

RIVISTA DI DIRITTI COMPARATI



Rivista Quadrimestrale
2/2024

Rivista di diritti comparati

Rivista quadrimestrale

Anno VIII – N. 2/2024

DIREZIONE

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

COMITATO SCIENTIFICO

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

REDAZIONE

Marco Bassini (Tilburg University) (Coordinatore), Silvia Filippi (Università di Perugia) (Coordinatrice), Nicola Cezzi (Università degli studi di Roma “La Sapienza”), Giulia Chinaglia (Università di Torino), Giovanni De Gregorio (Católica Global School of Law), Claudio Di Maio (Università della Calabria), Alessandro Francescangeli (Università di Roma “Tor Vergata”), Alessia Fusco (Università di Torino), Gianpiero Gioia (Università degli studi di Roma “La Sapienza”), Umberto Lattanzi (Università Commerciale “L. Bocconi” - Milano), Matteo Monti (European University Institute)

SOMMARIO

Recent developments in the Italian constitutional experience: a look from within (Part II)

GIACOMO DELLEDONNE, *A modification or an upheaval of the parliamentary form of government? An analysis of the Meloni Government's constitutional bill*
[pp. 1-33]

ELEONORA RINALDI, *Some reflections on the implementation of Article 116 (3) of the Italian Constitution. Law 86/2024 and limits to "differentiated regionalism"*
[pp. 34-60]

Corte Suprema statunitense, università, eguaglianza

ALESSANDRA DI MARTINO, *Accesso all'università e aporie dell'eguaglianza alla luce di due recenti pronunce statunitensi. Un'introduzione*
[pp. 61-92]

ANGELO SCHILLACI, *Inequality is not inevitable. Comprensioni dell'eguaglianza, razza e azioni affermative nell'esperienza costituzionale statunitense*
[pp. 93-128]

LORENZO SERAFINELLI, *How Greedy They Are: un discorso sui costi della higher education negli Stati Uniti dal New Deal ai giorni nostri*
[pp. 129-208]

Saggi

ROBERTA DE PAOLIS, *Il mancato consenso sul consenso: una riflessione alla luce della nuova Direttiva sulla lotta alla violenza contro le donne e la violenza domestica*
[pp. 209-247]

PAOLA PANNIA, *In bilico tra continuità e innovazione. Osservazioni comparate sullo sviluppo delle tecniche di informazione e comunicazione applicate all'attività parlamentare in Regno Unito e Germania*
[pp. 248-300]

EMANUELE GUARNA ASSANTI, *Interesse al clima e situazioni giuridiche soggettive*
[pp. 301-346]

Note e commenti

DANIELE CAMONI, *I confini della rielezione presidenziale in Bolivia e El Salvador, tra limiti in Costituzione e (judicial) abusive constitutionalism*

[pp. 347-370]

DAVIDE CLEMENTI, *Generare e non creare? Spunti per una comparazione sulla regolazione dell'intelligenza artificiale generativa tra Stati Uniti, Repubblica Popolare Cinese e Unione Europea*

[pp. 371-410]

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

Editore: Andrea Buratti, Giacomo Delledonne, Alessandra Di Martino, Cristina Fasone, Giuseppe Martinico, Anna Mastromarino, Oreste Pollicino, Giorgio Repetto, Francesco Saitto, Raffaele Torino

Coordinatore Editoriale: Serenella Quari

Sede: Via Roentgen, 1 – 20136 Milano / Via Cracovia 30 - 00133 Roma

ISSN: 2532-6619

A modification or an upheaval of the parliamentary form of government? An analysis of the Meloni Government's constitutional bill*

Giacomo Delledonne

TABLE OF CONTENTS: 1. Introductory remarks: Setting the scene. – 2. Factual background. – 3. The contents of the bill: A general overview. – 4. Approach: A departure from attempts to reform the Second Part of the Constitution comprehensively. – 5. Electing a head of government and a bicameral legislature. – 6. Forming a new government: Innovation and continuity. – 7. Automatic dissolution of the legislature: A conundrum? – 8. Abolition of the power to appoint senators for life: Only apparently a marginal innovation. – 9. Transformations in the role of the President of the Republic. – 10. Concluding remarks.

1. Introductory remarks: Setting the scene

The beginning of the nineteenth parliamentary term, in October 2022, was marked by a renewed interest in constitutional reform in Italy. In the general election on 25 September 2022, the right-of-centre coalition won relatively comfortable majorities both in the Chamber of Deputies and in the Senate, and its programmatic platform put strong emphasis on institutional reforms and constitutional amendments, including the introduction of the *direct election of the President of the Republic*.

On 12 April 2023, some months after the Meloni Government took office, Maria Elisabetta Alberti Casellati, Minister of Constitutional and Law Reform, presented the main guidelines of her future action in a hearing before the Committee for Constitutional Affairs of the Chamber of Deputies. Alberti Casellati announced that a constitutional bill would be tabled in the following months and would address two main topics, that is, governmental stability and the *direct election of the President of the Republic or the President of the Council of Ministers*. In her words, «the frailty of our political and institutional system is caused by its inability to deliver a stable political

* L'articolo è stato sottoposto, in conformità al regolamento della Rivista, a *double-blind peer review*. L'articolo è parte del focus "Recent developments in the Italian constitutional experience: a look from within (Part II)".

Giacomo Delledonne

*A modification or an upheaval of the parliamentary form of government?
An analysis of the Meloni Government's constitutional bill*

direction over the long term and negatively affects enterprises and citizens and, consequently, the economic development of our country. It is high time to lead this government's country back to the will of the voters. Too many times in the last few years, the citizens' vote was not followed by cabinets in line with electoral choices. ... Such misalignment has contributed to fuelling the citizen's alienation from politics, which has manifested itself with growing levels of abstentionism in the past elections»¹.

In November 2023, the Meloni Government presented a constitutional bill whose title reads «Amendment to Articles 59, 88, 92 and 94 of the Constitution for introducing the direct election of the President of the Council of Ministers, strengthening governmental stability, and abolishing the appointment of senators for life by the President of the Republic». The bill was considered by the Senate Committee for Constitutional Affairs, which decided to send it to the plenary on 24 April 2024. After that, the bill was adopted by the Senate on 18 June 2024 and is currently under consideration in the Chamber of Deputies. Meanwhile, following the adoption of a few amendments, the contents of the bill have been expanded, and the wording of some of its provisions modified².

The purpose of this article is to present and discuss the goals and implications of this reform project. In so doing, it aims, first, to present, the factual background and the general outline of this reform proposal, also with an eye to a comparative frame of reference. After that, the paper focuses in detail on the main innovations that the constitutional bill aims to bring about. This paper reflects legal and factual development until 30 June 2024.

¹ Full text of the hearing available at http://documenti.camera.it/leg19/resoconti/commissioni/stenografici/html/01/audiz2/audizione/2023/04/12/indice_stenografico.0003.html#stenograficoCommissione.tit00020.int00020. See a concise presentation in G. Delledonne – Y.M. Citino, *Italy*, in L.R. Barroso – R. Albert (eds.), *The 2022 International Review of Constitutional Reform*, Austin, 2023, p. 190-191.

² General information on constitutional bill no. 935 is available at <https://www.senato.it/leg/19/BGT/Schede/Ddliter/57694.htm>. On the procedures to amend the Constitution in Italy, see T. Groppi, *Constitutional revision in Italy: A marginal instrument for constitutional change*, in X. Contiades (ed.), *Engineering Constitutional Change: A Comparative Perspective on Europe, Canada and the USA*, Abingdon, 2013, p. 203-227; M. Cartabia – N. Lupo, *The Constitution of Italy: A Contextual Analysis*, Oxford, 2022, p. 15-18.

Giacomo Delledonne

*A modification or an upheaval of the parliamentary form of government?
An analysis of the Meloni Government's constitutional bill*

2. Factual background

Ahead of the 2022 general election, the four parties making up the right-of-centre coalition presented a shared platform, in which plans for constitutional reform held an important place. The *Framework Agreement for a Right-of-Centre Government*³ hinted at the need to modify significant parts of the Second Part of the Constitution in order to reshape the institutional architecture of the Italian Republic. The policy document referred to the full implementation of asymmetric regionalism under Article 116(3) of the Constitution (hereinafter also Const.), to an overarching reform of the judicial system and the Higher Council for the Judiciary, and to introducing the direct election of the President of the Republic. Therefore, the coalition that looked poised to win the election, and ultimately won relatively comfortable majorities both in the Chamber of Deputies and the Senate, was bringing back to the forefront proposals to modify the existing parliamentary form of government or, possibly, to replace it with a different one, either presidential or semi-presidential. As a matter of fact, a generic reference to the direct election of the head of state, with no specification of the powers and tasks of this organ, may be compatible with a parliamentary form of government, as is the case with several European countries⁴, or provide the cornerstone for a different system, for instance, a semi-presidential regime in the spirit of the French Fifth Republic. In fact, the option for a (semi-)presidential form of government would have been in continuity with a long-lasting commitment of right-wing parties, first and foremost the Italian Social Movement⁵. From time to time, however, a number of conservative, moderate or liberal political figures also showed their sympathies for the French semi-presidential model⁶.

The need to redefine some aspects in the institutional architecture is an issue on which other political groupings also agreed. In its electoral platform, the Democratic Party – Democratic and Progressive Italy defined

³ Available at [https://dait.interno.gov.it/documenti/trasparenza/POLITICHE_20220925/Documenti/68/\(68_prog_2_-\)programma.pdf](https://dait.interno.gov.it/documenti/trasparenza/POLITICHE_20220925/Documenti/68/(68_prog_2_-)programma.pdf).

⁴ See R. Ibrido, *La classificazione delle forme di governo europee caratterizzate dalla commistione tra fiducia ed elezione diretta del Capo dello Stato*, in *il Filangieri*, Quaderno 2023, p. 81-119.

⁵ See, among others, R. Tarchi, *Il "premierato elettivo": una proposta di revisione costituzionale confusa e pericolosa per la democrazia italiana*, in *Osservatorio sulle fonti*, 3, 2023, p. 7.

⁶ See P. Scoppola, *La repubblica dei partiti. Evoluzione e crisi di un sistema politico 1945-1996*, Bologna, 1997, p. 431 ff.; P. Pombeni, *La questione costituzionale in Italia*, Bologna, 2016, p. 322-323.

Giacomo Delledonne

*A modification or an upheaval of the parliamentary form of government?
An analysis of the Meloni Government's constitutional bill*

governmental instability in the country as an «aberration unparalleled in any major Western democracy»⁷. The proposed remedies, however, were quite different, as they mostly focused on ordinary laws, including the electoral laws for the Chamber and the Senate, a comprehensive regulation of political parties, and the strengthening of digital participation. Very little was said about specific constitutional amendments, if not for the introduction of the constructive vote of no confidence.

Finally, the electoral platform of the centrist list “Azione – Italia Viva – Calenda” highlighted the virtues of the unsuccessful constitutional amendment promoted by the Renzi Government, criticised the institutional legacy of the outgoing Parliament, and pointed to the need for three constitutional reform measures, affecting the bicameral structure of the legislature, the territorial organisation of the Italian Republic, and the transformation of the President of the Council of Ministers into a *Mayor of Italy*. The centrist platform defined governmental instability as an important weakness of Italy, also at European and international level. Furthermore, it made a link between instability and the growing levels of distrust towards liberal democracy. In order to overcome these problems, “Azione – Italia Viva – Calenda” recommended introducing the direct election of the President of the Council of Ministers, «following the model of the mayors of bigger cities»⁸. The idea of a directly elected *Mayor of Italy* is a long-standing slogan in Matteo Renzi's political communication⁹ and is based on an analogy between the direct election of mayors, first introduced by law no. 81/1993¹⁰, and a directly elected President of the Council of Ministers. On 1 August 2023, Renzi presented a bill to amend Articles 88, 92, 94 and 95 Const., thereby entrenching the direct election of the President of the Council of Ministers¹¹. In the following, this paper will focus more closely

⁷ Policy document available at [https://dait.interno.gov.it/documenti/trasparenza/POLITICHE_20220925/Documenti/75/\(75_prog_2_-\)programma_politiche_2022.pdf](https://dait.interno.gov.it/documenti/trasparenza/POLITICHE_20220925/Documenti/75/(75_prog_2_-)programma_politiche_2022.pdf).

⁸ Policy platform available at [https://dait.interno.gov.it/documenti/trasparenza/POLITICHE_20220925/Documenti/7/\(7_prog_2_-\)programma_azione-italia_viva-calenda.pdf](https://dait.interno.gov.it/documenti/trasparenza/POLITICHE_20220925/Documenti/7/(7_prog_2_-)programma_azione-italia_viva-calenda.pdf).

⁹ See F. Bordignon, *Dopo Silvio, Matteo: un nuovo ciclo personale? La democrazia italiana tra berlusconismo e renzismo*, in *Comunicazione politica*, 2014, p. 441.

¹⁰ See G. Baldini, *The direct election of mayors: an assessment of the institutional reform following the Italian municipal elections of 2001*, in *Journal of Modern Italian Studies*, 2002, p. 364-379.

¹¹ Information on constitutional bill no. 830 is available at <https://www.senato.it/leg/19/BGT/Schede/Ddliter/57385.htm>.

Giacomo Delledonne

*A modification or an upheaval of the parliamentary form of government?
An analysis of the Meloni Government's constitutional bill*

on the dubious aspects of the analogy between mayors and a hypothetical Mayor of Italy.

