessa in presenza di un dettato normativo di per sé esaustivamente chiaro e comunque corroborato dalle statuizioni della Corte costituzionale e da conducenti affermazioni della Corte regolatrice» (p. 270).

della Corte regolatrice. Non sono mancate, però, perplessità da parte di alcuni commentatori sulla soluzione (pur così autorevolmente) accolta²⁴.

Sul piano sostanziale, si è ritenuta particolarmente incongrua «la mancata lesione dell'immagine in ipotesi da tutti ritenute ben più gravi, anche in relazione alla pena prevista in sede penale, di quelle contenute nella indicata categoria di reati contemplati nel capo I del titolo II del libro II del codice penale»²⁵. Sul piano processuale, invece, si è speculato sulla circostanza che le decisioni interpretative di rigetto della Corte costituzionale, alla cui tipologia è ascrivibile la sentenza n. 355 del 2010, non avrebbero efficacia *erga omnes*²⁶.

²⁴ La definisce «discutibile» M. MATASSA, *Alcune considerazioni sul danno all'immagine della Pubblica Amministrazione*, cit., 743.

²⁵ A. VETRO, *La sentenza della Corte costituzionale 1° dicembre 2010 n. 355 sul danno all'immagine delle pubbliche amministrazioni. Problematica sulla vincolatività dell'interpretazione della normativa esaminata dalla Consulta*, in <http://www.contabilita-pubblica.it/Archivio11/Dottrina/CCDI.pdf>, 24 febbraio 2011, 5. Al riguardo, è stato indicato il caso dell'omicidio o delle lesioni gravissime dolosamente addebitabili a medici di strutture ospedaliere pubbliche nei confronti dei ricoverati. Il riferimento è alla nota vicenda relativa alla c.d. «clinica degli orrori», che ha formato oggetto di esame della Sez. giur. Regione Lombardia nella sentenza 20 ottobre 2009, n. 641 (in *Rass. giur. sanità*, 2011, n. 321-322, 82). In questo caso, di gravità eccezionale, la Sezione aveva condannato i medici della Clinica S. Rita per fatti delittuosi perpetrati ai danni di pazienti presso il Reparto di chirurgia toracica al risarcimento del danno all'immagine della P.A.; medici da ritenere, invece, esenti da tale responsabilità, accogliendosi l'interpretazione della Corte costituzionale, in quanto i fatti delittuosi non rientravano fra i casi previsti nel capo I del titolo II del libro II del codice penale. Critici nei confronti del c.d. lodo Bernardo anche, tra gli altri, A. CIARAMELLA, *Prime considerazioni sulle modifiche al regime della responsabilità amministrativa di cui all'art. 17, comma da 30-bis a 30-quinquies, del D.L. n. 78/09, convertito nella L. n. 102 del 2009*, in *Riv. Corte conti*, 2009, n. 3, 250 ss.; M. PERIN, *Lodo Bernardo, decreto correttivo ancora molto limitativo delle indagini e la quasi abolizione della lesione all'immagine pubblica*, in *Lexitalia.it*, 2009, n. 7-8; I. CACCIAVILLANI, *La legittimazione dell'azione risarcitoria per danno all'immagine nel "Lodo Bernardo"*, in *Lexitalia.it*, n. 3, 2010; F. PAVONI, *Prime considerazioni sul Lodo Bernardo ed, in particolare, sulla sua incidenza in tema di risarcibilità del danno all'immagine della P.A.*, in *Resp. civ. e prev.*, 2010, 168 ss.

²⁶ In tal senso S. FOÀ, *Nuove tipologie e classificazioni del danno erariale alla luce della giurisprudenza contabile*, in M. ANDREIS, R. MORZENTI PELLEGRINI (a cura di), *Cattiva amministrazione e responsabilità amministrativa*, Torino, 2016, 25 ss., 30. Cfr. A. VETRO, *Sentenza della Corte costituzionale 1° dicembre 2010 n. 355*, cit., 3-5, che, in proposito, attribuisce particolare risalto al principio di diritto enunziato dalla Cassazione, Sezioni Unite, sent. n. 31 marzo 2004, n. 23016 (in *Corr. giur.*, 2004, 1009 ss.), secondo cui «le decisioni interpretative di rigetto della Corte costituzionale non hanno efficacia *erga omnes*, a

Sulla scorta di simili argomentazioni, le Sezioni regionali e centrali della Corte dei conti, che non hanno ritenuto di dare seguito alle pronunce ora menzionate, hanno intrapreso due strade diverse.

Alcune hanno investito nuovamente la Corte costituzionale della questione con argomentazioni, però, in gran parte assimilabili a quelle su cui essa si era già pronunciata nel 2010, provocando così numerose pronunce di manifesta infondatezza che ribadivano la non irragionevolezza della scelta del legislatore²⁷.

Altre, invece, hanno disatteso l'interpretazione restrittiva, pervenendo a conclusioni diametralmente opposte, ancorché qualificate come costituzionalmente orientate.

Così, la Sezione III di Appello, nella sentenza n. 286 del 2012²⁸, ha ritenuto che «un'interpretazione costituzionalmente orientata della legge 97/2001, art. 7, consente l'affermazione che l'azione risarcitoria di cui alla norma è consentita ogni qualvolta sia stato commesso un delitto contro la pubblica amministrazione». Ciò

differenza di quelle dichiarative dell'illegittimità costituzionale di norme, e pertanto determinano solo un vincolo negativo per il giudice del procedimento in cui è stata sollevata la relativa questione. In tutti gli altri casi il giudice conserva il potere-dovere di interpretare in piena autonomia le disposizioni di legge a norma dell'art. 101, comma II, Cost., purché ne dia una lettura costituzionalmente orientata, ancorché differente da quella indicata nella decisione interpretativa di rigetto». Tale decisione, tra l'altro, costituisce l'apice dialettico della contrapposizione tra la Corte della nomofilachia e la Corte costituzionale in ordine al seguito delle pronunce costituzionali interpretative di rigetto e, in particolare, ai vincoli derivanti per tutti gli altri giudici da tale tipologia di pronunce. Sulla vicenda c.d. "Pezzella" e le questioni ad essa collegate che ne scaturirono v., *ex multis*, A. PUGIOTTO, *Le metamorfosi delle sentenze interpretative di rigetto*, in *Corr. giur.*, 2005, 985 ss.; A. D'ALOIA, P. TORRETTA, *Sentenze interpretative di rigetto, "seguito" giudiziario, certezza e stabilità del diritto "conforme a Costituzione"*, in R. BIN, G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, A. VERONESI (a cura di), *"Effettività" e "seguito" delle tecniche decisorie della Corte costituzionale*, Napoli, 2006, 25 ss.; R. ROMBOLI, *Qualcosa di nuovo ... anzi, d'antico: la contesa sull'interpretazione conforme della legge*, in *www.associazionedeicostituzionalisti.it*, Archivio, 6 giugno 2007.

²⁷ Cfr. Corte cost., ord. n. 219 del 2011, questione promossa da Corte dei conti, Sez. giur. Regione Piemonte; ord. n. 220 del 2011, questione promossa da Corte dei conti, Sez. giur. Regione Puglia; ord. n. 221 del 2011, questione promossa da Corte dei conti, Sez. giur. Regione Piemonte; ord. n. 286 del 2011, questione promossa da Corte dei conti, Sez. giur. Regione Toscana. Tutte sanzionate dalla «manifesta infondatezza» delle questioni proposte; al riguardo, v. A. CARDONE, *Ancora sulla dichiarazione di manifesta inammissibilità per difetto di interpretazione adeguatrice a quo*, in *Giur. cost.*, 2005, 35 ss.

²⁸ Corte conti, Sez. III giur. centr. app., sent. 13 aprile 2012, n. 286, in *www.respamm.it*, poi seguita da Corte conti, Sez. I giur. centr. app., sent. 14 dicembre 2012, n. 809, *Diritto*, § 4, in *www.contabilità-pubblica.it*.

in quanto – qui collidendo “frontalmente” con le argomentazioni della Consulta (e con la lettera della legge) – «sarebbe illogico e non conforme a Costituzione che il legislatore abbia inteso limitare la risarcibilità del danno all'immagine alle sole ipotesi di delitti contro la pubblica amministrazione di cui al titolo I capo II del codice penale, trascurando altre ipotesi di delitti contro la pubblica amministrazione non meno gravi e anzi puniti con pene anche più pesanti di quelle previste per alcuni reati di cui al titolo I capo II del libro II c.p.».

In senso difforme dalla richiamata pronuncia del Giudice costituzionale si era orientata anche la Sezione giurisdizionale della Toscana che, in diverse pronunce, e ad esempio nella sentenza n. 332 del 2012²⁹, aveva sostenuto che «pur prendendo atto della sentenza della Corte cost. n. 355/2010, il collegio è dell'avviso che la stessa vincoli solo il giudice a quo, poiché non si tratta di pronuncia che ha statuito l'illegittimità costituzionale delle norme esaminate, essendosi limitata la Consulta a dichiarare l'inammissibilità ovvero l'infondatezza della questione prospettata dalle diverse sezioni giurisdizionali remittenti». Di qui, dunque, il significativo scostamento dall'esegesi della Corte costituzionale, interpretando l'art. 17, co. 30-ter «nel senso che non esclude la tutela del danno all'immagine della p.a. derivante da reato comune»³⁰.

Tale opzione interpretativa sembrava aver trovato conforto, per così dire, postumo nell'art. 1, co. 62, della l. 6 novembre 2012, n. 190 (c.d. legge anti-corruzione o Severino), il quale inseriva il co. 1-sexies nell'art. 1 della l. n. 20 del 1994; disposizione che per alcuni aveva implicitamente abrogato la precedente disciplina. In controtendenza rispetto all'atteggiamento restrittivo del *lodo Bernardo*, con contestuale significativo ampliamento del

²⁹ Corte conti, Sez. giur. Regione Toscana, sent. 21 giugno 2012, n. 332, in *Rivista Corte conti*, 2012, n. 3-4, 393 ss., 393. In *terminis*, Id., sentenze 18 maggio 2011, n. 90; 2 agosto 2011, n. 277, in *www.corteconti.it*, 11 luglio 2012, n. 349, in *www.respamm.it* e 31 maggio 2013, n. 196.

³⁰ Nel commentare le sentenze n. 286 del 2012 della Sezione III cent. app. e n. 321 del 2012 della Sez. giur. Regione Toscana, A. VETRO, *L'evoluzione giurisprudenziale sul danno all'immagine della pubblica amministrazione*, in *www.contabilita-pubblica.it*, 7 luglio 2013, 3, pur sottolineando «la notevole portata innovativa nella citata sentenza della Sezione III d'appello che ha posto fine ad una assurda limitazione del danno all'immagine, peraltro basata su erronee premesse logico-giuridiche, a seconda che un delitto contro la p.a. fosse inserito o meno in un particolare capo, titolo e libro del c.p., indipendentemente dalla sua gravità, dall'allarme sociale e soprattutto dagli effetti sul decoro e la credibilità delle pubbliche istituzioni», ritiene, peraltro, preferibile la conclusione cui è pervenuta la Sezione Toscana secondo cui l'innovazione normativa in esame “non esclude la tutela del danno all'immagine della pubblica amministrazione derivante da reato comune”.

campo di applicazione dell'azione risarcitoria, i presupposti per il risarcimento da danno pubblico all'immagine apparivano essere la «*commissione di un reato*» *tout court*³¹, da accertarsi sì con sentenza penale irrevocabile, non più necessariamente di condanna *stricto iure*, ma anche altri comportamenti, tipizzati, gravemente colposi di alcuni pubblici dipendenti non puniti dalla legge penale³².