The wording of electoral platforms should not be overestimated; rather than containing precise commitments, these documents tend to be quite vague. The level of vagueness is even more striking in the electoral programme of the right-of-centre coalition, which was (correctly) seen as a clear favourite in the run-up to the general election; in that case, a rather unprecise programme is intended not to undermine the room for manoeuvre after the election. Despite this, it is possible to draw some preliminary conclusions. After a turbulent parliamentary term, in which three executives took office with the support of three different majorities in Parliament¹², the idea that some form of institutional reform is needed was widely perceived among political parties and coalitions. The proposed remedies, in turn, varied considerably. Policy platforms clearly disagree on whether or not the Constitution itself should be amended. Another major point of disagreement, and a red thread in the decade-long about institutional reform in Italy, is if the reasons for the current instability, and the primary object of a reform endeavour, lie in flaws of the institutional architecture or in the inherent weakness and increasing de-institutionalisation of the party system¹³.

3. The contents of the bill: A general overview

In its original form, the bill aims to introduce three (or four) major innovations. The first one is the new procedure for the selection of the President of the Council of Ministers (*Presidente del Consiglio dei ministri*), as the head of government is known in the Italian legal order¹⁴. As things stand, the President of the Council of Ministers is appointed by the President of the Republic after consultations with party leaders and representatives of

¹² See A. De Petris, *From political to technocratic government and back: the source of legitimacy in the government building in Italy*, in *Rivista di Diritti comparati*, 2, 2023, p. 21-55.

¹³ See general discussion by P. Bianchi, *L'ossessione riformatrice. Alcune osservazioni sul processo di revisione costituzionale permanente*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2, 2019, p. 11-16. With regard to the constitutional implications of a de-institutionalised party system see M. Cartabia – N. Lupo, *The Constitution of Italy*, cit., p. 24-25.

¹⁴ In this article, resort will generally be made to the official formula “President of the Council of Ministers” or to a broader phrase like “head of government”. Conversely, the phrase “Prime Minister”, which may give rise to ambiguity and misunderstandings, will not be used.

Giacomo Delledonne

*A modification or an upheaval of the parliamentary form of government?**An analysis of the Meloni Government's constitutional bill*

the parliamentary parties. The appointment of the President of the Council is followed by the appointment of the other ministers and the swearing-in of the new government. If the bill is adopted, the President of the Council will be elected by direct universal suffrage concomitantly with the Chamber of Deputies and the Senate. A second goal is to make sure that the directly elected President of the Council and his or her government are supported by majorities in both houses. Consequently, the results of the elections for the two legislative houses have to be reconciled with the outcome of the prime ministerial election; it remains to be seen how this can be done, and the bill is not likely to provide conclusive answers. Third, the direct election of the President of the Council is supposed to be instrumental in bolstering governmental stability. Therefore, one would expect snap elections to be called for whenever the President of the Council and his or her government leave office for any reason. However, a constitutional regulation of this sort would most likely be affected by a lack of flexibility, that is, the greatest virtue of parliamentary regimes. Facing these competing objectives, the bill contains a quite complex regulation of the consequences arising in the event of the termination of office of the head of government. As will be said later, this is the most daunting conundrum both in academic debates on neo-parliamentary regimes and in the drawing up of new constitutional arrangements, as was the case with Israel in the 1990s. Finally, the bill intends to abolish senators for life appointed by the President of the Republic, while maintaining the right of former heads of state to sit in the Senate for lifetime. Although this provision may look marginal, it is destined to play a key role in the approval process of the bill, and its rationale is closely connected with the Italian-style quest for governmental stability.

In the light of the above, the contents of bill no. 935 may sound surprising. Ahead of the general election, the ruling majority included in its programme the introduction of the direct election of the President of the Republic. In her hearing before the parliamentary committees, Minister Alberti Casellati stated that there was uncertainty about whether to introduce the direct election of the head of state or the head of government. In the end of the day, the constitutional bill tabled by the Meloni Government is centred on an innovation almost unprecedented in the comparative scenario. The impact of the proposed modifications on the existing form of government is under dispute, and quite different labels, like neo-parliamentarism or prime ministerial form of government (*premierato*),

Giacomo Delledonne

*A modification or an upheaval of the parliamentary form of government?
An analysis of the Meloni Government's constitutional bill*

have been used¹⁵. Until now, the only country in which the direct election of the head of government has been implemented was Israel when a new Basic Law: The Government was adopted in 1992. The Israeli experiment was short-lived since the direct election of the Prime Minister could do little or nothing to remedy the chronic instability of the governing coalitions, and the Basic Law: The Government was modified again in 2001 to restore a parliamentary form of government in the traditional sense¹⁶.

If the focus of the analysis shifts to scholarly debates, the history of this adaptation of the parliamentary form of government is much richer. Its origin can be traced back to the terminal stage of the French Fourth Republic, when Maurice Duverger proposed to amend the Constitution of 27 October 1946 and to introduce the direct election of the head of government, which would be held in coincidence with the election of the National Assembly. If the National Assembly had passed a motion of no confidence, the Government would have been forced to resign *and* the Assembly itself would have been automatically dissolved. Early dissolution would also have been the effect of the head of government's voluntary resignation. In Duverger's opinion, this innovation would have provided a remedy to the apparently hopeless instability of French governments and would have made the operation of the parliamentary form of government more similar to the British prototype¹⁷. Duverger was ultimately unsuccessful, as the Constitution of 1946 was altogether replaced by a new Constitution in 1958. In accordance with General de Gaulle's views, the new Republic, the fifth since 1789, was based on a strong role for the President of the Republic and was complemented by the introduction of the direct election of the head of state in 1962.

In Italy, Duverger's proposals were taken up in the early 1970s in a debate published by the journal *Gli Stati*¹⁸. Some of the scholars who participated in the debate, including Serio Galeotti and Aldo M. Sandulli,

¹⁵ The option for either term depends on how much the proposed innovations pave the way for a departure from the parliamentary form of government and the adoption of an entirely different model (see M. Cavino, *L'introduzione dell'elezione diretta del Presidente del Consiglio dei Ministri*, in *Osservatorio costituzionale*, 1, 2024, p. 49).

¹⁶ See C. Klein, *Direct Election of the Prime Minister in Israel: the Basic Law in its First Year*, in *European Public Law*, 1997, p. 301-312; D. Kretzmer, *Presidential Elements in Government Experimenting with Constitutional Change: Direct Election of the Prime Minister in Israel*, in *European Constitutional Law Review*, 2006, p. 60-80.

¹⁷ See M. Duverger, *Un système présidentiel?*, in *Le Monde*, 12 April 1956; M. Duverger, *Un véritable régime parlementaire*, in *Le Monde*, 13 April 1956.

¹⁸ Now available at <http://dircost.di.unito.it/altriDocumenti/documenti.shtml>.

Giacomo Delledonne

*A modification or an upheaval of the parliamentary form of government?
An analysis of the Meloni Government's constitutional bill*

pleaded in favour of introducing the direct election of the President of the Council of Ministers and the automatic dissolution of the two chambers in the event of a cabinet crisis. Costantino Mortati also subscribed to this proposal, although he disagreed on some key points. Since then, the direct election of the President of the Council of Ministers has been a recurring argument in the discussion on how to reform the Second Part of the Constitution. In 1991, in coincidence with the electoral referendums and the imminent departure from proportional representation, it was revived by Augusto Barbera, who later went on to become vice chair of the pro-referendum committee¹⁹.

4. *Approach: A departure from attempts to reform the Second Part of the Constitution comprehensively*

In the decade-long debate about constitutional reform in Italy, two different approaches have been in the spotlight. On the one hand, comprehensive amendments, generally labelled as ‘The Great Reform’, have been part of the programmes of many political leaders and intellectuals since the late 1970s, when Giuliano Amato and Bettino Craxi, then general secretary of the Italian Socialist Party, made a strong case for a decisive transformation of the institutional architecture²⁰. The idea of the Great Reform is connected both with cross-partisan attempts to change the rules of the game, mostly through ad hoc bicameral parliamentary committees, and with unilateral action, generally led by the executive of the day. In the last decade, the very idea of a Great Reform has suffered major setbacks; in 2006 and 2016, the constitutional bills promoted, respectively, by the Berlusconi Government and the Renzi Government were handily defeated in constitutional referendums. Aside from the possible flaws of these reform projects, a recurring criticism is that Great Reforms are inherently

¹⁹ See A. Barbera, *Una riforma per la Repubblica*, Roma, 1991. See also F. Clementi, *L'elezione diretta del Primo ministro: l'origine francese, il caso israeliano, il dibattito in Italia*, in *Quaderni costituzionali*, 2000, p. 579-605; S. Ceccanti, *La forma neoparlamentare di governo alla prova della dottrina e della prassi*, in *Quaderni costituzionali*, 2002, p. 107-126; T.E. Frosini (ed.), *Il premierato nei governi parlamentari*, Torino, 2004; J.O. Frosini, *Il sistema “primo-ministeriale”: una quinta forma di governo?*, in *Quaderni costituzionali*, 2010, p. 297-309.

²⁰ See G. Amato, *Una Repubblica da riformare. Il dibattito sulle istituzioni in Italia dal 1975 a oggi*, Bologna, 1980; C. Fusaro, *Per una storia delle riforme istituzionali (1948-2015)*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2015, p. 461-462; N. Urbinati – D. Ragazzoni, *La vera Seconda Repubblica. L'ideologia e la macchina*, Milano, 2016, p. 85 ff.

Giacomo Delledonne

*A modification or an upheaval of the parliamentary form of government?
An analysis of the Meloni Government's constitutional bill*

complex and do not properly fit, in practical terms, the amendment procedure regulated in Article 138 Const. If the bill is not approved by two-thirds majorities both in the Chamber and in the Senate, a popular referendum is likely to be the final stage of the procedure; in this vein, a Great Reform that encompasses multiple objects with scant regard for a unifying rationale does not really lend itself to undergoing the binary logic of a referendum²¹. Another line of criticism is that Great Reform projects were badly affected by the fact that they were perceived as opportunistic attempts to strengthen the parliamentary majority and the government in office²².

Also in reaction to the outcome of the 2016 referendum, an allegedly minimalist approach to constitutional reform was one of the guiding threads during the eighteenth parliamentary term (2018-2022). In hearings before the parliamentary committees, Riccardo Fraccaro, Minister in charge of Relations with the Parliament and Direct Democracy in the first Conte Government, described an innovative approach to institutional reform based on limited resort to constitutional amendments, with a clear delimitation of their object(s) and homogeneous contents. In Fraccaro's view, this was instrumental in allowing voters, in the event of a referendum, to make an informed choice²³. Constitutional law no. 1/2020, which reduced by more than one-third the size of the Chamber and the Senate, is the most important product of those years and reveals the intrinsic limitations of an allegedly minimalistic, piecemeal approach. Far from impacting on merely quantitative profiles, including the infamous *cost of politics*, the amendment passed in 2020 left a number of problems

²¹ See A. Manzella, *Lezioni dal referendum: per un rinnovato dialogo istituzionale*, in *Quaderni costituzionali*, 2017, p. 341-342; A. Fusco, *Il procedimento di revisione: le fasi ulteriori, necessarie ed eventuali*, in U. Adamo – R. Caridà – A. Lollo – A. Morelli – V. Pupo (eds.), *Alla prova della revisione. Settanta anni di rigidità costituzionale*, Napoli, 2019, p. 77-82.

²² See E. Cheli, *Il dibattito sulle riforme costituzionali*, in S. Rogari (ed.), *Costituzione della Repubblica e Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo. Lezioni magistrali, 12 gennaio-8 marzo 2018*, Firenze, 2019, p. 68.

²³ See P. Faraguna, *La nuova stagione di riforme istituzionali: verso la democrazia integrale, ma a piccoli passi*, in *Quaderni costituzionali*, 2018, p. 902-903. In terms of constitutionality (and not of practical desirability), both approaches are admitted: see P. Faraguna, *Populism and Constitutional Amendment*, in G. Delledonne – G. Martinico – M. Monti – F. Pacini (eds.), *Italian Populism and Constitutional Law: Strategies, Conflicts and Dilemmas*, London, 2020, p. 110. For a more nuanced viewpoint, see V. Marcenò, *Manutenzione, modifica puntuale, revisione organica, ampia riforma della Costituzione: la revisione costituzionale ha un limite dimensionale?*, in U. Adamo et al. (eds.), *Alla prova della revisione*, cit., p. 290-297.

Giacomo Delledonne

*A modification or an upheaval of the parliamentary form of government?
An analysis of the Meloni Government's constitutional bill*

unresolved, first and foremost, the apparently unchangeable equal bicameralism²⁴. According to more radical critics, the successful reduction of the number of deputies and senators just opened «a wound that is difficult to heal and will justify resort to the most invasive treatment»²⁵.

The constitutional bill promoted by the Meloni Government seems to have opted for a third way. Far from seeking to amend several provisions of the Constitution, it will only affect, if approved, four of its provisions, that is, Articles 59, 88, 92, and 94²⁶. In contrast to the Great Reform projects rejected in 2006 and 2016, a leitmotif is clearly recognisable throughout the text of the bill, namely, the direct election of the head of government as a precondition for greater governmental stability. Still, the proposed amendment may have farther-reaching implications than its reduced length actually suggests. Its underlying rationale can be described as an attempt to reshape some pillars of the Italian form of government thoroughly. If the bill is adopted and the amendment comes into force, the institutional position of the President of the Council of Ministers vis-à-vis the bicameral legislature and the head of state will clearly be redefined. Consequently, clear differences also exist with respect to the self-styled parsimonious approach advocated by Minister Fraccaro at the beginning of the eighteenth parliamentary term.

Paolo Passaglia's study of the French Constitution of 1958 provides useful insights to categorise this exercise in constitutional reform. In his analysis of the amendments passed in France since the entry into force of the Constitution of the Fifth Republic in 1958, Passaglia suggests that three of these have had a systemic impact, in that they made it possible to feel «a before and after»²⁷: they include the introduction of the direct election of the President of the Republic (1962), the opening up of the access to constitutional review to parliamentary minorities (1974), and the reduction

²⁴ See G. Tarli Barbieri, *La riduzione del numero dei parlamentari: una riforma parziale (fin troppo)*, in E. Rossi (ed.), *Meno parlamentari, più democrazia? Significato e conseguenze della riforma costituzionale*, Pisa, 2020, p. 211-224; M. Volpi, *La riduzione del numero dei parlamentari e il futuro della rappresentanza*, in *Costituzionalismo.it*, 1, 2020, pp. 44-45.

²⁵ M. Manetti, *La riduzione del numero dei parlamentari e le sue ineffabili ragioni*, in *Quaderni costituzionali*, 2020, p. 536.

²⁶ As things stand, some amendments have been considered and adopted by the Committee for Constitutional Affairs of the Senate, which may lead to expand the scope of the bill. These amendments, which introduce modifications to Articles 57, 83 and 89 Const., mostly focus on the constitutional position of the President of the Republic.

²⁷ See P. Passaglia, *La Costituzione dinamica. Quinta Repubblica e tradizione costituzionale francese*, Torino, 2008, p. 156-157.

Giacomo Delledonne

*A modification or an upheaval of the parliamentary form of government?
An analysis of the Meloni Government's constitutional bill*

of the presidential term to five years (2000). Moving back to the Italian scenario, constitutional bill no. 935 can be traced back to this category. Although the proposed modifications only affect a limited number of provisions, they will, if adopted, redefine the functioning of the Italian form of government. Such an ambitious plan, however, is not exempt from risks and possible drawbacks. The bill should be appraised in the light of its internal consistency and its ability to achieve its declared goals. As the bill focuses on just some provisions in the Second Part of the Constitution, it remains to be seen if the bill fails to address relevant aspects of the current regulation of the parliamentary form of government. As mentioned earlier, the most significant among them is the structure of Italy's bicameral legislature, with the Chamber of Deputies and the Senate put on equal footing.

The approach of the Meloni Government is also quite peculiar with respect to the *consensual vs. unilateral* dichotomy. Before presenting its constitutional bill, the executive conducted talks with representatives of the ruling majority and the opposition groups. The decision to opt for the so-called *premierato* can be understood as a result of intra-coalition bargaining and, above all, as an attempt to attract votes from sectors of the parliamentary opposition. Constitutional bill no. 935 echoes, with a greater degree of sophistication, Renzi's proposal to introduce a directly elected Mayor of Italy. As Stefano Ceccanti once wrote, conservative and moderate groups have generally expressed a preference for the French semi-presidential model, whereas neo-parliamentary, prime minister-centred models have rather been advocated by representatives of the centre-left²⁸. Still, the dominant feelings in the opposition are quite hostile towards this proposal, and Giorgia Meloni herself has declared that the sitting majority has the ability and duty to pursue its agenda and to have the «mother of all reforms» adopted. In a nutshell, the process is closely controlled by the executive, which tried to accommodate some likely demands of the opposition prior to launching its proposal. Barring unexpected news, a constitutional referendum will probably be the final stage in the process. Referendums organised under Article 138 Const. are a quite risky tool: the executive may be tempted to exploit the people's vote to its own advantage,

²⁸ See S. Ceccanti, *Il premierato. Matrici ideali e traduzione nell'oggi*, in T.E. Frosini (ed.), *Il premierato nei governi parlamentari*, cit., p. 71-75.

Giacomo Delledonne

*A modification or an upheaval of the parliamentary form of government?
An analysis of the Meloni Government's constitutional bill*

but the gamble may ultimately backfire on it. In this respect, the fate of the Renzi Government in 2016 represents an instructive precedent²⁹.

5. Electing a head of government and a bicameral legislature

When it comes to the regulation of the method of election of the President of the Council of Ministers, the bill in its current shape looks quite disappointing and most likely needs a significant overhaul. Article 3 contains modifications to Article 92 Const. If the amendment enters into force, Article 92(2) and (3) Const. will read: «The President of the Council is elected by universal and direct suffrage for five years [...]. A(n ordinary) law regulates the election system for the chambers and the President of the Council». A crucial component of the reform is not regulated by a constitutional provision but is referred back to an ordinary piece of legislation. Article 3 of the bill does not specify, for example, if the head of government is elected by majority or by plurality; in the latter case, a further relevant aspect might be the need to cross a minimum threshold of votes. If the President of the Council of Ministers is to be elected by majority, a second round of voting should likely be held. All these alternative options can hardly be branded as mere technicalities, as they have significant implications on the election process. To give one example, how much support is a candidate supposed to gather within the voting public to win the prime ministerial election? The answer to this question will influence the attitudes of the political parties in the run-up to this vote and will inevitably spill over to the conduct of the elections for the two chambers. In principle, the current wording of Article 3 is compatible with both a single-round and a two-round voting system. However, a systematic reading of these provisions alongside the principles of popular sovereignty and equal suffrage (Articles 1(2) and 48(2) Const.) makes it difficult to conceive a legislative regulation according to which a mere plurality is enough to elect the President of the Council of Ministers. Should the (ordinary) electoral law provide for a minimum threshold, a second round of voting would inevitably take place in the event that none of the candidates cross the said threshold³⁰.

²⁹ See G. Martinico, *Filtering Populist Claims to Fight Populism: The Italian Case in a Comparative Perspective*, Cambridge, 2022, p. 113-115.

³⁰ See N. Zanon, *Su quanto possa o debba essere "forte" un Presidente del Consiglio eletto direttamente*, in *Osservatorio costituzionale*, 1, 2024, p. 95.

Giacomo Delledonne

*A modification or an upheaval of the parliamentary form of government?
An analysis of the Meloni Government's constitutional bill*

In this case, comparative arguments allow highlighting that the regulation of direct elections for monocratic positions generally admits the possibility of a run-off voting; accordingly, receiving a majority of valid votes, either in the first round or in the run-off, is a recurring requirement.

As already mentioned, it is very difficult to identify appropriate terms of comparison. However, a couple of remarks will allow highlighting the unique features of this provision. In Israel, s. 13 of the 1992 amendment to the Basic Law: The Government provided that the Prime Minister would need to get a majority of the valid votes to be elected. If no candidate succeeded in receiving a majority of the votes, a run-off vote would take place. More broadly, the several constitutions that provide for the direct election of the head of state almost invariably opt for an absolute majority requirement. This is the case of all the fourteen member states of the European Union where the head of state is elected by direct universal suffrage³¹; outside the European Union, a quite rare exception is Iceland³². Quite importantly, the basic rules of the electoral process are laid down in constitutional provisions³³. It seems quite inappropriate to leave this decision in the hands of occasional parliamentary majorities.

The regulation of parliamentary elections is even more problematic. Constitutional bill no. 935 tries to resolve a problem that was deliberately left unanswered both in Duverger's writings and in the Israeli experiment in the 1990s. Should a directly elected head of government be assured to rely on the support of a sizable majority in the legislature? In Duverger's opinion, the main key to answer this question was an evolution in the voters' attitudes: «Everything leads to believe that they will vote for the same political tendencies. The citizens of an old democratic country are not crazy, and their political behaviour keeps some consistency»³⁴. In Israel, the direct election of the Prime Minister went in hand with the well-established option

³¹ In the Republic of Ireland, a single-round election takes place in which the single transferable vote applies (Art. 12(2) of the Constitution of 1937).

³² A different approach, based on a strong plurality requirement, can be found in a few constitutions in Latin America, first and foremost, the Constitution of Argentina as amended in 1994: see M.P. Jones, *Presidential and Legislative Elections*, in, E.S. Herron – R.J. Pekkanen, M.S. Shugart, *The Oxford Handbook of Electoral Systems*, New York, 2018, p. 287

³³ See, among others, Article 7(1) of the French Constitution of 1958, Article 60(2) of the Austrian Federal Constitutional Law of 1920-1929, Article 126 of the Portuguese Constitution of 1976, and Article 127 of the Polish Constitution of 1997.

³⁴ M. Duverger, *Demain, la République*, Paris, 1958; Italian edition, *La Repubblica tradita* (R. Zorzi transl.), Milano, 1960, p. 116.

Giacomo Delledonne

*A modification or an upheaval of the parliamentary form of government?
An analysis of the Meloni Government's constitutional bill*

for proportional representation for electing the Knesset³⁵. Back to the point, Article 3 of constitutional bill no. 935 states that the electoral laws for the Chamber of Deputies and the Senate have to provide for a national bonus, so that the party lists supporting the head of government elect gain a majority of seats in both houses. In all this, following the approval of a parliamentary amendment, the said electoral laws should duly consider «the principles of representativeness and protection of linguistic minorities».

Despite its ambitious outlook, the bill does not try to modify the Italian model of equal bicameralism, with the executive dependent on the confidence of both chambers³⁶. If the amendment is approved and enters into force, the directly elected head of government will need to be supported by relative majorities both in the Chamber and the Senate. Therefore, Article 3 of the bill provides that the results of the elections for three distinct organs – that is, the President of the Council of Ministers, the Chamber of Deputies, and the Senate – should produce compatible outcomes. A preliminary draft, informally circulated before the President of the Republic authorised the presentation of the bill, made reference to the use of «one ballot» to elect all three organs; this eventually disappeared, and Article 3 only states that the three elections are held «concomitantly»³⁷. For the sake of the separation of powers, the three elections are and should be kept distinct, hence the need for compatible outcomes. In an unusual move, the bill does not aim to entrench a voting system, for instance, proportional representation or first-past-the-post voting, but a specific component of electoral laws, that is, a bonus of seats. Moreover, the bonus should produce majority-assuring effects³⁸. In line with the case law of the Constitutional Court³⁹, the bonus should be attributed so as to produce similar outcomes

³⁵ See H. Diskin – A. Diskin, *The Politics of Electoral Reform in Israel*, in *International Political Science Review*, 1995, p. 40-43; J.O. Frosini, *Il sistema "primo-ministeriale"*, cit., p. 302-304.

³⁶ For a defence of (possibly unequal) bicameralism see M. Luciani, *Riforme e saggezza*, in *federalismi.it*, 7 June 2023, p. 5.

³⁷ See E. Caterina, *Sulla misteriosa sparizione della "scheda unica" dal ddl costituzionale sul "premierato"*, in *laCostituzione.info*, 4 December 2023; R. Tarchi, *Il "premierato elettivo"*, cit., p. 30.

³⁸ With regard to the function of bonuses, see criticism by G. Zagrebelsky, *La sentenza n. 1 del 2014 e i suoi commentatori*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2014, p. 2981.

³⁹ As the Court put it in judgment no. 35/2017, «while the Constitution does not oblige the legislature to introduce identical electoral systems for the two branches of Parliament, it does nevertheless require that the systems adopted, in order not to affect the

Giacomo Delledonne

*A modification or an upheaval of the parliamentary form of government?
An analysis of the Meloni Government's constitutional bill*

in both chambers. In the last decade, the Constitutional Court stroke down in two landmark judgments key components of two national electoral laws that provided, with some differences, for majority-assuring bonuses⁴⁰. The Court stated, first, that the winning coalition should be required to cross a minimum threshold to get the bonus and, second, that the regulation of the runoff voting should not allow producing excessively distortive effects. These points can be seen under a different light if parliamentary elections are held alongside the prime ministerial election, as the Court itself admitted in judgment no. 35/2017⁴¹; in the meantime, some constitutional provisions may provide a reference. If the constitutional amendment enters into force, electoral laws for the two chambers will be constitutionally required to provide for a bonus. Still, the freshly enacted provision, where «representativeness» and the protection of linguistic minorities are also mentioned, will be subject to systematic interpretation and will need to be reconciled with the principles of equal suffrage (Article 48(2) Const.). Moreover, in 2014 the Constitutional Court argued that the Chamber of Deputies and the Senate cannot be put on equal footing with regional legislatures and municipal assemblies, as they are «the exclusive locus for “national political representation” (Article 67 of the Constitution) ... by virtue of this fact, they are vested with fundamental functions of a “typical and unique nature” (see judgment no. 106/2002), including the direction and control of the government along with the delicate functions associated with the guarantee itself of the Constitution (Article 138 of the Constitution)»⁴². The specific role of the Parliament, as distinct from subnational representative assemblies, is one of the reasons, the other being the presence of a head of state, why the idea of a Mayor of Italy is based on a fallacious analogy between local governments and the national institutional framework.

correct functioning of the parliamentary form of government, and despite their potential differences, must not impede, upon the outcome of elections, the formation of homogenous parliamentary majorities».

⁴⁰ See judgments no. 1/2014 and no. 35/2017. See also E. Longo – A. Pin, *Judicial Review, Election Law, and Proportionality*, in 6 *Notre Dame Journal of International and Comparative Law*, 2016, p. 101-117; P. Faraguna, *‘Do You Ever Have One of Those Days When Everything Seems Unconstitutional?’: The Italian Constitutional Court Strikes Down the Electoral Law Once Again: Italian Constitutional Court Judgment of 9 February 2017 No. 35*, in *European Constitutional Law Review*, 2017, p. 778-792.