Ciononostante, il fatto che le disposizioni precedentemente sottoposte al vaglio della Consulta non fossero state espressamente abrogate e la circostanza che l'ambito materiale del co. 62, art. 1, della c.d. legge anti-corruzione non avesse natura sostanziale ma fosse attinente alla sola quantificazione del danno prodotto all'immagine della p.a. – «*pari al doppio della somma di denaro o del valore patrimoniale di altra utilità illecitamente percepita dal dipendente*» – non consentivano di ritenere decisiva la disposizione in questione al fine di sopire la diatriba tra Giudice costituzionale e giudici contabili e avvicinare posizioni tra loro così distanti.

Prova ne è che questi ultimi, oltre a sollevare nuove questioni di legittimità riguardanti l'art. 17, co. 30-ter, del d.l. n. 78 del 2009 e l'art. 7, co. 1, della l. 27 maggio 2001, n. 97, in altri casi, disattesero l'esegesi della sentenza n. 355 del 2010 attribuendo al “nuovo” co. 1-sexies dell'art. 1 della legge n. 20 del 1994 efficacia fondante il risarcimento per danno pubblico all'immagine anche nel caso si fosse al cospetto di condanne passate in giudicato per il compimento di reati comuni³³.

Non mancarono, peraltro, decisioni di giudici contabili conformi all'interpretazione restrittiva adombrata dalla Consulta fra cui, più in

³¹ In questi termini, A. BALDANZA, *La responsabilità per danno all'erario*, in B.G. MATTARELLA, M. PELISSERO (a cura di), *La legge anticorruzione. Prevenzione e repressione della corruzione*, Torino, 2013, 287 ss. Nello stesso senso L. D'ANGELO, *Lesione all'immagine della p.a. e legge anticorruzione: un ampliamento della tutela erariale (anche cautelare)?*, in *www.respamm.it*, 8 febbraio 2013.

³² Così F. CERIONI, *Risarcibile il danno all'immagine in tutti i casi di accertamento con sentenza definitiva della commissione di un reato contro la P.A.*, in *Amministr@tivamente Riv. dir. amm.*, 2014, n. 3-4, 1 ss., 7. Il co. 12 della legge c.d. Severino introduceva, inoltre, una specifica responsabilità anche per illeciti non immediatamente riconducibili ai reati contro la p.a.

³³ Cfr. Corte dei conti, Sez. giur. Lombardia, sent. 14 marzo 2014, n. 47; Corte dei conti, Sez. giur. Emilia Romagna, sent. n. 106 del 15 maggio 2017; Corte dei conti, Sez. giur. Piemonte, sent. n. 56 del 30 giugno 2017 Per ulteriori puntuali riferimenti v. A. SOLA, *Considerazioni sul danno erariale*, cit., 77 ss.

particolare, gli approdi della giurisprudenza nomofilattica della Corte dei conti³⁴.

2.3. *Le novelle legislative del 2016 non attenuano il disallineamento interpretativo: le ordinanze nn. 145 del 2017, 167 e 168 del 2019 ... e la sentenza n. 191 del 2019 della Corte costituzionale*

Era di tutta evidenza l'incertezza in ordine alla condizione dei possibili destinatari dell'azione contabile se condannati per reati che, in qualche modo, avevano prodotto un danno di natura erariale consistente nella lesione del diritto all'identità personale, al buon nome, alla reputazione e alla credibilità della p.a.³⁵; danno «che si verifica a seguito della diffusione mediatica della notizia del fatto illecito di un impiegato o amministratore pubblico che si traduce in un vero e proprio “danno sociale” [n.d.r. il c.d. *clamor fori*]³⁶. A tacere della possibilità di far valere tale responsabilità anche in sede civile o mediante costituzione di parte civile dinanzi al giudice penale.

In questo quadro, decisamente ondivago, sono intervenuti l'art. 51, co. 6 e 7, dell'Allegato 1 del d.lgs. n. 174 del 2016 («Codice di giustizia contabile», d'ora innanzi C.g.c.), l'art. 4, co. 1 e 2, dell'Allegato 3 del C.g.c. e l'art. 12, co. 2, del d.lgs. n. 175 del 2016 («Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica», d'ora innanzi TUSPP).

Quest'ultimo ha dato seguito al criterio direttivo contemplato nell'art. 18, co. 1, lett. c), l. delega c.d. Madia di intervenire, tra l'altro, «*al fine di assi-*

³⁴ Cfr. Corte conti, Sezioni Riunite, sent. 19 marzo 2015, n. 8, reperibile in *De Jure – Banche dati editoriali GFL*, 2015. Preceduta da una nutrita serie di pronunce di molte Sezioni regionali della Corte dei conti (per un ampio elenco si rinvia a F. CERIONI, *Risarcibile il danno all'immagine in tutti i casi di accertamento con sentenza definitiva della commissione di un reato contro la P.A.*, cit., 5, nt. 10).

³⁵ Per dirla con le parole della Corte costituzionale, al danno «*recato alla rappresentazione che [la pubblica amministrazione] ha di sé in conformità al modello delineato dall'art. 97 Cost.*» (sent. 355 del 2010, *Considerato in diritto*, § 13).

³⁶ Così F. CERIONI, *Trasparenza nelle società controllate, funzionalizzazione pubblica e responsabilità erariali*, in F. FIMMANÒ, A. CATRICALÀ (a cura di), *Le società pubbliche*, Tomo Due, Napoli, 2017, 949 ss., 955. «Si può dunque affermare che il danno all'immagine si concretizza nel momento in cui vengono portati a conoscenza del pubblico comportamenti pregiudizievoli per il prestigio dell'Amministrazione tenuti da soggetto in rapporto di servizio con la stessa» (così A. TRAVERSI, *Le nuove frontiere del danno all'immagine della Pubblica Amministrazione*, in *Riv. Guardia di finanza*, 2018, n. 3, 687 ss., 692).

curare la tutela degli interessi pubblici, la corretta gestione delle risorse e la salvaguardia dell'immagine del socio pubblico, dei requisiti e della garanzia di onorabilità dei candidati e dei componenti degli organi di amministrazione e controllo delle società, anche al fine di garantirne l'autonomia rispetto agli enti proprietari». Nel dare la definizione di danno erariale, laddove ha previsto che esso possa consistere anche nel «*danno non patrimoniale subito dagli enti interessati*», ha, dunque, confermato che possano risponderne i componenti di organi sociali e di controllo e i dipendenti di società a partecipazione pubblica e che la competenza a conoscerne sia della giustizia contabile, costituendo un'ipotesi in cui il danno diretto al patrimonio della società coincide anche con un danno diretto al patrimonio del socio pubblico³⁷.

L'art. 51, co. 7, dell'Allegato 1 del C.g.c., dal canto suo, ha disposto che «*la sentenza irrevocabile di condanna pronunciata nei confronti dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni di cui all'art. 1, co. 2, del d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165 e degli organismi e degli enti da esse controllati, per i delitti commessi a danno delle stesse, è comunicata al competente procuratore regionale della Corte dei conti affinché promuova l'eventuale procedimento di responsabilità per danno erariale nei confronti del condannato*». Contestualmente, l'art. 4, co. 1, dell'Allegato 3 del C.g.c. ha espressamente abrogato sia il primo periodo dell'art. 17, co. 30-ter, del d.l. n. 78 del 2009 (v. *lett. g*), sia l'art. 7 della l. 27 maggio 2001, n. 97 (v. *lett. b*). Non è, invece, stato abrogato il secondo periodo dell'art. 17, co. 30-ter suddetto che, come già anticipato, prevede che le procure della Corte dei conti possano esercitare l'azione per il risarcimento del danno all'immagine della p.a. «*nei soli casi e modi*» previsti dall'(abrogato) art. 7 della legge 27 marzo 2001, n. 97, e soltanto quando sia intervenuta una sentenza irrevocabile di condanna del pubblico dipendente o assimilato.

Indisputato l'an del danno all'immagine quale danno erariale risarcibile, nessuna delle disposizioni citate ha, però, risolto in termini espliciti – come pure sarebbe stato legittimo attendersi – la questione dell'ambito materiale entro cui definirlo come erariale e, dunque, anche quella dell'ampiezza dell'ambito di azione della giurisdizione contabile³⁸.

Il co. 7 dell'art. 51 dell'Allegato 1 del C.g.c., nella parte in cui individua

³⁷ Così confermando l'assunto cui erano giunte le Sezioni Unite della Corte di Cassazione nel citato *leading case* del 2009 (v. *supra* nt. 3). Cfr. F. CAPALBO, *Società partecipate e responsabilità: criteri di riparto della giurisdizione e fattispecie di danno erariale*, cit., 9.

³⁸ Cfr. A. VETRO, *Problematiche relative al danno all'immagine della pubblica amministrazione, perseguibile innanzi alla Corte dei conti, dopo l'entrata in vigore del c.d. codice di giustizia contabile*, in *Amm. cont. Stato enti pubbl.*, 6 gennaio 2018.

«i delitti commessi a danno» delle pp.aa., è parso il riferimento più accreditato a cui guardare per ricostruire in combinato disposto la parte (“monca”³⁹) rimasta in vigore dell’art. 17, co. 30-ter, del d.l. n. 78 del 2009. A supporto di questa lettura⁴⁰ viene richiamato il co. 2 dell’art. 4 dell’Allegato 3 a tenore del quale: «*Quando disposizioni vigenti richiamano disposizioni abrogate dal comma 1, il riferimento agli istituti previsti da queste ultime si intende operato ai corrispondenti istituti disciplinati nel presente codice*».

Tale disposizione, in realtà, è suscettibile di prestarsi a interpretazioni difformi, utili tanto a chi ritiene che, riproducendo nella sostanza il contenuto dell’abrogato art. 7 della l. 27 maggio 2001, n. 97, si riferisca esclusivamente ai delitti contro la p.a. previsti dagli artt. 314-335 c.p.⁴¹, tanto a chi, invece, vi rinviene riferimenti atti a scardinare la tassatività dei delitti al cui compimento riconnettere la responsabilità *de qua*.⁴²

In tale contesto si è collocata l’ordinanza n. 145 del 2017 con la quale

³⁹ Di «moncherino» parla F.G. SCOCA, *Sul danno all'immagine della pubblica amministrazione*, in *Giur. cost.*, 2019, fasc. 4, 2177 ss., 2178.

⁴⁰ In definitiva, come meglio si dirà oltre, questa si può ritenere la tesi oggi prevalsa nella magistratura contabile (cfr. sentenza n. 3 del 2026 delle Sezioni Riunite della Corte dei conti, *Diritto*, §§ 6.1 e 6.2).

⁴¹ Cfr. G. BOTTINO, *Responsabilità amministrativa per danno all'erario*, in *Enc. dir.*, vol. X, Milano, 2017, 756 ss., 788. V., ad esempio, l’interpretazione offerta dalla difesa erariale in occasione di giudizi di legittimità costituzionale promossi da giudici contabili secondo cui «l’art. 51 cod. giust. contabile non si riferisce in via generale al danno all’immagine, cui è specificamente dedicato il solo comma 6, peraltro irrilevante nell’ottica del giudizio di legittimità, ma attiene all’individuazione degli obblighi di trasmissione di sentenze irrevocabili per l’eventuale promovimento di azione di ogni danno patito dall’erario. Il richiamo alla sentenza irrevocabile contenuto nel comma 7 sarebbe pertanto riconducibile all’acquisizione della notizia di danno, e non alle condizioni per la promovibilità dell’azione di risarcimento del danno all’immagine» (Corte costituzionale, sent. n. 191 del 2019, *Ritenuto in fatto*, § 6).

⁴² Cfr., in questo senso, ad es., Corte conti, Sez. giur. regione Lombardia, sentt. 9 novembre 2016, n. 2015; 1° dicembre 2016, n. 201; 15 marzo 2017, n. 33; 12 luglio 2017, n. 113; Corte conti, Sez. app. giur. regione Sicilia, sentt. 28 novembre 2016, n. 183 e 13 dicembre 2016, n. 200; Corte dei conti, Sez. giur. regione Friuli Venezia-Giulia, sent. n. 22 del 2017; Corte conti, Sez. giur. regione Piemonte, sent. n. 14 del 2018; Corte conti, Sez. giur. regione Emilia-Romagna, sent. n. 7 del 2018, e ivi altri analoghi precedenti. Sul punto v. L. D’ANGELO, *Codice della giustizia contabile e danno all'immagine della p.a.: un apprezzabile ampliamento di tutela*, in *Giust.Amm.it*, n. 12, 2016; E. PLACANICA, *Il “nuovo” danno all'immagine della pubblica amministrazione: “corsi e ricorsi storici”*, in *Diritto.it*, 31 gennaio 2019; C.E. MARRÈ BRUNENGHI, *Il danno all'immagine della pubblica amministrazione*, cit., spec. 223 ss.; M. MATASSA, *Alcune considerazioni sul danno all'immagine della Pubblica Amministrazione*, cit., spec. 744 s.

la Consulta ha restituito gli atti al giudice *a quo* (Corte dei conti, Sez. giur. Regione Liguria) per l'essere intervenute le novità legislative di cui s'è detto, sottolineando come queste ultime avessero determinato «una profonda trasformazione del quadro normativo di riferimento (...) realizzata con modalità tali da influire sul contenuto e sulla prospettiva delle censure e che, quindi, ne rendono ineludibile il riesame da parte del rimettente».

Se tale affermazione – con enfasi sull'espressione «profonda trasformazione» – poteva indurre a ipotizzare che la Corte costituzionale non si fosse limitata a una clausola di stile (di riesame per il giudice rimettente) ma che avesse, seppur solo quale *obiter dictum*, interpretato le novità normative come preludio a radicali mutamenti esegetici, le decisioni successive – cioè le ordinanze nn. 167 e 168 del 2019 – che dell'ordinanza n. 145 del 2017 sono il seguito, non hanno confermato tale auspicio⁴³, ribadendo pedissequamente quanto già sancito nella sentenza n. 355 del 2010.

A ben vedere, però, la Consulta è apparsa “costretta” al *revirement* dalla circostanza che «il giudizio principale, introdotto prima dell'entrata in vigore del decreto legislativo 26 agosto 2016, n. 174, non risente delle modifiche introdotte da quest'ultimo alla disciplina del risarcimento del danno all'immagine della pubblica amministrazione» e che, quindi, le questioni non potevano che valutarsi alla stregua della disciplina previgente⁴⁴, concludendo, in sostanza, con le ennesime pronunce di «manifesta infondatezza» per difetto di interpretazione adeguatrice del giudice rimettente.

I frequenti e puntuali richiami al proprio precedente del 2010 (anche lì dove non strettamente funzionali all'*iter* logico sotteso alla tipologia di pronuncia poi assunta) restituiscono, però, la sensazione che la Consulta possa non aver voluto cogliere l'opportunità per modificare il proprio orientamento, facendo intendere di voler continuare sulla strada interpretativa già da un decennio intrapresa⁴⁵.

⁴³ Cfr. A. IADECOLA, *La Corte costituzionale e il danno all'immagine dell'amministrazione prima e dopo il codice di giustizia contabile*, cit., 258 ss.

⁴⁴ Cfr. il Considerato delle ordinanze nn. 167 e 168 del 2019.

⁴⁵ In tal senso anche le conclusioni di A. SOLA, *Considerazioni sul danno erariale*, cit., 89, il quale sottolinea che «qualora dovesse prevalere l'interpretazione della norma che estende l'applicabilità della fattispecie, scollegata dai delitti di cui agli artt. 314-335 c.p., verrebbe meno la tipicità della fattispecie, peraltro già fortemente messa in discussione. In generale, infatti, l'estensione dell'area di responsabilità erariale dei dipendenti pubblici, è suscettibile di incrementare il c.d. rischio amministrativo, a discapito dell'efficacia ed effettività dell'azione amministrativa che la stessa Corte costituzionale ha riconosciuto

2.3.1. ... e la sentenza n. 191 del 2019 della Corte costituzionale

La stessa impressione ha lasciato anche la successiva sentenza n. 191 del 2019.

Essa era attesa come occasione propizia per avere maggiori “lumi” sulla complessa e irrisolta problematica. Tale opportunità era stata offerta da un nuovo rinvio dello stesso giudice contabile ligure che – oltre a lamentare in punto di non manifesta infondatezza dubbi di costituzionalità in definitiva analoghi a quelli che altri giudici contabili *a quibus* (se stesso incluso) avevano, nel corso del tempo, sollevato con argomentazioni simili – in punto di rilevanza aveva considerato di dover applicare in combinato disposto con l'art. 17, co. 30-ter, secondo periodo, proprio il co. 7 dell'art. 51 dell'Allegato 1 C.g.c. dal momento che la vicenda giunta al suo cospetto era successiva all'entrata in vigore di quest'ultimo⁴⁶. Ed era arrivato alla conclusione – in ciò palesando un approccio, per vero, tutt'altro che dubitativo – che tale combinato disposto andasse interpretato nel senso che l'azione di risarcimento potesse essere avviata per *qualsivoglia delitto* produttivo di un danno all'immagine della p.a. Dubbi di legittimità erano stati, inoltre, sollevati sulla diversa, ma connessa, questione della imprescindibile necessità di una sentenza penale di condanna passata in giudicato per l'attivazione dell'azione del procuratore contabile finalizzata al ristoro del danno d'immagine subito dalla p.a.⁴⁷.

La Consulta, dopo aver ripercorso l'evoluzione del quadro normativo di riferimento, ha dichiarato inammissibili le questioni sollevate *«per inadeguata rappresentazione del quadro normativo entro il quale la disposizione impugnata è ricompresa»*.

In estrema sintesi, il Giudice costituzionale, rilevata la vigenza di una

quali principi ispiratori della specialità della disciplina della responsabilità per danno all'immagine».

⁴⁶ Sulla vicenda v. E. LABBRO FRANCA, *Responsabilità del pubblico ufficiale per danno all'immagine della p.a.: un'occasione persa per la Corte?*, in *Forum di Quaderni costituzionali Rassegna*, 2020, n. 1, 464 ss.

⁴⁷ Nel caso di specie, difettava il requisito della condanna penale irrevocabile, in presenza, invece, di una sentenza dichiarativa della prescrizione del reato: *«Detta sentenza, rileva infatti il rimettente, pur avendo “pienamente accertato la responsabilità dei fatti di reato ascritti al funzionario di Polizia”, non consente l'esperibilità dell'azione da parte della Procura contabile, stante il chiaro tenore della norma impugnata, che richiede una condanna in sede penale come “limite legislativo invalicabile e imprescindibile per l'interprete” e non rivela alcun intento del legislatore di prendere in considerazione un “surrogato normativo”»* (cfr. *Ritenuto in fatto*, §4).

parte dell'art. 17, co. 30-ter, ha “rimproverato” al giudice *a quo* di non aver tenuto conto nella propria attività interpretativa «di numerosi elementi normativi, astrattamente idonei ad incidere su di essa, fino potenzialmente ad inficiarla». Nell'ordine: 1) «avrebbe dovuto prendere in considerazione anche la legge delegante, e in particolare l'ambito operativo della delega conferita al Governo, come tracciato dall'art. 20» della l. delega c.d. Madia al fine di comprendere se da essa potessero trarsi elementi per un'interpretazione estensiva dell'espressione «a danno» della p.a. contenuta nell'art. 51, co. 7, dell'Allegato 1 C.g.c.; 2a) avrebbe dovuto sottoporre a vaglio l'eventualità che la parte abrogata dell'art. 17, co. 30-ter – che prevedeva la risarcibilità del danno all'immagine «nei soli casi e modi» previsti dalla legge – potesse essere ancora produttiva di effetti; 2b) e all'uopo avrebbe, allora, dovuto anche domandarsi se il rinvio all'art. 7 della legge n. 97 del 2001, ora abrogato, fosse fisso o mobile⁴⁸. Tutti profili pretermessi dal giudice rimettente.

Più di ogni altra cosa, però, la Consulta ha osservato che, quand'anche alla disposizione del nuovo C.g.c. si voglia attribuire la *ratio* di espandere l'esercizio dell'azione risarcitoria *de qua*, sarebbe anzitutto indispensabile stabilire «quali fattispecie delittuose consentono al PM contabile l'esercizio dell'azione per il risarcimento del danno all'immagine». In altri termini, qualificare il fatto accertato a carico del convenuto come delitto a danno della p.a. sulla sola base del fatto che lo stesso abbia arrecato «alla reputazione pubblica dell'Amministrazione (...) un grave pregiudizio di immagine», senza offrire a supporto di una simile ricostruzione alcuno spunto ermeneutico, si traduce in un'attività esegetica viziata da un «ragionamento di tipo tautologico»⁴⁹.

È appena il caso di notare che l'espressione «profonda trasformazione» usata dalla Corte costituzionale nell'ordinanza n. 145 del 2017 con riferimento alle intervenute novelle legislative in tema di danno all'immagine nei confronti delle pp.aa. perde (non senza significato, si può arguire), in quest'ultima decisione, l'aggettivo e diventa “mera” «trasformazione», sebbene in un «quadro frastagliato»⁵⁰.

⁴⁸ Cfr. *Considerato in diritto*, rispettivamente §§ 3.2.2, 3.2.3 e 4.1.

⁴⁹ Cfr. *Considerato in diritto*, § 4.2.

⁵⁰ V. *Considerato in diritto*, §§ 3.1.4 e 3.2. Sul seguito giurisprudenziale della pronuncia in questione della Consulta v., nel dettaglio, C.E. MARRÈ BRUNENGHI, *Il danno all'immagine della pubblica amministrazione*, cit.; M. NUNZIATA, *Danno all'immagine e reato prescritto: la giurisprudenza si rassegna alla legge*, in *Riv. Corte conti*, 2019, n. 6, 184 ss.; A. NAPOLI, *Atti interruttivi della prescrizione e presupposti per il risarcimento del danno all'immagine: recenti approdi ermeneutici anche alla luce del codice di giustizia contabile*, *ibidem*, 190 ss.