⁴¹ See M. Cavino, *L'introduzione dell'elezione diretta del Presidente del Consiglio dei Ministri*, cit., p. 52-53.

⁴² Constitutional Court, judgment no. 1/2014.

Giacomo Delledonne

*A modification or an upheaval of the parliamentary form of government?
An analysis of the Meloni Government's constitutional bill*

In practical terms, the implementation of a bonus to provide the head of government elect with comfortable majorities may face at least two issues⁴³. First, the elections of the Chamber and the Senate, although held simultaneously, are distinct; this makes different results a possible option, all the more so in the event of very tight contests⁴⁴. Second, the preservation of equal bicameralism and the reduced size of the chambers will complicate the task of elaborating a new electoral law for the 200-member Senate, which, under Article 57(1) Const., is elected «on a regional basis»⁴⁵.

⁴³ See also E. Rossi, *La nomina del Presidente del Consiglio realizzata mediante una norma abrogata: quel pasticciaccio della norma transitoria*, in *Forum di Quaderni costituzionali Rassegna*, 2, 2023.

⁴⁴ It should be added that the electoral law for the mayors and the municipal assemblies of towns and cities with more than 15,000 inhabitants includes a few situations in which the party lists that support the mayor elect do not get a majority of seats in the municipal assembly. In the last decade, some regions, including Latium, Liguria and the Marches, modified their electoral laws and introduced minimum thresholds to get a bonus of seats in the regional legislature. In this respect, constitutional bill no. 935 stands out in (apparently) not providing for exceptions to the automatic attribution of bonuses in the Chamber of Deputies and the Senate.

⁴⁵ See M. Cavino, *Introduzione dell'elezione diretta del Presidente del Consiglio dei Ministri*, cit., p. 53; E. Aureli, *Premio di maggioranza e vincolo di mandato governativo: rilievi critici ad una prima lettura del ddl. Costituzionale Meloni*, in *Osservatorio costituzionale*, 2, 2024, p. 21-22. When the bill was being considered by the Senate Committee for Constitutional Affairs, a new Article 3-bis was added to ensure compatibility between the bonus and the fact that the Senate is elected on a regional basis; this innovation, however, seems to have limited practical impact.

On a different note, the bill fails to consider some technical aspects that may undermine the consistency between legislative elections and the direct election of the head of government. Articles 56(2) and 57(2) regulate legislative apportionment and allocate a fixed number of constituencies to the Italian citizens residing abroad. In so doing, the Constitution provides for a derogation from the principle of equal suffrage; as things stand, the same does not apply to the direct election of the head of government (see R. Calvano, *Una prima lettura del progetto di legge di revisione costituzionale sul "premierato", alla luce delle pagine di Costituzione e politica di Enzo Cheli*, in *Nomos*, 3, 2023, p. 12). Moreover, Article 66 Const. states that ordinary courts and administrative courts have no jurisdiction over disputes related to legislative elections, which are adjudicated, respectively, by the Chamber and the Senate. This controversial provision is known as *verifica dei poteri* and does not apply to the distinct but closely intertwined election of the President of the Council of Ministers.

Giacomo Delledonne

*A modification or an upheaval of the parliamentary form of government?
An analysis of the Meloni Government's constitutional bill*

6. *Forming a new government: Innovation and continuity*

If the President of the Council of Ministers is elected by direct universal suffrage, the President of the Republic will lose, at least to a great extent, the power to appoint the head of government. The bill implicitly reckons with this innovation, as the head of state only commissions the President of the Council of Ministers elect to form a new government, *the first (not necessarily the only one) in the parliamentary term*.

The subsequent part of this provision – that is, the last paragraph of Article 92, as modified by Article 3 of the bill – contains a more significant innovation. So far, ministers have been appointed by the President of the Republic at the proposal of the President of the Council of Ministers. A well-established argument to prove the relative weakness of the Italian head of government is the fact that he or she cannot remove the other ministers from office (or, more properly, advise the President of the Republic to do so)⁴⁶. In this respect, there is a major difference between the Italian head of government, on the one hand, and the German Chancellor or the Spanish President of Government, on the other hand⁴⁷. Initially, the constitutional bill did not aim to attribute to the directly elected head of government a power to bring about the removal from office of his or her ministers. Early scholarly comments highlighted the intrinsic contradictions of this omission: the bill was characterised by an attempt to strengthen the legitimacy of the head of government thanks to direct election, but did not appropriately consider his or her position within the cabinet. According to other comments, the introduction of direct election did not go to the detriment of the principle of collegiality in the operation of the executive⁴⁸. More recently, the Senate Committee for Constitutional Affairs has approved an amendment whereby ministers are appointed *and removed* by the President of the Republic at the proposal of the President of the Council of Ministers elect. This amendment should be viewed favourably, as it tries

⁴⁶ See critical assessment by L. Paladin, *Governo italiano*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XIX, Milano, 1970, p. 695-696; see also L. Elia, *Il Primo Ministro nel diritto comparato* (1966), in *Costituzione, partiti, istituzioni* (M. Olivetti ed.), Bologna, 2009, p. 157.

⁴⁷ See, respectively, Article 64(1) of the Basic Law for the Federal Republic of Germany and Article 100 of the Spanish Constitution of 1978.

⁴⁸ See B. Pezzini, *L'introduzione del premierato nel sistema costituzionale italiano*, in *Osservatorio costituzionale*, 1, 2024, p. 69-70; M. Cavino, *L'introduzione dell'elezione diretta del Presidente del Consiglio dei Ministri*, cit., p. 54.

Giacomo Delledonne

*A modification or an upheaval of the parliamentary form of government?
An analysis of the Meloni Government's constitutional bill*

to reconcile the stronger electoral legitimacy of the head of government and his or her role within the Council of Ministers⁴⁹.

Another point deserves mention. The constitutional bill does not intend to modify the wording of Article 92 Const. in that ministers are appointed *by the President of the Republic* at the proposal of the President of the Council of Ministers. Some scholars see the appointment of the ministers as a dual act in which the head of state and the head of government appointed concur, whereas other scholars describe the head of government's proposals as binding⁵⁰. On few occasions during the history of the Italian Republic, the President of the Republic refused to follow proposals from the head of government appointed. These disagreements did not derive from policy concerns and were generally kept confidential⁵¹. In 2018, at the beginning of the eighteenth parliamentary term, a major public conflict arose between President Sergio Mattarella and the two leaders of the emerging "yellow-green" majority, Luigi Di Maio and Matteo Salvini. After asking Giuseppe Conte to form a government, Mattarella refused to appoint Conte's nominee for the crucial Ministry of Economy and Finance. Mattarella justified his refusal on the basis of Savona's Eurosceptic views; in his words, «uncertainty over our positions on the euro has raised alarm among investors and savers, Italian and foreign, who have invested in our government bonds and in our companies». Due to Conte's unwillingness or inability to make another proposal on the spot, the conflict became public, with Di Maio loudly (and improperly) requesting to impeach Mattarella. Tensions rapidly subsided, and the first Conte Government was sworn in, with Giovanni Tria, a more Europhile figure, taking office as Minister of Economy and Finance. Mattarella set a precedent and publicly gave reasons for his decision. On subsequent occasions, he even returned to the subject of the extension of presidential powers regarding the appointment of ministers. As Mattarella put it, the role of the President of the Republic cannot be limited to rubberstamping proposals from the incoming President of the Council of Ministers; rather, the head of state

⁴⁹ See N. Zanon, *Su quanto possa o debba essere "forte" un Presidente del Consiglio eletto direttamente*, cit., p. 98.

⁵⁰ See G. Cavagion, *La formazione del Governo. Aspetti e problemi tra quadro costituzionale e nuove prassi*, Torino, 2020, p. 99-104.

⁵¹ See B. Randazzo, *I poteri di nomina e le nomine dei presidenti*, in S. Cassese – G. Galasso – A. Melloni (eds.), *I presidenti della Repubblica. Il Capo dello Stato e il Quirinale nella storia della democrazia italiana*, Bologna, 2018, p. 1112-1113.

Giacomo Delledonne

*A modification or an upheaval of the parliamentary form of government?
An analysis of the Meloni Government's constitutional bill*

acts as an arbiter and «has never suffered and cannot suffer impositions»⁵². Six years later, the constitutional bill does not intend to modify the existing state of affairs; if this happens, it will result from an overall alteration in the role of the President of the Republic (see below at 9).

After being sworn in, the new government has to appear before the two chambers for the vote of confidence. If either chamber does not grant confidence to the new government, the President of the Republic asks to the President of the Council elect, once again, to form a government. If even this second attempt fails to pass the test of the vote of confidence, the President of the Republic dissolves the two chambers. This provision of the bill has been heavily criticised for creating a contradiction between the will of the voters and the will of the deputies or the senators. Although the head of government is directly elected, his or her government risks immediate disavowal from the Parliament⁵³. This provision is not irrational per se. Italy is a country of coalitions, quite often of heterogeneous ones. The winning candidate in the prime ministerial election will most likely be supported by a coalition of political parties. During the negotiations that precede the formation of the government (and are obviously influenced by the electoral results), early expectations may not be fulfilled. These expectations may affect the distribution of ministerial posts but also the formulation of the government programme. Furthermore, the President of the Republic, as said before, may play some role in the process that leads up to the inauguration of a new government. Having regard to this, the initial vote of confidence allows confirming the ongoing coherence between the new President of the Council of Ministers and the parliamentary majorities that support him or her in the two chambers⁵⁴. A less justifiable point is that the second vote of confidence seems to be a mere repetition of the first one. The bill does not follow in the footsteps of foreign examples like Articles 63(3) and (4) of the German Basic Law and Article 99(3) of the Spanish Constitution, which provide for a different regulation of the first vote and

⁵² See the speeches delivered by President Mattarella on 27 May 2018 (in the aftermath of the failure of Conte's first attempt) and on 24 September 2020 (on the tenth anniversary of the death of former President Francesco Cossiga). See also G. Delledonne – L. Gori, *Le presidenze della Repubblica rilette dal Quirinale. Potere di esternazione ed esigenze di continuità istituzionale*, in *Quaderni costituzionali*, 2021, p. 334-336.

⁵³ See, for instance, S. Curreri, *Quel "pasticcaccio brutto" del voto di fiducia iniziale*, in *laCostituzione.info*, 15 December 2023.

⁵⁴ See in-depth discussion by N. Zanon, *Su quanto possa o debba essere "forte" un Presidente del Consiglio eletto direttamente*, cit., p. 99-100.

Giacomo Delledonne

*A modification or an upheaval of the parliamentary form of government?
An analysis of the Meloni Government's constitutional bill*

possible subsequent votes in order to unlock a stalemate⁵⁵. A possible justification is that in Spain the Congress of the Deputies, after the first vote, is called on to approve or to reject the same candidate for President of the Government. In Italy, in turn, the President of the Republic asks the head of government elect to initiate a second attempt to form a government; both the initial composition of the cabinet and its programmatic commitments may be modified under way. In the end, the second vote of confidence differs from the first one not in terms of quorums but for the (possible) differences between the first and second governments.

7. Automatic dissolution of the legislature: A conundrum?

The second key component of the neo-parliamentary or prime ministerial form of government is the dissolution of the legislature as an automatic consequence of the downfall of the government. This measure should dissuade parliamentarians from adopting a vote of no confidence or inducing the executive to resign in any other way. In Duverger's words, «the fear of having to face a snap election will lead the deputies to maintain the government in office and will secure the stability of the latter»⁵⁶. The head of government and the lower house being elected simultaneously by direct universal suffrage, their destinies are «inextricably tied»⁵⁷. In his works, Duverger basically focused on snap elections as a consequence of conflicts between the directly elected head of government and the legislature, but he did not consider other possible occurrences, for instance, the death, permanent impediment or voluntary resignation of the President of the Council. Should the legislature be dissolved whenever the head of government leaves office for whatever reason?

A decade later, this question was also addressed by the Italian scholars who took part in the debate organised by the journal *Gli Stati*. On that occasion, Antonio La Pergola suggested that if the President of the Council of Ministers dies, is permanently incapacitated or resigns for personal reasons, a Vice President, also directly elected at the previous general

⁵⁵ See S. Curreri, *Quel "pasticciaccio brutto" del voto di fiducia iniziale*, cit.

⁵⁶ M. Duverger, *Institutions politiques et droit constitutionnel*, 7th edition, Paris, 1963, p. 474. According to Duverger, the idea of an automatic dissolution of the French National Assembly as a consequence of the government's resignation was first developed by Jean Monnet's close advisers in 1949.

⁵⁷ M. Duverger, *Institutions politiques et droit constitutionnel*, cit., p. 475.

Giacomo Delledonne

*A modification or an upheaval of the parliamentary form of government?
An analysis of the Meloni Government's constitutional bill*

election, should take over. By doing so, La Pergola was making a distinction between political crises that cause the executive to leave office, and other, mainly non-political occurrences that make it unadvisable to call for a snap election. Costantino Mortati also raised some doubts on such a rigid mechanism and proposed to entrust the President of the Republic, as «a neutral and impartial organ», to seek a solution for the conflict between the legislative and the executive. Mortati also recommended preserving the presidential power to dissolve either chamber or both⁵⁸.