2.4. *Il co. 3-quater dell'art. 55-quater del d.lgs. n. 165 del 2001, come introdotto dall'art. 1, co. 1, lettera b), del d.lgs. n. 116 del 2016. Le peculiarità della vicenda che conducono alla sentenza n. 61 del 2020 della Consulta. Un dispositivo di accoglimento in continuità con la precedente giurisprudenza costituzionale*

L'applicazione del co. 3-quater, ultimo periodo, dell'art. 55-quater del d.lgs. n. 165 del 2001, come introdotto dall'art. 1, co. 1, lettera b), del d.lgs. n. 116 del 2016, durante un giudizio di responsabilità nei confronti di una dipendente pubblica innanzi alla Sezione giurisdizionale umbra della Corte dei conti, ha costituito l'occasione per una nuova pronuncia della Corte costituzionale in materia.

La disciplina relativa all'obbligatorietà del minimo sanzionatorio – sei mesi dell'ultimo stipendio in godimento (*ex* art. 3-quater, ultimo periodo) – in caso di licenziamento disciplinare per la falsa attestazione della presenza in servizio di cui all'art. 55-quater *de quo*, co. 1, lett. a) e co. 1-bis, introdotto dall'art. 69, co. 1, del d.lgs. n. 150 del 2009, non rileva in questa sede per la supposta irragionevolezza della fissazione di un minimo editale automatico così elevato – anche in casi, come quello esaminato nella specie dal giudice *a quo*, in cui il danno patrimoniale subito dalla p.a. si attesti intorno ai sessanta euro (*sic!*) – così violando i principi di gradualità e proporzionalità della sanzione⁵¹. E neppure per la contrarietà ai criteri direttivi fissati nell'articolo 17, co. 1, lettera s), della legge delega 7 agosto 2015, n. 124, in materia di licenziamento disciplinare, cui la disposizione indubbiata si propone di dare attuazione; vizio che, peraltro, la Consulta accoglie dichiarando fondata la questione di legittimità costituzionale⁵².

In questo contesto tematico la pronuncia della Corte rileva, invece, per alcuni passaggi argomentativi che toccano l'evoluzione del quadro normativo della più generale fattispecie di responsabilità da danno pubblico all'immagine⁵³ e per alcune conseguenze di logica ermeneutica, per

⁵¹ Violando, dunque, non solo l'art. 3 Cost., anche in combinato con gli artt. 23 e 117, primo co., Cost., ma pure l'art. 6 della CEDU e l'art. 4 del Protocollo n. 7. Tali profili non sono, peraltro, esaminati dalla Corte costituzionale in quanto assorbiti dalla pronuncia di accoglimento per violazione di delega legislativa (*ex* art. 76 Cost.) da parte del legislatore delegato.

⁵² Corte costituzionale, sent. n. 61 del 2020, *Considerato in diritto*, § 4.

⁵³ Corte costituzionale, sent. n. 61 del 2020, *Considerato in diritto*, § 3.1.

così dire, che si possono apprezzare alla luce della decisione in concreto assunta.

Nella succinta sintesi dello stato dell'arte delle condizioni di attivazione di un giudizio di responsabilità amministrativa per danno erariale all'immagine della p.a., la Consulta si sofferma su quanto acquisito nei precedenti dieci anni, rimarcando: 1) che il danno suddetto, *ab origine* frutto di elaborazione giurisprudenziale del giudice contabile, è un «*danno derivante dalla lesione del diritto all'immagine della p.a. nel pregiudizio recato alla rappresentazione che essa ha di sé in conformità al modello delineato dall'art. 97 Cost.*»; 2) che «*il legislatore non [ha] inteso prevedere una limitazione della giurisdizione contabile a favore di altra giurisdizione, e segnatamente di quella ordinaria, bensì circoscrivere oggettivamente i casi in cui è possibile, sul piano sostanziale e processuale, chiedere il risarcimento del danno in presenza della lesione dell'immagine dell'amministrazione imputabile a un dipendente di questa*»; 3) che l'esercizio dell'azione per il risarcimento del danno erariale è consentito solo a seguito di sentenza penale definitiva di condanna; 4) e che le intervenute novità legislative (art. 51, co. 7, Allegato 1 d.lgs. n. 174 del 2016 e art. 4, co. 1, lettera g) dell'Allegato 3), tra cui l'abrogazione del suddetto art. 7, non privano *tout court* di effetto il rinvio che ad esso è operato dalla parte residua dell'art. 17, co. 30-ter del d.l. n. 78 del 2009, dovendosi piuttosto stabilire se esso abbia natura fissa o mobile⁵⁴.

Nessun arretramento, dunque, rispetto alla posizione già assunta. E la chiara volontà di ribadirla non tanto perché necessario ai fini del complessivo apparato motivazionale della pronuncia, che si è conclusa con l'accertamento di un eccesso di delega, quanto piuttosto perché la disciplina dell'azionabilità della responsabilità *de qua*, prodotta in conseguenza di indebite assenze dal servizio, «*presenta aspetti peculiari in ragione del venir meno della c.d. pregiudizialità penale*»⁵⁵. Fattispecie che appare in manifesta «controtendenza rispetto alla limitazione delle ipotesi di risarcibilità del danno compiuta dal d.l. n. 78/2009»⁵⁶. Tant'è che avvertita dottrina vi ha rinvenuto ragione ulteriore per sostenere la volontà del legislatore di autonomizzare l'avvio e lo svolgimento del processo da responsabilità amministrativa rispetto agli esiti del giudizio penale⁵⁷.

⁵⁴ Corte costituzionale, sent. n. 61 del 2020, *Considerato in diritto*, § 3.1.

⁵⁵ Corte costituzionale, sent. n. 61 del 2020, *Considerato in diritto*, § 3.2.

⁵⁶ Così M. BINDA, *La Corte costituzionale afferma le illegittimità delle disposizioni sul danno all'immagine causato dal dipendente assenteista*, in *Riv. Corte conti*, 2020, n. 2, 282 ss., 285.

⁵⁷ V. TENORE, *La responsabilità amministrativo-contabile: profili sostanziali*, in ID. (a cura di), *La nuova Corte dei Conti, responsabilità, pensioni, controlli*, Milano, 2022, 322 ss.

Nondimeno, a seguito della pronuncia della Consulta, si è anche posta la questione della caducazione della fattispecie di danno all'immagine per comportamenti fraudolentemente assenteistici.

Tale fattispecie era stata prevista dall'art. 69 del d.lgs. 27 ottobre 2009, n. 150, che aveva aggiunto al d.lgs. n. 165 del 2001, oltre all'art. 54-*quater*, anche l'art. 55-*quinqüies* che tipizzava la condotta assenteistica fraudolenta del dipendente pubblico (co. 1) e prevedeva la risarcibilità del danno d'immagine della p.a. che ne scaturiva (co. 2), configurando, dunque, un'ipotesi di responsabilità amministrativa sganciata da (e ulteriore rispetto a) quelle previste dall'art. 17, co. 30-*ter* del d.l. n. 78 del 2009.

Il d.lgs. 25 maggio 2017, n. 75 ha successivamente modificato il co. 2 dell'art. 55-*quinqüies*, sostituendo la locuzione «*nonché il danno all'immagine subit[o] dall'amministrazione*», ivi originariamente contenuta, con un richiamo al «*nonché il danno all'immagine di cui all'art. 55-*quater*; c. 3-*quater**». Di qui, a seguito della dichiarazione di illegittimità costituzionale ad opera della Consulta dei periodi secondo, terzo e quarto del co. 3-*quater* dell'art. 55-*quater* del d.lgs. n. 165 del 2001, come introdotto dall'art. 1, co. 1, lettera *b*), del d.lgs. n. 116 del 2016, il concreto problema della sopravvivenza anche della disposizione sostanziale⁵⁸.

Di seguito, la sentenza n. 536 del 2022 della Sezione I centrale d'Appello, anche sulla scorta di alcuni precedenti circa la *specialità* della fattispecie *de qua*⁵⁹, ha respinto la tesi degli appellanti affermando che la permanenza della fattispecie continua a essere contemplata dagli artt. 55-*quater* e 55-*quinqüies* del d.lgs. n. 116 del 2016, a testimonianza di «una diversa considerazione del legislatore per l'ipotesi contemplata»⁶⁰.

3. I “nuovi” binari del “confronto” ermeneutico tra Corte costituzionale e Corti erariali

Che le pronunce nn. 355 del 2010 e 191 del 2019 non sarebbero state un punto definitivo del confronto tra corti contabili e Corte costituzionale

⁵⁸ La vicenda è ricostruita nel dettaglio da L. IOCCA, *Il danno all'immagine della pubblica amministrazione da assenteismo fraudolento, tra pronunce di incostituzionalità e sopravvenienze normative*, in *Rin. Corte conti*, 2022, n. 6, 148 ss., spec. 150 s. Sotto questo punto di vista, considera insoddisfacente la pronuncia della Consulta anche M. MATASSA, *Alcune considerazioni sul danno all'immagine della Pubblica Amministrazione*, cit., 748 ss.

⁵⁹ Cfr. L. IOCCA, *op. cit.*, nt. 12.

⁶⁰ Così L. IOCCA, *op. cit.*, 151.

sulla delicata questione qui affrontata era conclusione facilmente prevedibile⁶¹. E, difatti, il seguito non si è fatto attendere, incanalandosi su binari distinti ma tra loro inevitabilmente connessi.

Il primo, pur rimanendo nel solco tracciato dalla Consulta, ha riguardato l'estensione della responsabilità amministrativa da danno all'immagine della p.a. anche a fattispecie di delitti diverse da quelle di cui al capo I del titolo II del libro II c.p. ma con queste in concorso.

Il secondo ha percorso l'impervia strettoia del superamento della pregiudizialità penale, seppur in un modo fisiologicamente dialettico con l'orientamento (e il ruolo) del Giudice costituzionale.

Il terzo, invece, ha "spostato" il confine ermeneutico che quest'ultimo sembrava aver tracciato sui limiti della competenza del giudice contabile nella materia *de qua*, imponendo una riflessione sulla tenuta dell'alto magistero del Giudice costituzionale e del modo in cui esso decide di esercitarlo.

Orientamenti che, non senza qualche difficoltà, come si dirà più avanti, le Sezioni Riunite della Corte dei conti proveranno a ricondurre a sintesi nella recentissima sentenza n. 3 del 2026.

3.1. *La decisione della Corte dei conti, Sezione giur. reg. Lombardia, n. 21 del 2022: responsabilità per danno all'immagine della p.a. nei casi di reato complesso e le basi per un'interpretazione costituzionalmente orientata*

Molti dei nodi fin qui evidenziati sono giunti al pettine nella sentenza della Sezione giurisdizionale lombarda della Corte dei conti n. 21 del 2022⁶². Pur preceduta da pronunce di analogo tenore tra il 2017 e il 2021⁶³ (alcune della stessa Sezione), si ritiene che, prima della già citata decisione delle Sezioni Riunite del 2026, essa abbia costituito la sintesi più ampiamente argomentata dell'orientamento che, a seguito dell'emanazione del

⁶¹ Cfr. F.G. SCOCA, *Sul danno all'immagine della pubblica amministrazione*, cit., 2180.

⁶² Per la puntuale analisi della pronuncia, soprattutto per profili qui non esaminati, v. E. FRATTO ROSI GRIPPAUDO, *Il danno all'immagine della pubblica amministrazione e il "buon uso del rinvio"* (Nota a C. conti, sez. giur. Lombardia, 14 marzo 2022, n. 21), in *Bilancio Comunità Persona*, 2023, n. 1, 141 ss., spec. 143 ss., che condivide la scelta di fondo del giudice lombardo di qualificare come *dinamico* il rinvio *de quo* (v. p. 166).

⁶³ Oltre a quelle già *supra* citate e a quelle elencate nella sentenza in *Diritto*, § 6, 18 s., v. anche Sez. giur. regione Lombardia, n. 33 del 2017, n. 140 del 2020, n. 233 del 2021, n. 282 del 2021.

C.g.c., ha ritenuto superato il limite materiale della competenza del giudice contabile in ambito di danno all'immagine della p.a.

Il procedimento erariale traeva spunto dalla condanna penale definitiva di alcuni soggetti appartenenti alla Guardia di Finanza che, durante l'orario di servizio e nell'esercizio della loro funzione, utilizzando mezzi di servizio e abusando della loro autorità, avevano più volte costretto con violenza alcune prostitute a consumare atti sessuali. Ne era seguita condanna penale definitiva dei militari sia per violenza sessuale di gruppo che, in continuazione, per concussione e peculato d'uso.

La vicenda era divenuta di dominio pubblico ed era assurta agli onori delle cronache mediatico-giornalistiche, producendo un indubbio nocumento per l'amministrazione di appartenenza con conseguente danno d'immagine; *clamor fori* che aveva, però, riguardato essenzialmente la sola condotta violenta e non i reati, contestati in continuazione, di concussione e peculato d'uso. Non a caso, il giudice contabile ha concentrato la parte motiva sulla gravità del comportamento di violenza sessuale di gruppo e sui suoi macroscopici effetti lesivi e, solo in un secondo momento, ha rimandato (anche) al danno prodotto dalle fattispecie delittuose perpetrate dai responsabili nei confronti della p.a. E tanto perché la Sezione si è dovuta confrontare con la non contestabilità erariale del danno *de quo* in caso di reati non annoverabili tra quelli cui fa riferimento il rinvio di cui all'art. 17, co. 30-ter, del d.l. n. 78 del 2009, convertito con modificazioni dalla l. n. 102 del 2009.

L'argomento principale usato dal giudice contabile è stato offerto, a suo avviso, dall'«*illuminante faro della Consulta [che] suggerisce quale possibile, seppur non vincolante, lettura all'esegeta remittente, l'abrogazione dell'art. 7 della legge n. 97 del 2001 (che si riferiva ai soli delitti dei pubblici ufficiali contro la PA) [e] lascia privo di effetto il rinvio ad esso operato da parte dell'art. 17, co. 30-ter, del d.l. n. 78 del 2009: trattandosi, come detto, di rinvio mobile, abrogato l'art. 7, n. 97, il richiamo ad esso operato, e i connessi limiti al novero dei reati suscettibili di danno all'immagine, è venuto meno, con riespansione della giurisdizione contabile a perseguire qualsiasi reato (anche comune, direttamente o indirettamente dannoso) foriero di lesione alla reputazione della p.a.*»⁶⁴.

È, dunque, proprio nelle pieghe delle citate pronunce della Corte costituzionale – che, ad opinione della Sezione lombarda con la senten-

⁶⁴ *Ibidem*, 22.

za n. 355 del 2010 ha solo «graziato»⁶⁵ l'art. 17, co. 30-ter – che sarebbe possibile rinvenire linfa per seguire una linea interpretativa in «consapevole dissenso»⁶⁶ con pronunce di altre Sezioni erariali e della Corte di Cassazione.

Di qui, la netta affermazione secondo cui l'abrogazione dell'art. 7 della legge 27 marzo 2001, n. 97, ha determinato il (conseguente) venir meno della previgente limitazione della responsabilità per danno all'immagine in quanto il rinvio operato dall'art. 17, co. 30-ter, del d.l. n. 78 del 2009, da considerarsi mobile e dinamico, deve riferirsi all'art. 51, co. 7, dell'Allegato 1 C.g.c. A riprova deporrebbe il co. 2 dell'art. 4 dell'Allegato 3 C.g.c. il quale statuisce che «*quando disposizioni vigenti richiamano disposizioni abrogate dal comma 1, il riferimento agli istituti previsti da queste ultime si intende operato ai corrispondenti istituti disciplinati nel presente codice*». E la conclusione che «*non è, dunque, più tassativamente richiesta come condizione dell'azione la perpe-trazione di uno dei delitti dei pubblici ufficiali contro la P.A., di cui al capo I, titolo II, libro secondo c.p., ma la commissione di un mero delitto a danno della stessa, come indicato dall'art. 51, ossia, oltre a quelli specificamente rubricati contro la P.A., tutti gli altri delitti comuni aventi ricadute in suo danno, come nella specie*»⁶⁷.

Definendo la natura del rinvio contenuto nell'art. 17, co. 30-ter, del d.l. n. 78 del 2009, il giudice lombardo ha ritenuto di sanare quelle omissioni che la Consulta aveva stigmatizzato nella sentenza n. 191 del 2019 nei confronti della Sezione giur. ligure della Corte dei conti, dichiarando inammissibili le questioni sollevate «*per inadeguata rappresentazione del quadro normativo entro il quale la disposizione impugnata è ricompresa*».

In realtà, il Giudice costituzionale, in quella occasione, aveva pure rilevato che ogni tentativo interpretativo avrebbe dovuto rendere conto dell'ambito operativo della delega conferita al Governo, come tracciato dall'art. 20, della l. delega c.d. Madia al fine di comprendere se da essa potessero trarsi elementi per una interpretazione estensiva dell'espressione «*a danno*» della p.a. contenuta nell'art. 51, co. 7, dell'Allegato 1 C.g.c. e che (soprattutto) sarebbe stato prima indispensabile stabilire «*quali fattispecie delittuose consentono al PM contabile l'esercizio dell'azione per il risarcimento del danno all'immagine*», sì che qualificare il fatto accertato a carico del convenuto come delitto a danno della p.a. sulla sola base del fatto che lo stesso

⁶⁵ *Ibidem*, 17. Si deve arguire che la Corte erariale intendesse, in modo controintuitivo – e, a dire il vero, indimostrato e indimostrabile – riferirsi alla circostanza che la disposizione impugnata sia “scampata” alla pronuncia di accoglimento.

⁶⁶ *Ibidem*, 17.

⁶⁷ *Ibidem*, 19.

abbia inferto «*alla reputazione pubblica dell'Amministrazione (...) un grave pregiudizio di immagine*», senza offrire a supporto di una simile ricostruzione alcuno spunto ermeneutico, avrebbe reso tautologica ogni attività esegetica⁶⁸.

Per contro, la Corte contabile, nel richiamare la sentenza n. 191 del 2019, si è limitata a sottolinearne la non vincolatività, rimarcando la circostanza che il Giudice costituzionale non avesse affatto ritenuto che la vigente normativa consentisse di perseguire in sede contabile il danno all'immagine solo a fronte di reati contro la p.a.

E a supporto dell'orientamento interpretativo assunto ha anche proceduto ad una lettura costituzionalmente orientata ricorrendo al parametro della ragionevolezza in quanto «*ove si ritenesse la giurisdizione contabile sul danno all'immagine patito dalla p.a. limitata alle sole ipotesi di condotte da reato contro la p.a., ciò porrebbe una irragionevole discrasia, costituzionalmente illegittima, con la piena perseguibilità risarcitoria del danno all'immagine patito dalla p.a. innanzi all'a.g.o., che può invece ben vagliare in sede civile, senza i limiti normativi dell'art. 17, co. 30-ter, del d.l. n. 78 del 2009, qualsiasi forma di lesione reputazionale subita dalla p.a., giungendo a condanna degli autori*»⁶⁹.

Permane, però, qualche dubbio sull'efficacia motiva del richiamo all'interpretazione secondo ragionevolezza. Innanzitutto, e più in generale, la Consulta, pur avendone avuto la possibilità, non ha mai ritenuto irragionevole una limitazione legislativa dei reati per cui attivare, in caso di condanna definitiva, l'azione risarcitoria del danno all'immagine della p.a. Anzi, si è più volte espressa in senso favorevole, come già anticipato, sulla piena (e ragionevole) discrezionalità del legislatore di contemplare tali limitazioni.

Ma, per quanto qui più rilevante, è tutt'altro che univoco che vi sia una «*discrasia*» tra i limiti posti al giudice contabile e quelli posti invece al giudice ordinario in ordine alla piena perseguibilità risarcitoria del danno all'immagine patito dalla p.a. Il Giudice costituzionale ha, difatti, più volte ribadito che «*il legislatore non [ha] inteso prevedere una limitazione della giurisdizione contabile a favore di altra giurisdizione, e segnatamente di quella ordinaria, bensì circoscrivere oggettivamente i casi in cui è possibile, sul piano sostanziale e processuale, chiedere il risarcimento del danno in presenza della lesione dell'immagine dell'amministrazione imputabile a un dipendente di questa*»⁷⁰. Con la conseguenza che il

⁶⁸ V. *supra* nt. 49.

⁶⁹ *Diritto*, § 6, 22.

⁷⁰ Da ultima Corte costituzionale, sent. n. 61 del 2020, *Considerato in diritto*, § 3.

dipendente pubblico non perseguibile per danno pubblico all'immagine dal giudice contabile in caso di assenza dei presupposti di imputabilità, non lo è (*o non dovrebbe esserlo*) neppure dal giudice ordinario⁷¹.

Forse consapevole di qualche "forzatura" esegetica, il giudice erariale ha concluso riconducendo «*in ogni caso*» la fondatezza della sua azione alla circostanza che i convenuti erano stati definitivamente condannati anche per i reati di concussione e peculato d'uso⁷², per quanto questi ultimi non avessero generato un *clamor fori* autonomamente apprezzabile e fossero solo connessi e strumentali al reato di violenza sessuale di gruppo⁷³.

3.2. *La sentenza n. 123 del 2023 della Corte costituzionale: un altro punto fermo ma anche un obiter dictum*

Come si è detto, altri giudici contabili hanno, invece, optato per un approccio fisiologicamente dialettico con l'orientamento (e il ruolo) del Giudice costituzionale.

La Sezione giurisdizionale per la Toscana della Corte dei conti ha, dunque, sollevato una nuova questione di legittimità costituzionale sull'art. 7, co. 1, della legge 27 marzo 2001, n. 97, e, in via consequenziale, sull'art. 51, co. 7, primo periodo, dell'Allegato 1 d.lgs. 26 agosto 2016, n. 174.

Il giudizio *a quo* è stato incardinato su impulso del procuratore regionale della Corte dei conti il quale, benché presupposto legislativo inequivoco per l'avvio di un procedimento di responsabilità amministrativa per danno all'immagine sia una pronuncia penale irrevocabile di condanna, lo ha attivato nonostante il reato di peculato d'uso commesso da un dipendente ANAS⁷⁴, condannato in primo grado, si fosse prescritto e la Corte d'Appello di Firenze lo avesse dichiarato con sentenza⁷⁵.

⁷¹ Peraltro, il problema si pone e sussiste nonostante il *dictum* della Consulta dal momento che alcuni giudici di legittimità non ritengono che alla giurisdizione ordinaria si estendano i limiti invece assunti per la giurisdizione contabile (cfr., più di recente, Cass. Pen., Sez. VI, sent. n. 5534 del 2022).