Also in Israel, the brief experiment with the direct election of the Prime Minister testifies to the difficulty of linking the destinies of the two organs rigidly. On a number of occasions, including the failure to present a government, the death and the voluntary resignation of the Prime Minister, special separate elections were held for choosing a new Prime Minister, but the Knesset was not dissolved (s. 5 of the Basic Law: The Government)⁵⁹. This happened, for instance, in 2000, when Prime Minister Ehud Barak resigned: a new prime ministerial election was called, but the Knesset elected in 1999 stayed in office until 2003. In present-day Italy, any discussion about how to regulate the early dissolution as an automatic consequence of the government's resignation is obviously influenced by the peculiar form of government that was put in place in the Italian regions and municipalities, where the *simul stabunt simul cadent* rule applies with no exceptions. The Court upheld a narrow reading of this rule when reviewing the new regional charter (*statuto*) of Calabria, in 2004⁶⁰.

The text of Article 4 of the bill has already been modified, and further adjustments are not unlikely to be adopted in the following steps. As things stand, automatic dissolution would only follow from the adoption of a motion of no confidence under Article 94(5) Const., that is, in a situation in which the executive *is forced to resign*. The same should happen, despite some controversy, when the executive makes its remaining in office dependent on a vote of confidence (*questione di fiducia*) and is subsequently defeated⁶¹.

⁵⁸ Incidentally, Article 2 of the bill seeks to modify Article 88 Const. so as to abolish the presidential power to dissolve just one chamber.

⁵⁹ See J.O. Frosini, *Il sistema "primo-ministeriale"*, cit., p. 303-304.

⁶⁰ Constitutional Court, judgment 2, 2004. See C. Fasone – G. Piccirilli, *The new "form of government" in the reforms of the Italian regional system*, in E. Arban – G. Martinico – F. Palermo (eds.), *Federalism and Constitutional Law: The Italian Contribution to Comparative Regionalism*, Abingdon, 2021, p. 39.

⁶¹ See discussion by S. Curreri, *Le dimissioni del Governo battuto su una questione di fiducia: valutazione politica o obbligo giuridico?*, in *laCostituzione.info*, 9 February 2024.

Giacomo Delledonne

*A modification or an upheaval of the parliamentary form of government?
An analysis of the Meloni Government's constitutional bill*

Votes of confidence called by the government are not explicitly regulated in Article 94 Const., but the need for clarification has led the Senate to pass an amendment to Article 4 of the bill. According to the amended provision, automatic dissolution will only occur if a motion of no confidence is passed by either assembly. “In the other cases of resignation” – including, presumably, a failed vote of confidence called by the head of government – the President of the Council of Ministers, after appearing before the Parliament, can advise the President of the Republic to dissolve the chambers, and the head of state will have to grant him or her an early dissolution. A third scenario opens up if the President of the Council of Ministers does not ask for a dissolution and in cases of death, permanent impediment, or disqualification from office. Should any of these events come true, the President of the Republic could either ask the outgoing President of the Council of Ministers to form a new government or pick «another member of the Parliament» as the new head of government. This can happen only once in a legislative term, which means that there cannot be more than two Presidents of the Council of Ministers during a parliamentary term. The final part of Article 4 is quite poorly drafted and will probably need some further refinement.

The main feature of this provision of the bill is a clear downsizing of the role of the President of the Republic in managing cabinet crises. Under the existing arrangements, with the legislative-executive relationship not regulated in detail, the head of state can resort to a quite wide, albeit not unlimited, discretion. If the proposed amendment enters into force, the handling of a cabinet crisis will fall into the hands of the President of the Council of Ministers. If the government is forced to resign after losing a vote of no confidence, there is no alternative to a snap election; however, there are several situations in which the head of government, to anticipate and prevent a conflict, may decide to tender his or her resignation. In the history of the Italian Republic, executives have never resigned as a result of a vote of no confidence⁶², and everything suggests that this will not change in the foreseeable future. The incumbent head of government may decide to resign, after which he may ask for an early dissolution, be commissioned to form a new government, or step aside and make room for a successor. Even if the outgoing head of government has lost control over its majority,

⁶² In 1998 and 2008, Romano Prodi was forced to resign after seeking a vote of confidence (and losing it).

Giacomo Delledonne

*A modification or an upheaval of the parliamentary form of government?
An analysis of the Meloni Government's constitutional bill*

its wide-ranging powers enable him or her to play a guiding role during the crisis.

The second purpose of Article 4 is to avoid *ribaltoni*, that is, a succession of governments supported by different majorities. This occurrence is hardly foreign to the intrinsic logic of a parliamentary form of government, but in Italy, due to the huge number of members of Parliament defecting from their groups, joining other groups or forming new groups (and parties), it has become almost uncontrollable and has contributed to undermining trust in the system. The bill tries to provide a remedy in providing that only another President of the Council of Ministers may take office during the parliamentary term; the unelected head of government must have been elected in the lists that were supporting the former President of the Council of Ministers. It is far from obvious that this innovation will be suited to achieve its alleged purpose; over the course of a five-year parliamentary term, parliamentary majorities may break down and come together in a different shape, and the new wording of Article 94 Const. could do little to prevent new *ribaltoni*⁶³. Incidentally, in these situations the President of the Republic may retrieve, at least in part, its power to manage a cabinet crisis. Article 4 of the bill is based on a complex mixture of different constitutional materials, in which neo-parliamentary and traditionally parliamentary features are ambiguously forced to coexist. It is for the incumbent President of the Council of Ministers, when a crisis may arise, to decide which component of the institutional machinery should have precedence.

The third major innovation brought about by Article 4 is the fact that only a member of Parliament can become President of the Council of Ministers. Indeed, as a general rule, national constitutions do not require the head of government or the other members of the cabinet to be members of the legislature⁶⁴. This means, first, that technocratic governments, a recurring characteristic of Italian politics during the last three decades, could be consigned to history quite soon. According to a persuasive attempt at

⁶³ In its early shape, the bill was much more rigid in trying to limit the autonomy of the second head of government from the directly elected one; these provisions were probably ineffective and ended up diminishing the institutional position of the incoming President of the Council of Ministers (see B. Pezzini, *L'introduzione del premierato nel sistema costituzionale italiano*, cit.).

⁶⁴ See in this respect A. Pierini – M. Volpi, *Technical Governments and Technical Experts in the Government*, in F. Merloni – A. Pioggia (eds.), *European Democratic Institutions and Administrations: Cohesion and Innovation in Times of Economic Crisis*, Cham, 2018, p. 66-67.

Giacomo Delledonne

*A modification or an upheaval of the parliamentary form of government?
An analysis of the Meloni Government's constitutional bill*

definition, governments can be labelled as technocratic if they are directed by a President of the Council of Ministers who does not come from elective politics but has a different professional background, including high-level experience at European or international level. Distance from party politics is a key factor in leading the President of the Republic to appoint a technocrat as head of government⁶⁵. Not all Presidents of the Council who were not sitting in Parliament when they took office fall within this definition; such is not the case, for instance, with Matteo Renzi, who was serving as Mayor of Florence and had just been picked as new leader of the Democratic Party when he was asked by President Giorgio Napolitano to form a new government. This was the case, however, with Carlo Azeglio Ciampi (1993), Lamberto Dini (1995), and Mario Draghi (2021). Mario Monti was a freshly appointed senator for life when he was asked to form a government, but this point is addressed in Article 1 of the bill (see below at 8). If the amendment comes into force, the President of the Republic will no longer have the power to appeal to an independent personality, possibly in times of crisis. In retrospect, the legacy of Italian technocratic governments can be described as a mixed bag⁶⁶, but this should not prevent us from recognising their role in unlocking situations of stalemate. On a different note, no alternative *political* leaderships could emerge outside the Parliament in the five years between a general election and the subsequent one⁶⁷. Due to the oligarchic or personalistic structure of most political parties in present-day Italy, this point may be quite problematic.

8. Abolition of the power to appoint senators for life: Only apparently a marginal provision

At first sight, Article 1 seems to stand apart from the rest of the constitutional bill, as it aims to abrogate a provision that plays a quite marginal role within the parliamentary form of government. As per Article 59(2) Const., the President of the Republic may appoint as senators for life

⁶⁵ See N. Lupo, *Un governo "tecnico-politico"? Sulle costanti nel modello dei governi "tecnici", alla luce della formazione del governo Draghi*, in *federalismi.it*, 8, 2021, p. 135. As for the Draghi Government (2021-2022), see A. De Petris, *From political to technocratic government and back*, cit., p. 50-54.

⁶⁶ See N. Lupo, *Un governo "tecnico-politico"?*, cit., p. 138.

⁶⁷ ... with the possible exception, depending on the structure of the new electoral law, of by-elections in single-member constituencies.

Giacomo Delledonne

*A modification or an upheaval of the parliamentary form of government?
An analysis of the Meloni Government's constitutional bill*

five citizens «who have brought honour to the Nation through their exceptional accomplishments in the social, scientific, artistic, and literary fields». In 2020, in coincidence with the reduction of the size of the two houses of Parliament, it was added that the overall number of sitting senators for life «may not, under any circumstances, exceed five».

By giving the President of the Republic a power to appoint up to five senators for life, the Constitution provides for a limited derogation from the principle whereby the Italian Parliament is composed of two chambers, both directly elected. The underlying idea is that the head of state may appoint as senators for life «prominent individuals with which all Italian citizens, regardless of their political views, can identify»⁶⁸; these appointments contribute to demonstrating that the Republic, founded on labour, rewards its most illustrious citizens with the highest honour. Meanwhile, Article 59(1) provides that former presidents of the Republic become senators by right after leaving office; if the constitutional bill finally enters into force, this rule will remain unchanged.

Over the decades, Article 59 has been frequently criticised since it represents a derogation from representative democracy and popular sovereignty. Other critics have focused on the fact that the actual contribution of many senators for life to parliamentary work has been quite limited. Besides, the very role of senators for life in situations when the government of the day was supported by a tight majority or by no majority at all in the Senate has been repeatedly called into question⁶⁹. Criticism from centre-right parties and media outlets was particularly vocal during the fifteenth parliamentary term (2006-2008), when the second Prodi Government depended on the support of a few senators for life to stay in office. In a vote of confidence on 19 January 2022, some senators for life were part of the relative majority that allowed the second Conte government to stay in office a further week. In the comparative scenario, legislators appointed for life, as distinct from ex officio members like former heads of state, are very rare.

It remains to be seen why a constitutional bill with limited, albeit significant goals seeks to abolish the constitutional provision that enables

⁶⁸ See P. Franceschi, *Articolo 59*, in G. Branca (ed.), *Commentario della Costituzione, La formazione delle leggi*, vol. I, Bologna-Roma, 1984, p. 107.

⁶⁹ See L. Scaffardi, *Articolo 59*, in F. Clementi – L. Cuocolo – F. Rosa – G.E. Vigevari (eds.), *La Costituzione italiana. Commento articolo per articolo*, vol. II, Bologna, 2018, p. 38-39; P. Armaroli, *I senatori a vita visti da vicino. Da Andreotti a Segre, da Fanfani a Spadolini*, Lucca, 2023, p. 351 ff.

Giacomo Delledonne

*A modification or an upheaval of the parliamentary form of government?
An analysis of the Meloni Government's constitutional bill*

the President of the Republic to appoint up to five senators for life. Two possible rationales can be detected. The abrogation of Article 59(2) Const. is instrumental, first, in ensuring that no technocratic administration may take office. The constitutional bill seeks to establish a very tight link between the electorate, the head of government elect, and the parliamentary majorities in the Chamber of Deputies and the Senate. As shown before with regard to Article 4, the bill is not completely consistent in pursuing this design. Be that as it may, only a sitting member of Parliament can succeed the directly elected President of the Council of Ministers during the parliamentary term. At the beginning of the term, if the President elect fails to win the vote of confidence, the President of the Republic has no choice but to call for a snap election. Based on Articles 3 and 4 of the bill in their current shape, there is no room for a government led by someone who does not sit in the Chamber or in the Senate. In November 2011, President Napolitano surprisingly appointed former European Commissioner Mario Monti senator for life; in so doing, the head of state was suggesting that the resignation of the fourth Berlusconi Government was imminent, and Monti was a clear favourite to form the new government⁷⁰. Therefore, Article 1 of the bill is instrumental in ensuring that no one outside the two chambers can ever ascend to President of the Council of Ministers.

The second reason has to do with the constitutional referendum, that is, the most probable final stage of this amendment procedure. Not only is the abolition of the presidential power to appoint senators for life regulated in Article 1 but is also mentioned in the title of the constitutional bill. How does this affect the following steps in the procedure? Article 16 of law no. 352/1970 lays down rules on the text of the question to be submitted to the voters in a constitutional referendum. In doing so, it makes a distinction between constitutional laws that modify specific provisions of the Constitution (*leggi di revisione costituzionale*) and other constitutional laws (*leggi costituzionali*) whose provisions are set, if adopted, to remain outside the text of the Constitution proper. Borrowing from Richard Albert's terminology, this distinction reflects the fact that Article 138 Const. combines an *integrative* and a *disaggregative* model of codification of constitutional provisions⁷¹. When a referendum is held on a constitutional law that amends

⁷⁰ See critical assessment by D. Galliani, *Metodo di studio e settennato Napolitano*, in *Quaderni costituzionali*, 2013, p. 72-73; I. Pellizzone, *Poteri e garanzie (Presidente della Repubblica)*, in *Enciclopedia del diritto. I tematici*, vol. V, *Potere e costituzione*, Milano, 2023, p. 902-903.

⁷¹ See R. Albert, *Constitutional Amendments: Making, Breaking, and Changing Constitutions*, New York, 2019, p. 235.