⁷² *Diritto*, § 6.1, 23 s. Cfr. anche E. FRATTO ROSI GRIPPAUDO, *Il danno all'immagine della pubblica amministrazione*, cit., 148.

⁷³ Orientamento, quest'ultimo, già inaugurato dalla Corte dei conti, Sezione giurisdizionale della Regione Umbria, sent. n. 11 del 04.02.2016, in www.corteconti.it

⁷⁴ Il dipendente ANAS era, peraltro, già stato condannato nel 2016 dalla stessa Sezione giurisdizionale per danno erariale.

⁷⁵ La tematica era già stata posta dal giudice erariale ligure alla Corte costituzionale, ma quest'ultima nella sentenza n. 191 del 2019, per le ragioni *supra* (§ 2.3) ampiamente

La Procura erariale, infatti, riteneva che la sentenza estintiva del reato per prescrizione soddisfacesse il presupposto richiesto dalla legge in quanto avrebbe fatto propria, con carattere definitivo, la condanna del primo grado del giudizio penale, non difettando, dunque, a suo avviso, «*il provvedimento giurisdizionale irrevocabile contenente una statuizione sulla sussistenza del reato e sulla responsabilità dell'imputato*»⁷⁶.

La tesi del procuratore contabile non ha, però, pienamente convinto il giudice *a quo* che non ha rinvenuto spazi interpretativi in suo favore, non solo perché il disposto legislativo è apparso fin troppo chiaro quanto al presupposto processuale per il suo avvio ma anche perché nessun valore di accertamento di responsabilità può essere attribuito ad una sentenza estintiva di un reato *ex art.* 129, co. 1, c.p.p.

I giudici della Sezione Toscana, tuttavia, hanno condiviso le perplessità di fondo in ordine alla asserita tassatività dei presupposti dell'azione *de qua* che il procuratore contabile aveva ipotizzato di colmare in via interpretativa e hanno deciso di praticare la via del giudizio incidentale di legittimità costituzionale indubbiando le disposizioni prima richiamate proprio nella parte in cui escludono la possibilità di agire per il risarcimento del danno all'immagine della p.a. in sede contabile ove il reato contestato al *condannato* sia stato successivamente dichiarato estinto (*rectius*: prescritto) in altro grado di giudizio⁷⁷. E ciò sulla base del presupposto che, indulgiando sull'interpretazione contestata, «*pur a fronte di condotte di pari disvalore tenute da soggetti titolari di pubbliche funzioni, si determinerebbero con-*

descritte, non si era pronunciata sulla questione. In ogni caso, nel seguito giurisprudenziale alla sentenza anzidetta della Consulta, «da Corte territoriale della Liguria con la sentenza n. 110/2020, dopo un ampio *excursus* sulla disciplina dell'azione di risarcimento del danno all'immagine della p.a., e – pur aderendo alla tesi che il rinvio operato dall'art. 17, c. 30-ter, del d.l. n. 78/2009 all'art. 7 della l. n. 97/2001, dovesse avere carattere “mobile” e non “fisso” (e quindi doveva riferirsi all'art. 51, c. 7, del c.g.c.) – affermava che non sussistevano i presupposti per l'esercizio dell'azione di risarcimento per danno all'immagine in presenza di una sentenza penale che dichiarava estinto il reato per prescrizione, non equiparabile ad una sentenza condanna penale irrevocabile, quale presupposto necessario per avviare tale azione» (cfr., nel dettaglio, M.T. D'Urso, *Il danno all'immagine della pubblica amministrazione*, cit., 61 e nt. 31, che cita in senso conforme anche Corte conti, Sez. giur. reg. Liguria, 3 dicembre 2021, n. 208; Sez. giur. reg. Lazio, 10 febbraio 2014, n. 112; Sez. giur. reg. Veneto, 8 maggio 2018, n. 65; Sez. giur. reg. Emilia Romagna, 13 gennaio 2021, n. 165).

⁷⁶ Corte cost., sent. n. 123 del 2023, *Ritenuto in fatto*, § 1.2.

⁷⁷ Ord. n. 109 del 27 maggio 2022, in G.U. n. 41 del 12 ottobre 2022.

sequenze differenti in ragione del mero decorso del tempo afferente a un diverso (ma connesso) procedimento» in violazione degli artt. 3 (interpretato sia quale canone di uguaglianza che di ragionevolezza) e 54 Cost. In ogni caso, «l'estinzione del reato – si rileva nell'ordinanza di remissione – presuppone la lesione del bene protetto dalla norma penale in conseguenza di una condotta che non viene punita per ragioni di politica criminale, in un contesto in cui il reato stesso, pur estinto, continua comunque a produrre effetti giuridici»⁷⁸. Nondimeno, violato sarebbe anche il combinato disposto degli artt. 24 e 111, c. 2, Cost. nella misura in cui, a fronte di condotte lesive dell'immagine della p.a., l'esito dell'azione erariale dipenderebbe «da un dato processuale “estrinseco” che sfugge alla governabilità della parte pubblica e attribuisce ulteriori conseguenze all'indebita protrazione del giudizio penale per l'imputato, che si avvantaggia, insieme alla prescrizione, della non proponibilità dell'azione contabile»⁷⁹.

Con riferimento al tema principale del giudizio, la Corte rigetta la fondatezza delle censure limitandosi a ricordare che «la pronuncia di estinzione del reato (...) risulta del tutto priva di un accertamento della effettiva colpevolezza dell'imputato e (...) non risulta, dunque, idonea a superare la presunzione di innocenza dalla quale quegli è assistito»⁸⁰.

Più interessanti per il presente approfondimento appaiono, invece, alcuni passaggi che si possono apprezzare lì dove viene valutata la rilevanza della questione proposta. Occorre premettere che la corte rimettente si iscrive nel filone di quei giudici contabili che considerano il rinvio all'abrogato art. 7, co. 1, della legge n. 97 del 2001, quale «statico» o «fisso»⁸¹.

Ebbene, nel riepilogare (succintamente) l'evoluzione della disciplina

⁷⁸ Corte cost., sent. n. 123 del 2023, *Ritenuto in fatto*, § 1.9.

⁷⁹ Corte cost., sent. n. 123 del 2023, *Ritenuto in fatto*, § 1.10. Il successivo capo della sentenza ricorda che il giudice contabile *de quo* ha proposto quale parametro anche la violazione dell'art. 97 Cost.

⁸⁰ *Considerato in diritto*, § 5.4.1.1. Vi è da aggiungere che nessun pregio nella vicenda in questione viene riservato dalla Consulta al richiamo, speso nell'ordinanza di remissione della corte contabile, alla pronuncia della CEDU *Rigolio contro Italia* del 9 marzo 2023 (c. n. 20148/09) con la quale è stato rigettato il ricorso di un condannato in sede contabile per danno all'immagine della p.a. nonostante il giudizio penale si fosse concluso in grado di appello con una sentenza di non doversi procedere per prescrizione. E tanto perché, *ratione temporis*, la vicenda si iscriveva in «un quadro normativo nazionale in cui non figurava ancora la condizione di procedibilità che è oggetto della questione di legittimità costituzionale all'odierno esame, introdotta solo con l'art. 17, comma 30-ter, del d.l. n. 78 del 2009» (*Considerato in diritto*, § 6).

⁸¹ Cfr. *Ritenuto in fatto*, § 1.13.

in materia di responsabilità per danno all'immagine della p.a., la Consulta ha escluso che potesse avere rilievo nel giudizio la questione relativa al «*catalogo dei reati*» diretto a circoscrivere, soggettivamente, la portata dell'azionabilità della responsabilità da danno all'immagine della p.a.⁸². Ciononostante, è sembrata accogliere l'assunto che, a seguito, dell'abrogazione da parte dell'art. 4, co. 1, lettera g), dell'Allegato 3 al C.g.c., il co. 1 dell'art. 7, della legge n. 97 del 2001, sia stato *sostituito* dall'art. 51, co. 7, dell'Allegato 1 allo stesso codice; facendone derivare la circostanza che «*tale disposizione modifica il catalogo dei reati che costituiscono il presupposto sostanziale della proponibilità dell'azione di responsabilità per danno erariale, sostituendo ai reati propri commessi dai pubblici funzionari di cui agli articoli da 314 a 335 cod. pen. "i delitti commessi ai danni" delle pubbliche amministrazioni*»⁸³.

È sì vero che la Corte costituzionale ha ritenuto *plausibile* la considerazione del giudice *a quo* circa la natura fissa o statica del rinvio operato dall'art. 17, co. 30-ter, secondo periodo, del d.l. n. 78 del 2009; ma tale richiamo è apparso, piuttosto, esaurire la propria portata ermeneutica essenzialmente nella valutazione della rilevanza della questione *ratione locus et temporis*⁸⁴, lasciando ai più la sensazione che possa essersi trattato di un *obiter*, suscettibile di legittimare un possibile cambiamento delle coordinate fondamentali del rompicapo interpretativo che si è provato fin qui ad esaminare.

4. La sentenza n. 3 del 3 marzo 2026 delle Sezioni Riunite della Corte dei Conti: il cambio di rotta?

Le vicende delineate restituivano, dunque, un quadro alquanto problematico con riferimento all'ampiezza dell'ambito di intervento della Corte dei conti. Fatte salve le ipotesi di responsabilità per danno pubblico all'immagine contemplate da specifiche disposizioni, non risultava chiaro se l'espansione di tale intervento seguisse le coordinate indicate dal legislatore. Quest'ultimo, pur avendone avuta la possibilità⁸⁵, non è apparso

⁸² Considerato in diritto, § 4.3.

⁸³ Considerato in diritto, § 4.1.

⁸⁴ Considerato in diritto, § 4.1.

⁸⁵ Non solo con l'adozione del C.g.c. ma anche con la recente legge n. 1 del 2026, rubricata «*Modifiche alla legge 14 gennaio 1994, n. 20, e altre disposizioni nonché delega al Governo in materia di funzioni della Corte dei conti e di responsabilità amministrativa per danno*

particolarmente interessato a varare interventi inequivoci e chiarificatori, preferendo lasciare all'interprete la definizione dei confini della questione, pur a fronte di esiti applicativi di cui era ben nota la disomogeneità.

Le tensioni giurisprudenziali, infatti, continuavano a emergere e così anche le diverse traiettorie ermeneutiche che le Sezioni giurisdizionali regionali della Corte dei conti percorrevano. Basti pensare alle divergenze non solo sulla natura da attribuire al rinvio a cui si è più volte fatto riferimento in questa sede, ma anche sulle disposizioni da applicare per giungere ad accertare la responsabilità per danno pubblico all'immagine. Quanto alle difformità caratterizzanti le decisioni dei giudici erariali, è sufficiente qui ricordare, a titolo puramente esemplificativo, che a pronunce che hanno ritenuto di applicare il combinato disposto degli artt. 17, co. 30-ter, del d.l. n. 78 del 2009 e 7, co. 1, della l. n. 97 del 2001⁸⁶, si sono contrapposte decisioni che hanno combinato l'art. 17 con l'art. 51 co. 7, C.g.c.⁸⁷ o che hanno utilizzato quest'ultimo autonomamente⁸⁸ o, infine, che hanno fatto ricorso, quale disposizione di portata generale, all'art. 1, co. 1-sexies, della l. n. 20 del 1994 perché «sarebbe riduttivo configurarla come

erariale», che ha ricevuto già numerose critiche tanto dalla magistratura contabile (v., in particolare, il documento dell'Associazione Magistrati della Corte dei conti del 13 gennaio 2025, reperibile in <https://www.amcorteconti.it/riforma-corte-dei-conti-il-parlamento-segna-le-raccomandazioni-di-mattarella/>), e il parere reso dalle Sezioni Riunite della Corte dei conti in sede consultiva n. 3 del 28 ottobre 2024, reperibile in <https://www.corteconti.it/Download?id=35360e40-751d-49a0-8d80-7ef0899d203f>), quanto dalla dottrina (cfr. G. RIVOSECCHI, *Il bastone e la carota. Appunti su una proposta di riforma della Corte dei conti*, in *Osservatorio AIC*, 2024, n. 4, 5 ss., spec. 36 ss.; Id., Editoriale. *Stato costituzionale e separazione dei poteri alla prova della riforma della Corte dei conti*, in *Federalismi.it*, 2026, n. 5, iv ss.; S. FOÀ, *La riforma della Corte dei conti e della responsabilità amministrativa. Profili critici: un giudice chiamato a co-amministrare?*, in *Federalismi.it*, 2026, n. 5, 55 ss.). Per un primo, approfondito, commento alla legge n. 1 del 2026, v. il *Fascicolo speciale* della rivista *Amministrativ@mente* del 15 aprile 2026, «La riforma della Corte dei conti – Legge n. 1/2026», a cura di F.G. Scoca, G. Colombini e L. Giani.

⁸⁶ *Ex plurimis*, Sez. giur. regione Molise, n. 79 del 2021; Sez. giur. regione Toscana, n. 109 del 27 maggio 2022; Sez. II App., n. 678 del 2022, n. 221 del 2023 e n. 127 del 2024; Sez. II centr. n. 127/2024; Sez. giur. regione Friuli Venezia Giulia, n. 29 del 2024.

⁸⁷ *Ex plurimis*, Sez. giur. regione Sicilia, n. 686 del 2017; Sez. giur. regione Emilia Romagna n. 152 del 2021; Sez. giur. regione Piemonte, n. 203 del 2021; Sez. giur. regione Veneto, n. 63 del 2024; Sez. giur. regione Lombardia, n. 66 del 2024; Sez. giur. regione Toscana, n. 41 del 2025.

⁸⁸ Corte dei conti, Sez. giur. regione Campania, sent. n. 63 del 7 febbraio 2024.

norma (soltanto) sui criteri di quantificazione (dell'entità) del danno, in quanto è norma (anche) sui presupposti di proponibilità dell'azione erariale»⁸⁹.

Dal canto loro, le pronunce della Corte costituzionale in materia hanno, in definitiva, suggerito ai giudici remittenti di adeguarsi a un'interpretazione che non fosse viziata da un eccesso di creatività. Esse, però, risentono della risalente questione della non vincolatività degli effetti scaturenti dalla tipologia di sentenze cc.dd. interpretative di rigetto⁹⁰, tra le quali rientra certamente la decisione n. 355 del 2010⁹¹, sulla cui falsariga si sono innestate le successive pronunce risolte, peraltro, con decisioni di carattere formalmente processuale⁹².

In siffatto contesto interviene la sentenza n. 3 del 2026 delle Sezioni Riunite della Corte dei conti, resa sulla questione di massima loro deferita ai sensi dell'art. 114, co. 3, del C.g.c. dal Procuratore generale presso la Corte dei conti.

L'intervento si incentra sul seguente quesito: «*se l'art. 51, comma 7, del Codice della giustizia contabile debba essere interpretato nel senso di consentire la proponibilità dell'azione di responsabilità amministrativa per danno all'immagine per i delitti commessi a danno delle pubbliche amministrazioni, in conformità a quanto previsto dal testo del medesimo art. 51 c.g.c., e non solo per i delitti ai quali fa rinvio l'abrogato art. 7 della legge n. 97/2001 (Libro II, Titolo II, Capo I, c.p.)*».

Le Sezioni Riunite, dopo aver rapidamente fatto riferimento alle tappe salienti che hanno definito la cornice normativa e giurisprudenziale della questione, ricostruiscono con puntualità il bene giuridico protetto dall'ordinamento, cioè «*la credibilità e il prestigio*» della p.a. in sé considerati; essi «*costituiscono un connotato imprescindibile dell'identità pubblica e sono essenziali a garantirne il ruolo e strumentali alla sua conseguente azione*». Il riferimento, poi,

⁸⁹ Corte dei conti, Sez. giur. Emilia-Romagna, sent. n. 28 del 2025, *Diritto*, 34 s.

⁹⁰ In questo senso già G. SILVESTRI, voce *Legge (controllo di costituzionalità)*, in *Dig. disc. pubbl.*, IX, Torino, 1994, 31 s.

⁹¹ Nessuna delle sentenze della Corte costituzionale in tema di danno all'immagine rientrerebbe, però, nel "sottotipo" di sentenza interpretativa di rigetto *in senso stretto*, cui sarebbe, forse, più semplice attribuire un effetto vincolante che vada oltre la sola e semplice *persuasività* della pronuncia. Per la distinzione tra interpretativa di rigetto *in senso stretto* e interpretative di rigetto, per così dire, "semplici" si rinvia ad A. RUGGERI, A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Torino, 2004, 3^o ed., 138 s.

⁹² E. FRATTO ROSI GRIPPAUDO, *Il danno all'immagine della pubblica amministrazione*, cit., 164, ritiene che «la mancata presa di posizione del giudice costituzionale» sulle questioni poste alla sua attenzione «abbia contribuito all'inasprimento dello scisma in corso tra sezioni giurisdizionali regionali della Corte dei conti».

all'art. 54 Cost., in aggiunta al tradizionale combinato disposto degli artt. 2 e 97 Cost. quale fondamento della protezione dell'immagine pubblica della p.a., pone maggiore enfasi sulla «*consapevolezza della responsabilità che discende dal rapporto di compenetrazione organica che caratterizza il rapporto di lavoro alle dipendenze della pubblica amministrazione e che si estende anche a chi agisce, comunque, in rapporto di servizio con questa*». A presidio dell'immagine della p.a. il Costituente ha posto il dovere di fedeltà "qualificata" a carico di coloro che esercitano funzioni pubbliche con disciplina e onore, dovendosi il concetto di «*onore*» intendersi nella sua dimensione oggettiva, cioè «*come reputazione e stima della quale il pubblico funzionario deve rendersi meritevole per non ledere l'immagine della pubblica amministrazione che egli impersona nei confronti dei terzi*»⁹³.

Le Sezioni Unite ripercorrono, poi, il «*"dialogo a distanza"*»⁹⁴ che giurisprudenza contabile e Corte costituzionale hanno intrapreso, giungendo ad affermare che la Consulta, nelle pronunce successive all'entrata in vigore del C.g.c., «*riconoscendo incidentalmente l'impatto della modifica normativa sull'ambito di proponibilità dell'azione per danno all'immagine, è giunta, nei più recenti arresti, alla conferma, sia pure indiretta, della non implausibilità dell'interpretazione c.d. "estensiva"*».

A tal proposito, si conviene certamente con l'opportunità che un organo di nomofilachia tessa la propria tela ermeneutica rafforzandone il ricamo con conferme provenienti dal Giudice delle leggi quando, come in questo caso, ciò sia possibile. E, tuttavia, dalla circonlocuzione usata non può non trasparire una certa "apprensione", per così dire, nell'accostare alle proprie ragioni l'intendere della Consulta.

Le Sezioni Riunite procedono, pertanto, a ripercorrere le pronunce del Giudice costituzionale rinvenendovi contenuti in qualche modo favorevoli alla propria tesi. Fino a giungere alla valorizzazione dell'*obiter* della sentenza n. 123 del 2023 in cui la Consulta avrebbe «*affermato senza riserve, seppur incidentalmente*», la differenza tra i reati propri di cui al Capo I, Titolo II, libro II c.p. (menzionati dall'abrogato art. 7 della l. 97 del 2001) e i reati «*a danno*» della p.a. (menzionati all'art. 51, co. 7, Allegato 1 del C.g.c.).

Così, dopo aver ricordato, da un lato, la recente tendenza del legislatore ad ampliare il novero di fattispecie di danno all'immagine della p.a. come conseguenza anche di fatti che non costituiscono reato e, dall'altro

⁹³ Diritto, § 5.

⁹⁴ Diritto, § 5.8.

lato, l'apertura della giurisprudenza della Cassazione penale⁹⁵ e di alcune Sezioni centrali d'appello della magistratura contabile⁹⁶ in ordine a una competenza più ampia del giudice contabile nella materia in esame, alle Sezioni Riunite non rimane che affrontare il "nodo" della natura del rinvio di cui alla parte non abrogata dell'art. 17, co. 30-ter.

Ne rinvergono la soluzione nella «piana» applicazione dell'interpretazione letterale del co. 2 dell'art. 4 dell'Allegato 3, considerato che «*per i richiami contenuti in "disposizioni vigenti" (art. 17, co. 30-ter) a "disposizioni abrogate dal co. 1" (tra le quali è compreso l'art. 7 della l. n. 97/2001) "il riferimento agli istituti previsti da queste ultime si intende operato ai corrispondenti istituti disciplinati nel presente codice"; non può pertanto non ritenersi ricompreso, in tale ampia formulazione, il rinvio da operarsi all'art. 51, co. 7, C.g.c., che integra chiaramente il "corrispondente istituto" dell'abrogato art. 7 della l. n. 97/2001*»⁹⁷.

Il rinvio, dunque, ha natura mobile e sarebbe «*lo stesso legislatore del codice a escludere l'operatività delle norme "rinviate" abrogate (art. 7 l. n. 97/2001) e a prevederne la sostituzione con le corrispondenti (nuove) disposizioni codicistiche*»⁹⁸.

Ma tanto non basta a superare l'obiezione che anche la Consulta, nella sentenza n. 191 del 2019, aveva posto al giudice rimettente e cioè la verifica della sussistenza, tra i criteri di delega, di una previsione che attribuisse al legislatore delegato il potere di incidere sulla disciplina concernente le condizioni di proponibilità del danno all'immagine della p.a. Era stato, infatti, più volte evidenziato che la soluzione del rinvio dinamico potesse essere viziata nei presupposti, non potendo essere rinvenuta nella legge delega alcun criterio che consentisse l'introduzione di una norma di carattere sostanziale nel C.g.c.

A tal proposito, le argomentazioni delle Sezioni Riunite investono sia la «*natura*» della disposizione «*rinviate*», sia l'analisi dei lavori preparatori al C.g.c. Quanto al primo profilo, la disposizione è collocata senz'altro in un testo normativo «*a contenuto prettamente procedurale e processuale*» e «*avrebbe natura essenzialmente processuale*», come ritenuto anche dalla Cassazione

⁹⁵ Cfr. Cass., Sez. 6 pen, sentenza n. 5534 del 2022.

⁹⁶ Cfr. Sez. II Appello, sentt. n. 191 e 214 del 2024.

⁹⁷ Corte dei conti, Sezioni Riunite, sent. n. 3 del 2026, *Diritto*, § 6.2.