Giacomo Delledonne

*A modification or an upheaval of the parliamentary form of government?
An analysis of the Meloni Government's constitutional bill*

the Constitution proper, the question should be as follows: «Do you approve the text of the law that modifies Article ... (or Articles ...) of the Constitution, relating to ...?». When a constitutional law of the second type is submitted to referendum, the question should sound like this: «Do you approve the text of the constitutional law ... concerning ... that was adopted by the Parliament and published in the Official Gazette, no. ... on ...?».

Four constitutional referendums have taken place until the present day⁷². In all these cases, in which the modification of provisions of the Constitution was at stake, the wording of the question followed the second option mentioned in Article 16 of law no. 352/1970 and focused on the heading of the constitutional bill. In 2001 and 2006, this was relatively unproblematic, as the titles were quite generic. In 2006, for instance, a constitutional referendum was held on a constitutional bill on «Modifications to the Second Part of the Constitution». A more heated controversy emerged in 2016, when the title of the Renzi-Boschi amendment and, consequently, the question submitted to referendum made reference, among other things, to the «containment of the running costs of the institutions». The cost of politics was and to some extent is a recurring subject of dispute in political conversation in Italy amidst widespread disenchantment with representative democracy, and mentioning it in the question was perceived as instrumental in persuading undecided or disillusioned voters to vote in favour of the amendment. In legal terms, critics argued that the constitutional bill promoted by the Renzi Government sought to amend several provisions of the Constitution; therefore, the wrong part of Article 16 of the ordinary law on referendums had been applied. Other authors objected that the bill contained diverse provisions, some of them regulating objects outside the text of the Constitution proper; if that is true, the bill had correctly been ascribed to the residual category of the *other constitutional laws*⁷³.

⁷² In 2001, a major reform of the territorial organisation of the Italian Republic was approved by the voters. In 2006 and 2016, in turn, organic reform projects presented, respectively, by the Berlusconi Government and the Renzi Government were soundly defeated. In 2020, voters approved the constitutional bill aiming to reduce the size of the two chambers.

⁷³ See. P. Carnevale, *Sul titolo delle leggi di revisione costituzionale. Prime riflessioni a margine del disegno di legge di riforma della seconda parte della Costituzione attualmente in itinere*, in *Rivista AIC*, 1, 2015, p. 17-20; G. Piccirilli, *Il referendum costituzionale e il suo quesito. Proseguendo un*

Giacomo Delledonne

*A modification or an upheaval of the parliamentary form of government?
An analysis of the Meloni Government's constitutional bill*

The wording of the title of constitutional bill no. 935 can be understood in the light of the above. In order to avert possible objections, and in line with constitutional law no. 1/2020, the title of the bill makes reference both to the provisions to be amended and to the contents of the reform, including the direct election of the head of government, strengthened governmental stability, and the abolition of the power to appoint senators for life. This last point may have a mobilising impact on parts of the electorate, mostly but not exclusively in the pro-government field⁷⁴.

9. Transformations in the role of the President of the Republic

On 6 March 2024, the Senate Committee for Constitutional Affairs approved an amendment whose goal is to modify the procedure for electing the President of the Republic as regulated in Article 83 Const. Under the existing rules, a two-third majority of the members of the electoral college is required in the first three ballots. From the fourth ballot onwards, an absolute majority is sufficient to elect a new President of the Republic⁷⁵. The regulation of the electoral process is functional to enhance the constitutional role of the President as «head of state and representative of national unity» (Article 87(1) Const.). In principle, the parties that support the government in office need to conduct negotiations with parts of the opposition for their candidate to reach the prescribed majority. Even after the adoption of non-proportional electoral laws in the 1990s, Italian presidential elections have remained a complex process. The chaotic condition of the political system resulted in an apparent deadlock during the 2022 presidential election, which led scholars to make proposals to modify the current procedure⁷⁶.

dialogo con Paolo Carnevale, in *Osservatorio sulle fonti*, 2, 2016, p. 1 ff.; R. Pinardi, *Alcune annotazioni sul giudizio di legittimità-ammissibilità delle richieste di referendum costituzionale*, in U. Adamo et al. (eds.), *Alla prova della revisione*, cit., p. 355 ff.

⁷⁴ See S. Leone, *Il referendum costituzionale. Ovvero dei rischi di una "esaltazione" dell'intervento popolare nel procedimento di revisione costituzionale*, in *La Rivista Gruppo di Pisa*, 1, 2024, p. 319-320.

⁷⁵ See a concise presentation by G. Grasso, *The Re-election of President of the Republic Sergio Mattarella and the Challenges for the Italian Form of Government*, in *I•CONnect*, 17 February 2022.

⁷⁶ See C. Fusaro, *L'elezione del tredicesimo presidente (24-29 gennaio 2022). Ottimo risultato, meccanismo da rivedere, sistema in crisi irreversibile*, in *federalismi.it*, 31 January 2022.

Giacomo Delledonne

*A modification or an upheaval of the parliamentary form of government?
An analysis of the Meloni Government's constitutional bill*

The amendment states that a two-third majority will be required until the sixth ballot; from the seventh ballot onwards, an absolute majority will suffice. As things stand, the amendment adopted by the Committee is of little benefit. Since 2006, parliamentary parties have proved to be very reluctant to support their candidates from the very first ballot. In 2006 and 2015, although the left-of-centre majorities had already selected their candidates – respectively, Giorgio Napolitano and Sergio Mattarella – they recommended to their parliamentarians to opt for a blank vote. Both Napolitano and Mattarella were elected in the fourth ballot. In 2013, the failure of Franco Marini's candidacy in the first ballot was perceived as traumatic and immediately led the parliamentary parties to search for another candidate. In sum, the first three ballots represent «a ritual too complex to be seriously considered a viable option»⁷⁷. If an amended Article 83 Const. enters into force, the parliamentary parties will most likely wait until the seventh ballot to vote for their actual nominees. Thanks to the majority-assuring electoral laws for the two chambers, the majority groups will be well placed to elect their own candidate⁷⁸. In Italy, the history of presidential elections is one of fractious ruling coalitions and backroom negotiations with the opposition; however, if the President of the Council of Ministers is elected by direct universal suffrage, he or she will be more likely to control the electoral process thanks to a strengthened institutional position.

On a general level, and leaving aside the crucial powers to appoint the head of government and to dissolve the bicameral legislature, the constitutional bill does not explicitly affect the role of the President of the Republic (see above at 6 and 7). However, an indirectly elected President of the Republic may have some trouble in confronting a directly elected President of the Council of Ministers. The powers of the Italian President of the Republic are quite difficult to encompass; Massimo Luciani persuasively described the President's activity as «unravelling the tangle» when necessary⁷⁹, that is, remedying the occasional malfunctioning of the institutional system. This complex activity goes beyond the formation of

⁷⁷ L. Gori, *Alcune osservazioni a proposito dell'esperienza più recente in tema di elezione del Presidente della Repubblica*, in E. Catelani – S. Panizza – R. Romboli (eds.), *Profili attuali di diritto costituzionale*, Pisa, 2015, p. 231.

⁷⁸ See D. Paris, *Brevi note sulla disciplina costituzionale dell'elezione del Presidente della Repubblica, tra storia e riforme*, in *federalismi.it*, n. 11/2024, p. 14-15.

⁷⁹ M. Luciani, *Un giroscopio costituzionale. Il Presidente della Repubblica, dal mito alla realtà (passando per il testo della Costituzione)*, in *Rivista AIC*, 2, 2017, p. 19.

Giacomo Delledonne

*A modification or an upheaval of the parliamentary form of government?
An analysis of the Meloni Government's constitutional bill*

governments and the dissolution of the legislature and involves, among others, the lawmaking process. In an interesting move, the Committee for Constitutional Affairs approved an amendment presented by Marcello Pera, a former President of the Senate. In order to strengthen the position of the head of state vis-à-vis the executive and its directly appointed leader, the amendment seeks to modify Article 89 Const. and to exempt some presidential acts from the requirement of ministerial countersignature⁸⁰. These acts include the appointment of the President of the Council of Ministers in the course of the legislative term, the appointment of five judges of the Constitutional Court, the grant of pardon, sending messages to the Parliament, the decrees by which elections and referendums are called, and the power to send back laws to the Chambers for further consideration⁸¹. The aim of the Pera amendment is to consolidate an interpretation of Article 89 Const. that has emerged over the decades thanks to scholars, institutional practice, and the case law of the Constitutional Court: although all presidential acts currently need to be countersigned, some of them are the product of a presidential decision, and «the countersignature implies a mere acknowledgment of the decision reached by the President of the Republic and a kind of certification of authenticity of the President's signature»⁸². In this respect, the Pera amendment may play a positive role in preserving the head of state from majoritarian pressures⁸³.

⁸⁰ According to Article 89 Const., «No act of the President of the Republic shall be valid unless it is countersigned by the Ministers who have submitted it, who assume responsibility for it».

⁸¹ Interestingly, the Pera amendment does not mention the power to dissolve the Chamber and the Senate under Article 88 Const., which is often understood as (and should remain) a dual act. This point is crucial, as the President may call for a snap election in situations other than those mentioned in Article 4 of the bill, for instance, when it clearly emerges that the composition of the Parliament is no longer representative of the feelings prevalent in the general public (see L. De Carlo, *L'esercizio del potere di scioglimento delle Camere da parte del Presidente della Repubblica: Per una ricostruzione diacronica*, in *Nomos*, 2, 2024, p. 43-44).

⁸² M. Cartabia – N. Lupo, *The Constitution of Italy*, cit., p. 126.

⁸³ See critical discussion by C. Fusaro, *Il silenzio dei costituzionalisti e l'emendamento Pera sulla controfirma*, in *Astrid Rassegna*, 5, 2024; A. Ruggeri, *La controfirma ministeriale e il gioco dell'oca, ovvero sia quando si modifica la Costituzione per tornare... all'originario dettato (nota minima su una vicenda anomala)*, in *Consulta online*, 1, 2024, p. 446-450.

Giacomo Delledonne

*A modification or an upheaval of the parliamentary form of government?
An analysis of the Meloni Government's constitutional bill*10. *Concluding remarks*

The main rationale of the constitutional bill can be described as an attempt to simplify the functioning of the Italian parliamentary form of government. Simplification is supposed to enhance executive stability and to counter the apparently unstoppable rise of electoral abstentionism. If the bill is approved and enters into force, the institutional position of the directly elected head of government will be clearly strengthened; as argued above (see paragraph 7), the President of the Council of Ministers will substantially decide the outcome of cabinet crises. Nevertheless, a stable leadership does not fully equate to a stable parliamentary majority, let alone a stable policy direction. During the eighteenth parliamentary term, Giuseppe Conte could stay in office thanks to the support of two quite different coalitions, a populist and a progressive one. On a different note, institutional simplification cannot be unlimited. The national institutional architecture cannot be properly compared with local and even regional governments, if only for the presence of a head of state as distinct from the head of government. The bill implicitly acknowledges this, and the possibility that a second, unelected head of government takes office during the term confirms that the reform project does not represent a full-blown departure from parliamentary government⁸⁴.

A simplified functioning of the institutional machinery may attract disillusioned voters and make the use of suffrage more understandable⁸⁵. In a de-institutionalised party system, however, a direct election may end up resembling a wild card. This has to do with the evolving role of political parties: as constitutional scholars and political scientists noticed decades ago, political parties have contributed to making direct elections, for instance, French presidential elections, a functioning exercise in democracy⁸⁶. In the last decade, the implosion of traditional political parties and the rise of new, often volatile groups has made the French presidential

⁸⁴ See general remarks by A. Poggi, *Perché e a che condizioni l'elezione diretta del Presidente del Consiglio può essere utile alla razionalizzazione della forma di governo parlamentare*, in *federalismi.it*, 7 June 2023, p. 6.

⁸⁵ See L. Violini, *Crisi della democrazia e elezione diretta del premier: un passo verso il superamento della disaffezione al voto?*, in *federalismi.it*, 7 June 2023.

⁸⁶ See L. Elia, *Governo (forme di)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XIX, Milano, 1970, p. 667

Giacomo Delledonne

*A modification or an upheaval of the parliamentary form of government?
An analysis of the Meloni Government's constitutional bill*

election more similar to an unpredictable «Russian roulette»⁸⁷. If the bill is adopted, a comprehensive regulation of political parties will be urgently needed. As said above, a regulation of political parties would also contribute to mitigating the rigidity of a system in which only a sitting member of Parliament may be asked to lead the government.

As things stand, important aspects of the constitutional bill are quite disappointing and need significant adjustment. This is the case, above all, of the regulation of the elections of the President of the Council of Ministers, the Chamber of Deputies, and the Senate. On the one hand, the method for electing the head of government should be entrenched in the Constitution. On the other hand, the preservation of equal bicameralism, untenable but easily understandable in practice, gives rise to a number of serious problems when it comes to legislating the electoral systems of two chambers. Electoral laws will also be crucial in providing a fair balance between majority-building function and an appropriate representation of political pluralism, including the presence of vital parliamentary parties in the opposition⁸⁸.

The author's assessment of Articles 3 and 4 of the bill, by contrast, is not necessarily negative, as they try, more or less persuasively, to reconcile different objectives. The chief goal of the bill is to foster executive stability, which will inevitably affect the backup role of the President of the Republic. The head of state may still play a significant role, with regard, for instance, to lawmaking, an issue that is completely neglected by the constitutional bill. For this to be possible, the President of the Republic should not be a mere offshoot of the majority of the day; in this respect, a possible solution might be increasing to three-fifths the majority required for electing the head of state.

Constitutional bill no. 935 is an ambitious project and tries to respond to some current challenges. In the preceding paragraphs, the focus has been put on virtues and flaws of the bill; a more difficult question, however, is if it is able to escape the well-known paradox of constitutional reform (as theorised by Norberto Bobbio and by Gustavo Zagrebelsky)⁸⁹ and to

⁸⁷ See É. Thiers, *La mystique constitutionnelle gaullienne: l'ombre portée du Général*, in *Pouvoirs*, no. 174, 2020, p. 37. See also F. Clementi, *Per un'innovazione consapevole: rafforzare la premiership senza rigidità sistemiche*, in *federalismi.it*, 7 June 2023.

⁸⁸ See A. Pertici, *La prevedibile incostituzionalità dell'Italicum e le sue conseguenze*, in *Quaderni costituzionali*, 2017, p. 291-292.

⁸⁹ For a recent appraisal, see P. Carrozza, *The Paradoxes of Constitutional Reform*, in *Italian Law Journal*, special issue 2017, p. 91-103.

Giacomo Delledonne

A modification or an upheaval of the parliamentary form of government?

An analysis of the Meloni Government's constitutional bill

provide conclusive answers to the ongoing crises of representative democracy and liberal democracy.

ABSTRACT: This piece presents and discusses the latest attempt to amend the Second Part of the Italian Constitution. To do so, it retraces the reform plans of the Meloni Government, with a special focus on the bill that aims to introduce the direct election of the President of the Council of Ministers. The paper discusses virtues and flaws of the so-called *premierato*, with an eye to the stated goals of this project, its ability to achieve them, and the comparative context.

KEYWORDS: Italy – constitutional amendment – Prime ministerial government (*premierato*) – forms of government – Executive stability

Giacomo Delledonne – Professore associato di diritto costituzionale, Scuola Superiore Sant'Anna, Pisa (giacomo.delledonne@santannapisa.it).

**Some reflections on the implementation
of Article 116 (3) of the Italian Constitution.
Law 86/2024 and limits to “differentiated regionalism”***

Eleonora Rinaldi

TABLE OF CONTENTS: 1. Art. 116, paragraph 3, of the Italian Constitution: particular forms and conditions of enhanced autonomy for ordinary Regions. 2. Observations on the ranking of framework law implementing Article 116(3) of the Constitution and on the procedural limitations under Article 116 (3) of the Constitution for concluding the "prior agreement". 3. Determination of agreement content: subject matters, competences or functions? 3.1. Parliamentary approval of agreement. 4. From functions to resources: respect for the principles of art. 119 Cost. as substantial limit to differentiated autonomy. 4.1. Principles of art. 119 of the Constitution as a limit for access to negotiations and a condition for the “sustainability” of differentiation. 5. Concluding considerations.

1. Art. 116, paragraph 3, of the Constitution: the particular forms and conditions of enhanced autonomy for ordinary Regions

The approval of the Bill for the implementation of art. 116, paragraph 3 of the Constitution (law 86/2024), the so-called “Calderoli Bill”, fulfills one of the main objectives pursued by the current Government in terms of institutional reforms.

Art. 116(3) represents an element of constitutional reform under Title V, Part II of the Italian Constitution, by introducing a model of specialization aimed at ordinary regions (*regioni “a statuto ordinario”*). It provides for the possibility of accessing the particular forms and conditions of enhanced autonomy in the listed areas, and also marks a partial deviation from the preference given by constitutional law 3/2001 for the uniform devolution of new powers to the regions.¹

By reason of the amendment to art. 116, ordinary regions can negotiate particular forms and conditions of autonomy with the state, concerning the transfer of relevant

* The article has been subjected to double blind peer review, as outlined in the journal’s guidelines. L’articolo è parte del focus “Recent developments in the Italian constitutional experience: a look from within (Part II)”.

¹ A comprehensive analysis of the parliamentary debate concerning approval of Article 116(3) Const. can be found in L. Gori, *L’autonomia regionale differenziata a partire dai lavori preparatori della riforma del Titolo V della Costituzione*, in *Osservatorio sulle fonti*, 1, 2023, pp. 60 ff., available at: <http://www.osservatoriosullefonti.it>.

powers relating to 23 subject matters. Any agreement must be approved by Parliament on the basis of an absolute majority².

Many definitions of this innovation have been proposed by scholars (the most frequently used is "differentiated regionalism"); however, all such definitions indicate the possibility for individual regions to expand their areas of competence beyond those pertaining to them in accordance with art. 117 of the Constitution³.

In this way, individual ordinary regions may be differentiated not only as to the manner in which they implement their general competences, but also as regards additional areas of competence assigned to them.

This results in a further level of differentiation similar to that enjoyed by the five special regions on the basis of the Republican Constitution of 1948 and relevant statutes; nevertheless art. 116 (3) of the Constitution cannot be considered as a means to benefit from the status of being a special region beyond that provided for by art. 116 (1) Constitution.

Important differences remain between special and differentiated regional autonomy, which can be traced back to the four basic aspects given by: (a) ranking of individual statutes of autonomy, (b) sources of law concerning the assignment of legislative and administrative powers, (c) financial regime, (d) relationship with central government⁴.

The procedure for approving the special statute provides a strengthened guarantee of autonomy since, with the sole exception of the financial regime provisions (which can be modified by Parliament, subject to agreement between the State and the region concerned), a constitutional law makes it more difficult to alter or amend legislative and administrative powers.

In addition, the reference framework relating to the powers of the five special regions is rendered more complex by the need to also refer to the Constitution (by virtue of the reference contained in art. 10, l. const. no. 3/2001), and to the legislative provisions of the state, both those of which delegate further competences to the special regions, and those laid down by governmental decrees implementing the special statutes.

Finally, concerning finances, each special region negotiates its own agreement with the centre - which is generous in allowing them to manage resources originating from the territory - on the basis of the principle of parity between each special region and the state.

² See F. Palermo, *Asymmetries in the Italian regional system and their role model*, in E. Arban, G. Martinico, F. Palermo (eds.), *Federalism and Constitutional Law. The Italian Contribution to Comparative Regionalism*, London, 2021, p. 144.

³ See, M. Olivetti, *Il regionalismo differenziato alla prova dell'esame parlamentare*, in *Federalismi.it*, 6, 2019, pp. 2-3.

⁴ See, F. Palermo, *Asymmetries in the Italian regional system*, cit., p. 139.

The establishment of joint bodies (*commissioni paritetiche*), based on the principle of parity, is precisely aimed at negotiating with the state, on an equal footing, the implementation of the respective autonomy statutes. Given the involvement of the former, the bylaws implementing statutory provisions (“*norme di attuazione*”) cannot be amended by ordinary parliamentary laws⁵.

It is not surprising that, by virtue of this privileged legal regime, the “enactment decrees”, designed to achieve the transfer of administrative functions from the state to regions and also to implement the relevant statutory provisions, have sometimes been used to integrate the contents of the special autonomy (in particular that for the autonomy of Trentino and South Tyrol). These governmental decrees have become, together with agreements concerning the financial regime, the point of reference for the implementation of art. 116 (3) of the Constitution⁶.

Neither is it surprising that requests for greater autonomy from ordinary regions have increased in the two decades following the reform of Title V. This evolution is the response to a centralist reading of the new art. 117 of the Constitution that lists those areas or subject matters where the state is authorized to legislate, on the assumption that all other competences fall to the regions⁷.

The constitutional reform of Title V marks a reversal in approach that should promote new dynamics. Nonetheless, the criterion of subject matters, in itself neutral, operates in a way that often penalizes regional autonomy⁸.

⁵ The principle of democratic legitimacy is limited by the principle of parity to protect minority groups; see, among others, Constitutional Court, judgements No. 20/1956, 22/1961 237/1983, 160/1985.

⁶ See, in particular, M. Cosulich, *Il decreto legislativo di attuazione statutaria nelle regioni ad autonomia speciale*, Naples, 2017.

⁷ The constitutional reform of 2001 was approved under the leadership of the centre-left majority. This reform was put together quickly as the centre-left coalition that proposed it did so mainly to contrast the rising consensus of *Legga Nord*. However, the success of personal political parties with strong territorial roots represents in this context a transitory phase; as they consolidate at a national level, the new political subjects promote policies which limit local autonomy because the governing bodies of territorial entities are perceived as institutional centres for the diffusion/sharing of power, see S. Staiano, *Art. 5*, in *Italian Constitution*, Rome, 2017, pp. 73 ff.

⁸ The methodical approach followed in the implementation of the first and second regionalism, i.e. pre and post 2001, is decisive; although in different ways, it is the state legislature that fills the subject matters listed in Article 117 Const. with content through a mechanism centred on the approval of a delegated law by Parliament, which entrusts the Government with the task of identifying the administrative functions that can be transferred (the latter has handed this task over to various ministerial bureaucracies), cf. R. BIN, *Le materie nel dettato dell'articolo 116 Cost.*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 26 June 2019, p. 10.

Subject matters continue to be labels that the state legislature fills with a high degree of political discretion, benefiting from the increasing complexity of policy making and the close inter-relationship among these subject-matters⁹.

As the Italian Constitutional Court stated, state powers «may extend into the area of regional competences» when unitary interests need to be safeguarded¹⁰.

The “subject matters-value” serves an example¹¹, but also regards concurrent legislation where the state legislature should only approve the framework of general guidelines, but also approves detailed provisions¹².

Furthermore, the Italian Constitutional Court has used its role to redesign the relations between legislative and administrative powers through the principle of subsidiarity¹³. Once again, where unitary interests require the uniform exercise of administrative powers, the state legislator can intervene in those areas assigned to the regions, provided that state and regions reach such an agreement (*intesa*)¹⁴.

This re-interpretation of distribution of legislative competences has fuelled requests for greater autonomy from the regions and raises the question as to whether the implementation of art. 116(3) of the Constitution may still be considered as a general solution for dealing with factual, economic and political differences among territories.

It should not be forgotten that this process is seen by some as a threat to national unity and solidarity¹⁵, inspiring numerous proposals for constitutional reform aimed at amending art. 116(3) of the Constitution¹⁶.

Nonetheless, it is to be noted that the final paragraph of art. 116 Const. requires a systematic reading, taking into account both the other provisions of Title V of the

⁹ See R. BIN, *Primo comandamento: non occuparsi delle competenze, ma delle politiche*, in *Istituzioni del federalismo*, no. 2/2009, 203 ff., especially 209 ff.

¹⁰ See Constitutional Court, judgement 278/2010.

¹¹ See Constitutional Court, judgements 536/2002 and 307/2003: the protection of the environment is rather an objective and not a predetermined subject matter.

¹² See Constitutional Court, judgement 336/2005.

¹³ See J. Woelk, *The principle of loyal cooperation*, in E. Arban, G. Martinico, F. Palermo (eds.), *Federalism and Constitutional Law*, cit., p. 181.

¹⁴ Even if it is possible to distinguish “weak” and “strong” forms of agreement, the central government always exercises the power of final decision (It CC judgement 303/2003).

¹⁵ On this interpretation, that is probably the outcome of a biased stance, see, G. Viesti, *Verso la secessione dei ricchi? Autonomie regionali e unità nazionale*, Bari, 2019.

¹⁶ A similar reading of the attempt to reform Article 116(3) Const. through Articles 30 and 39 of the Draft Constitutional Reform Bill A.S. 1429-B, 17th Legislature can be found in C. Tubertini, *La proposta di autonomia differenziata delle Regioni del Nord: un tentativo di lettura alla luce dell’art. 116, comma 3 della Costituzione*, in *Federalismi*, 18, 2018, p. 4.

Constitution, and the fundamental principles of the republican system (especially article 5 of the Constitution)¹⁷.

On this basis, the path undertaken at the end of the 17th Legislature led to the signing by the Gentiloni Government of three distinct preliminary agreements, containing the general principles, the methodology, and an initial list of subject matters to be transferred for the purposes of reaching an agreement¹⁸.

Later, events linked to the management of the Covid-19 pandemic marked an abrupt halt, which contributed to the spread of opinion that the powers assigned to the regions and the extent of differentiation between the regional health systems had hindered the reduction in the spread of infection. From this, there arose the need to find a new approach to requests for differentiation; one that would take account of the emerging tensions between differentiated regional, administrative organizations and the principle of equal enjoyment of fundamental rights (especially social rights)¹⁹.

From this point of view, law no. 86 of 26 June 2024, containing provisions for the implementation of the differentiated autonomy of the ordinary regions makes an important contribution by filling the gaps left in this provision by the constitutional reform of Title V.

However, this law does not resolve all doubts regarding procedural and substantive limitations for implementing the so-called “differentiated regionalism” and calls for reflection as to whether the fundamental principles of the Constitution can be respected²⁰.

¹⁷ The affirmations of the unity-indivisibility of the Republic and the recognition of autonomous regions are in fact closely linked; the unity and indissolubility of the Italian state is reaffirmed because the recognition of local autonomies results in the attribution to the regions of many powers and functions that could be held to pose a danger to Italian unity, see C. Esposito, *Autonomie locali e decentramento amministrativo nell'art. 5 della Costituzione*, in Idem, *La Costituzione italiana. Saggi*, Padua, 1954, p. 67.

¹⁸ On previous attempts to implement art. 116(3) of the Constitution, see C. Tubertini, *La proposta di autonomia differenziata delle Regioni del Nord: un tentativo di lettura alla luce dell'art. 116, comma 3 della Costituzione*, cit., pp. 2 ff.

¹⁹ This is emphasized by, among others, F. Bilancia, *Differenziazione, disuguaglianze, asimmetrie. L'autonomia regionale nella dimensione della democrazia e la tutela dei diritti fondamentali*, editoriale, in *Istituzioni del federalismo*, n. 1/2020, 5 ff.