⁹⁸ *Diritto*, § 6.3. «*In altri termini, è la disposizione del comma 2 del medesimo art. 4 dell'All. n. 3 a connotare direttamente, in termini di rinvio dinamico, quello contenuto nelle "disposizioni vigenti", tra le quali l'art. 17, co. 30-ter, cit., sostituendo le norme abrogate con disposizioni codicistiche "corrispondenti"*».

penale⁹⁹; inoltre, il secondo periodo dell'art. 7 *de quo*, richiamando l'art. 129 c.p.p., denoterebbe «la complessiva valenza della disposizione»¹⁰⁰. Con riguardo al secondo punto, non solo non mancano nella legge delega principi direttivi che consentirebbero la modifica della disciplina sostanziale (v. ad es. l'art. 20, co. 3, lett. b) ma, vieppiù, il parere reso dalle Commissioni riunite della Camera dei deputati (espressamente richiamato dall'art. 20, co. 5, della legge delega) fa riferimento alla possibilità di introdurre «*disposizioni innovative*» che pongano rimedio a questioni dibattute, fra le quali emerge l'esplicito riferimento alla proponibilità dell'azione per danno pubblico all'immagine¹⁰¹. Ad ogni buon conto, per le Sezioni Riunite, «*nell'ambito del codice di giustizia contabile, si trovano varie disposizioni di carattere processuale che spiegano effetti anche su un piano sostanziale, senza per ciò solo essere ritenute eccedenti i limiti della delega, in quanto, comunque, incluse nel "riordino" degli istituti processuali interessati dalle modifiche*»¹⁰².

5. *Qualche riflessione (necessariamente) interlocutoria*

Non v'è da indugiare oltre sull'assoluto rilievo della pronuncia appena richiamata. Espressione del potere nomofilattico della magistratura contabile, assume posizioni inequivocche con riferimento a diversi aspetti della complessa vicenda e dovrebbe spingere a uniformarsi ad essa sia la giurisprudenza delle Sezioni territoriali, le quali in minima parte da tali posizioni si sono discostate, sia quella delle Sezioni centrali di appello, le quali hanno, invece, sostenuto in prevalenza orientamenti difformi da quelli cui le Sezioni Riunite sono infine giunte¹⁰³.

La risoluzione del quesito loro posto viene assunta «*in forza di interpretazione letterale, sistematica e teleologica, nonché in linea con l'evoluzione verificatasi nella giurisprudenza costituzionale e del giudice di legittimità*»¹⁰⁴. In ragione delle asserite solidissime basi da cui scaturisce, la sentenza si propone, quindi, quale *punto di approdo*, giungendo a incardinare la competenza del procuratore contabile ad agire per il risarcimento dell'immagine della p.a. a

⁹⁹ Cfr. Cass., Sez. 6 pen, sentenza n. 5534 del 2022.

¹⁰⁰ Corte dei conti, Sezioni Riunite, sent. n. 3 del 2026, *Diritto*, § 6.5.

¹⁰¹ *Diritto*, § 6.8.

¹⁰² *Diritto*, § 7.

¹⁰³ Lo ricordano le Sezioni Riunite; cfr. *Diritto*, § 4.

¹⁰⁴ *Diritto*, § 9.

fronte di un danno scaturente da *qualsivoglia* reato penale commesso da un dipendente pubblico, cui consegua una sentenza di condanna definitiva. Si supera, così, la varietà delle argomentazioni, non sempre convincenti, che le Sezioni erariali territoriali avevano talvolta utilizzato per sostenere la preferenza per la tesi della natura mobile del rinvio di cui all'art. 17, co. 30-ter, del d.l. n. 78 del 2009, e che tendevano a riproporsi in modo acritico, di giudizio in giudizio, assumendo talvolta sembianze tautologiche.

Ciononostante, bisognerà verificare in concreto l'effettiva diffusione dell'indirizzo nomofilattico, circostanza non sempre realizzatasi in passato proprio con riferimento alla materia qui trattata.

La pronuncia sarà certamente oggetto di analisi successive che, presumibilmente numerose, potranno esaminare il denso concatenarsi delle argomentazioni rese. Nondimeno, va sottolineato che il *favor* nei confronti della natura mobile del rinvio può essere, ad esempio, superato ove – come precisato dalla Corte costituzionale – «il richiamo sia indirizzato a norme determinate ed esattamente individuate dalla stessa norma che lo effettua»¹⁰⁵. E risulta difficile dubitare che la parte vigente dell'art. 17, co. 30-ter, in esame non individui esattamente la norma cui fa rinvio, quand'anche abrogata. Nondimeno, ad avviso della Consulta, il rinvio può intendersi fisso quando tale «volontà del legislatore (...) sia desumibile da elementi univoci e concludenti»¹⁰⁶. A tal proposito, non peregrino sarebbe argomentare che abrogare un solo periodo dell'art. 17, co. 30-ter, del d.l. n. 78 del 2009, lasciando in essere quella parte che fa rinvio a disposizione contestualmente abrogata, potrebbe anche intendersi come volontà del legislatore di determinare l'effetto di incorporazione della norma richiamata nella norma richiamante, così novando all'interno della fonte sopravvissuta quella, invece, abrogata, rendendo inutile il ricorso al co. 2 dell'art. 4 dell'Allegato 3.

Quali che siano le conclusioni cui si voglia giungere, non si può, infine, fare a meno di rimarcare che, *rebus sic stantibus*, l'interprete deve pur sempre fare i conti con l'intrinseca sfuggevolezza della natura dell'istituto del rinvio, la cui valutazione è ineluttabilmente rimessa a elementi estrinseci. A tacere della scarsa persuasività del ricorso ai parametri interpretativi della *voluntas legislatoris*, tutt'altro che decisivi.

¹⁰⁵ Corte cost., sent. n. 311 del 1993, *Considerato in diritto*, § 2.

¹⁰⁶ Corte cost., sent. n. 80 del 2013, *Considerato in diritto*, § 4; sent. n. 258 del 2014, *Considerato in diritto*, § 8; sent. 18 aprile 2019, n. 93, *Considerato in diritto*, § 4.2.

Per concludere, sullo sfondo permane l'auspicio, sempre attuale, evocato dalla Corte costituzionale (e qui più volte ricordato) secondo cui «*nella combinazione di elementi restitutori e di deterrenza*» che l'azione di responsabilità amministrativa persegue, bisognerebbe sempre ricercare «*un punto di equilibrio tale da rendere, per dipendenti ed amministratori pubblici, la prospettiva della responsabilità ragione di stimolo, e non di disincentivo*»¹⁰⁷.

A tal proposito, l'esplicita esclusione di «*qualsivoglia "torsione sanzionatoria"*»¹⁰⁸ del danno all'immagine e il richiamo alla necessità che «*evento di danno e pregiudizio risarcibile (danno conseguenza), quanto alla prova, entrambi [siano] da allegare e dimostrare rigorosamente da parte della Procura contabile ai fini del risarcimento richiesto, dovendosi escludere in via assoluta una fattispecie di danno in re ipsa*»¹⁰⁹ dovranno, comunque, fare i conti con la significativa rimodulazione del perimetro del bene protetto, che si sgancia dall'astratta previsione legislativa per estendersi all'ampia «*compromissione dei beni giuridici dell'integrità, funzionalità, imparzialità e buon andamento, in relazione a tutte le possibili ripercussioni negative sull'immagine dell'ente pubblico*»¹¹⁰.

¹⁰⁷ V. *supra* ntt. 16 e 17.

¹⁰⁸ Corte dei conti, Sezioni Riunite, sent. n. 3 del 2026, *Diritto*, § 8.2, che all'uopo richiama anche la posizione della Corte EDU (causa *Rigolio v. Italia*).

¹⁰⁹ *Diritto*, § 9.

¹¹⁰ *Diritto*, § 9.

Abstract

Il contributo ricostruisce l'evoluzione della responsabilità amministrativa per danno all'immagine della pubblica amministrazione, nella prospettiva del “dialogo” di lungo periodo tra Corte costituzionale e magistratura contabile. Punto di arrivo provvisorio sono le sentenze n. 3 del 2026 delle Sezioni Riunite della Corte dei conti e n. 123 del 2023 della Corte costituzionale, che si inseriscono in una trama di disposizioni e pronunce giurisprudenziali stratificatesi a partire dal 2009, con snodi centrali nel c.d. lodo Bernardo, nella sentenza della Corte costituzionale n. 355 del 2010 e nel Codice di giustizia contabile del 2016.

Administrative liability for damage to the public administration's image in the “dialogue” between the Constitutional Court and the Court of Auditors

This essay reconstructs the evolution of administrative liability for damage to the image of the public administration from the perspective of the long-standing “dialogue” between the Constitutional Court and the accounting judiciary. The provisional endpoints of this development are represented by judgment No. 3 of 2026 of the Joint Sections of the Court of Auditors and by judgment No. 123 of 2023 of the Constitutional Court, both situated within a broader framework of statutory provisions and judicial decisions that have accumulated since 2009. Particular attention is devoted to the principal interpretative turning points represented by the so-called *lodo Bernardo*, Constitutional Court Judgment No. 355 of 2010 and the entry into force of the Code of accounting justice in 2016.

Gli Autori e le Autrici:

Gianluca Bellomo

Professore Associato di diritto amministrativo e pubblico, Università degli Studi G. d'Annunzio di Chieti Pescara, Membro del Centro d'Ateneo Te.Ma.

Bruno Brancati

Ricercatore di Diritto costituzionale e pubblico nell'Università degli Studi di Pisa

Piermassimo Chirulli

Ricercatore di Istituzioni di Diritto pubblico nell'Università degli Studi di Bari "Aldo Moro", Dipartimento di Economia, Management e Diritto dell'Impresa DEMDI

Valentina Ciaccio

Consigliere parlamentare del Senato della Repubblica

Emanuele Cocchiara

Dottore di ricerca in Economia e finanza delle amministrazioni pubbliche e docente a contratto nell'Università degli studi di Bari "Aldo Moro"

Nicola D'Anza

Assegnista di ricerca in Diritto costituzionale e pubblico nel dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Pisa e docente a contratto di Diritto degli enti locali nell'Accademia Navale di Livorno.

Maria Dicosola

Professoressa associata di diritto Pubblico comparato nell'Università degli Studi di Bari "Aldo Moro"

Laura Fabiano

Professoressa associata di diritto Pubblico comparato nell'Università degli Studi di Bari "Aldo Moro"

Cosimo Pietro Guarini

Professore ordinario di Diritto costituzionale e pubblico nell'Università degli studi di Bari "Aldo Moro"

Ignazio Lagrotta

Professore associato di Diritto costituzionale e pubblico, Università degli Studi di Bari "Aldo Moro"

Pierdomenico Logroscino

Professore ordinario di Diritto costituzionale e pubblico nell'Università degli studi di Bari "Aldo Moro"

Nicola Pignatelli

Professore ordinario di Diritto costituzionale e pubblico nell'Università degli studi di Bari "Aldo Moro"

Marco Rhao

Dottore di ricerca in Economia e finanza delle amministrazioni pubbliche e docente a contratto di diritto pubblico dell'informazione e della comunicazione nell'Università degli studi di Bari "Aldo Moro"

Marcello Salerno

Professore associato di Diritto costituzionale e pubblico nell'Università degli Studi di Bari "Aldo Moro"