²⁰ The Regions of Sardinia, Puglia, Campania and Tuscany have recently lodged an appeal with the Constitutional Court to obtain adjudication on the compliance of law 86/2024 with the constitution (Region of Lombardy decided to oppose this appeal on 9 September 2024). Furthermore, it is to be noted that the Constitutional Court shall pronounce on the admissibility of a referendum that aims to repeal law 86/2024.

Eleonora Rinaldi

*Some reflections on the implementation of Article 116 (3) of the Italian Constitution.
Law 86/2024 and limits to “differentiated regionalism”*

2. Observations on the ranking of framework law implementing Article 116(3) of the Constitution and on the procedural limitations under Article 116 (3) of the Constitution for concluding the “prior agreement”

After the constitutional reform of 2001, it was long thought that paragraph 3 of art. 116 of the Constitution would have remained “dormant” (except for the limited claims of Tuscany in 2003 and of Lombardy and Veneto in 2007).

With the beginning of the 18th legislature (“first Conte Government”), all three regions with which the “pre-agreements” had been stipulated in the 17th Legislature declared their intention to the Government to expand the list of subject matters to be transferred²¹; other regions also expressed their intention to initiate the process of implementing art. 116(3) Const.²².

The new draft agreements submitted to the Council of Ministers were then published²³.

Particularly from 2019, the advisability of approving a framework law supplementing the constitution began to be questioned.

Although the final paragraph of article 116 Const. does not require the approval of a general law on implementation, this option remains: the general nature of the legislative function empowers the legislature to legislate in any area, except in those areas reserved by constitutional provisions to other sources of primary rank²⁴.

Furthermore, the approval of parliamentary law raises the traditional problem of the ability of the current legislature to place constraints on future legislatures when dealing with the same rank of sources of law²⁵.

²¹ See *Supra* §1.

²² The exact references can be found in Chamber of Deputies Research Service, *Le Regioni e l'autonomia differenziata*, January 29, 2024, at https://temi.camera.it/leg19/post/19_pl_18_4995.html.

²³ For an analysis of the content of the agreements, see F. Pallante, *Ancora nel merito del regionalismo differenziato: le nuove bozze di intesa tra Stato e Veneto, Lombardia ed Emilia-Romagna*, in *Federalismi.it*, 20, 2019, pp. 1 ff.

²⁴ See Constitutional Court, Judgment No. 26/1966 and recent Constitutional Court, Judgment 63/2023; on parliamentary regulations, see Constitutional Court, Judgment no. 237/2022.

²⁵ Starting from this premise, A. Morrone, *Il regionalismo differenziato. Commento all'art. 116, comma 3, Cost.*, in *Federalismo fiscale*, 2007, 139 ff., 154; and L. Ronchetti, *L'attuazione del regionalismo differenziato esige norme costituzionali d'integrazione*, in *Costituzionalismo.it*, 1, 2020, 117 ff., support the need for constitutional provisions of integration.

Indeed, the paradigm of the ordinary law aimed at constraining the future legislature has been applied on numerous occasions in our system²⁶, but the question of the legitimacy of constraints on the future legislature remains a subject of debate²⁷.

According to some legal scholars, the admissibility of such constraints derives from the logical priority of norms *on* the production of law (*norme sulla produzione*) over norms *for* the production of law (*norme di produzione*) operating at the same hierarchical level. Consequently, it has been argued that the norms *on* the production of law should necessarily be inserted as *norme interposte* (norms which do not have the status of constitutional norms, but which are part of the constitutional yardstick) in any constitutional adjudication involving the norms *of* production. Following this approach, Law 86/2024 could be considered as part of the constitutional parameter²⁸.

These arguments, however, while authoritatively stated, have failed to remove all doubt as to the binding efficacy that framework laws would deploy with respect to subsequent equated sources; this is so both from a theoretical-general perspective, and from the perspective of positive law, given that article 70 Const. provides that the legislative function is the responsibility of the (current) Parliament and that it cannot be limited except under the constraints placed directly by the Constitution.

Therefore, the idea prevails that, in the absence of a constitutional provision containing an explicit reference, a framework law can be derogated from by individual laws adopted subject to prior agreement in application of the general principles of the system, first and foremost with reference to the provisions of article 15 of the preliminary provisions (*preleggi*)²⁹.

The framework law, in short, remains similar to other specialized laws in force in our system, aimed at regulating the contents of laws or acts having the force of law and on several occasions derogated from³⁰.

²⁶ See articles 14 and 15 of law no. 400/1988, and Articles 1, 2, 3 and 4 of law no. 212/2000 (“Statuto dei diritti del contribuente”).

²⁷ A theoretical question has arisen in our system with the approval of incentive laws (“leggi di incentivazione”), which temporarily cannot be amended; on this point, see at least A. Pace *Leggi di incentivazione e vincoli sul futuro legislatore*, in *Studi in memoria di V. Bachelet*, III, Milan, 1987, 391 ff.; and M. Luciani, *Il dissolvimento della retroattività. Una questione fondamentale del diritto intertemporale nella prospettiva delle vicende delle leggi di incentivazione economica*, in G. Cocco (ed.), *L'economia e la legge*. Conference Proceedings (Milan, December 4, 2006), Milan, 2007, pp. 1 ff.

²⁸ See, F. Modugno, *Sul ruolo della legge parlamentare (considerazioni preliminari)*, in *www.osservatoriosullefonti.it*, 3, 2009, p. 4 ff.; P. Caretti, *La “crisi” della legge parlamentare*, *ibid.*, 1/2010; A. Ruggeri, *La legge come fonte sulla normazione?* *ivi*, 2, 2010; Id., *Norme sulla normazione e valori*, in *www.rivistaaic.it*, 3, 2011, and in *“Itinerari” di una ricerca sul sistema delle fonti*, XV, Turin, 2012, pp. 368 ff.

²⁹ These reasons are clearly expressed by F. Rimoli, *Leggi a ciclo annuale e vincoli al legislatore futuro: un profilo teorico*, in *Federalismi.it – Focus fonti*, 2, 2019, 3 ff., especially pp. 15 ff.

³⁰ Practices so far established in other areas show multiple circumventions of the rules laid down for the purpose of constraining the action of the future legislature, see the *Dossier* jointly prepared

Based on these premises, law 86/2024 governs the aspects of procedure that do not fall under either article 64 of the Constitution, or the statutory autonomy of the regions (art. 2, paragraphs 1 and 5).

As regards the exercise of statutory autonomy, to-date no specific procedures have been introduced in order to conclude an agreement.

So far, seven more ordinary regions have formally mandated their President to open negotiations; however, the legislative Assemblies which are directly affected by new legislative powers, have been only marginally involved in drafting the contents of the regional proposals to be submitted to central Government³¹.

Neither can these legislative Assemblies be replaced by a consultative referendum, as was attempted in 2017 in Lombardy and Veneto³².

The framework is missing also as regards the involvement of local entities, even though art. 116 of the Constitution provides that both the agreement and the subsequent parliamentary law are subject to a constraint: i.e. hearing the local authorities of the Region concerned³³.

This provision is due to the fact that the other local authorities will have to perform most of the new administrative functions that have been transferred to the region following the negotiations³⁴; nevertheless, the specific regulation for this phase has been deferred to statutory autonomy and it is still not clear whether the

by the Study Service of the Senate of the Republic and the Chamber of Deputies, *Disposizioni per l'attuazione dell'autonomia differenziata delle Regioni a statuto ordinario ai sensi dell'articolo 116, terzo comma, della Costituzione*, A. C. 1665, Feb. 5, 2024, esp. pp. 10-11, with respect to both Articles 13-bis, 14 and 17 of law No. 400/1988, regulating the activities of the Government and the organization of the Presidency of the Council of Ministers, and Articles 1, 2, 3, and 4 of law no. 212/2000, laying down provisions on the statute of taxpayers' rights. Exceptions include, of course, those cases in which the provision contained in the ordinary law must be understood to reproduce constitutional limits and provisions, since in such cases the legal scope of the provision derives directly from the constitutional provision and not from its mere reproduction in the provision contained in the ordinary law.

³¹ Only the Statute of Lombardy has provided for the passing of a resolution by the Regional Assembly on the conclusion of the agreement, see R. Toniatti, *L'autonomia regionale ponderata: aspettative ed incognite di un incremento delle asimmetrie quale possibile premessa per una nuova stagione costituzionale del regionalismo italiano*, in *Le Regioni*, 4, 2017, p. 655.

³² Enhancing their autonomy in this area, some regions (Lombardy and Veneto) have resorted to referenda before activating the procedure provided for in Article 116, paragraph 3, Const., cf. A. Giannola- G. Stornaiuolo, *Un'analisi delle proposte avanzate sul federalismo differenziato*, in *Rivista economica del Mezzogiorno*, 1-2, 2018, p. 5.

³³ See D. Coduti, *Il raccordo tra Regioni ed enti locali come possibile limite alla differenziazione ex art. 116, comma 3 Cost.*, in *Italian Papers of Federalism*, 1, 2023, p. 63.

³⁴ The danger of regional neo-centralism is highlighted by S. Valaguzza, *Il diritto delle città e il dibattito sull'autonomia differenziata*, in *Federalismi*, 19, 2019, p. 4.

involvement of local authorities should be through state or regional bodies (law 86/2024 does not regulate this aspect)³⁵.

A solution could be to involve these other local authorities prior to the agreement and the approval of the Bill that confirms new powers to the requesting region (in 2018 this consultation took place before the signing of the so-called pre-agreements). In this way, it might be possible to involve the territorial bodies mentioned in art. 114 of the Constitution and possibly also other local bodies (e.g. Universities or Chambers of Commerce): if any involvement has been omitted, the Government and Parliament will have to make an objection, as will the President of the Republic when promulgating the law or when authorizing the presentation of the government bill.

For now, reference to statutory autonomy only allows us to formulate hypotheses regarding the consultation, which may take place individually or collectively, but which must not be limited to the involvement of the “Consiglio delle autonomie locali” (so-called “CAL”) or the associations representing the local administrations, nor be replaced by a consultative referendum; the resulting opinion is not binding.

On the procedural side, the final agreement is at the core of the implementation procedure: law no. 86 limits the possibility of making use of art. 116 (3) of the Constitution to each ordinary region on an individual basis, indicating the President of the region as the competent body to negotiate the preliminary draft and subsequently the definitive agreement (art. 2).

It follows that there is a marked centrality of the executive bodies in the process of implementing “differentiated autonomy”³⁶. Even if, in theory, the procedure could have been based on the initiative of the regional legislative Assembly (having consulted local authorities) and the approval of parliamentary law, the rules provide that any additional forms and particular conditions of autonomy shall be provided for in the agreement between executive bodies³⁷.

For the state, in fact, the task of initiating the negotiations is entrusted to the Minister for Regional Affairs and Autonomy who has sixty days in which to acquire

³⁵ In the Anci Paper, presented at the Joint Conference of 2 March 2023, the reduced involvement of local authorities in the various phases of implementation of the process regulated by the text is highlighted (see pp. 3-4).

³⁶ From the practice concerning the conclusion of 2018 pre-agreements and 2019 draft agreements, it emerges that during negotiations the state administrations affected by the proposed transfer of functions were informally involved in the procedure. It can be hypothesized that the involvement of different branches of administration in matters covered by the agreement may remain as an informal and not of a completely transparent nature.

³⁷ Broadly, see R. Di Maria, *La procedura per la attuazione del c.d. “regionalismo differenziato”: dalla marginalizzazione delle assemblee elettive e degli Enti locali, alla perplessa definizione dei l.e.p.*, in *Italian Papers of Federalism*, 1, 2023, p. 34.

an evaluation by the competent minister in the area concerned, and also by the Minister of Economy and Finance for the purposes of identifying the necessary financial resources³⁸.

In this same phase, the President of the Council of Ministers or the Minister decides on the start of negotiations, taking into account the «financial framework of the region» and making use of the possibility of limiting their aims in order to protect the legal or economic unity, and protect priority public policies.

Whereas the involvement of the legislative Chambers is only envisaged at an advanced stage.

Once the preliminary draft agreement has been approved by the Council of Ministers, on the proposal of the Minister of Regional Affairs and Autonomies, and sent to the “Unified Conference” for its opinion within sixty days, Parliament can adopt acts of address (motions, resolutions etc.) for the Government.

These acts reproduce, to a certain extent, the practice of involving Parliament at the concluding stage of international treaties as envisaged by art. 80 of the Constitution³⁹; nevertheless, they simply express a political constraint and do not exclude the adoption of a definitive agreement different from the indications received.

For this reason, having evaluated the opinion of the Unified Conference and on the basis of the policy documents, paragraph 5 of art. 2, provides for the preparation of the definitive draft agreement. In any case, once ninety days have passed and, if necessary «at the end of further negotiations», the Council of Ministers may approve the definitive draft agreement.

The rule, moreover, does not clarify whether this further negotiation represents a new start to the entire procedure, or a phase in which the state and the region can modify the preliminary scheme only as regards the findings formulated; it is not to be excluded that further negotiations will be used to manipulate the defined agreement scheme, given that there is no obligation for the text to be resubmitted to the legislative Assemblies.

As for the involvement of the Unified Conference, this is envisaged not only because the other regions lack an institutional forum to express their dissent, but also because local authorities in territories other than the one requesting greater autonomy have no possibility to be heard⁴⁰.

³⁸ Art. 1, paragraph 571, law n. 147/2013 (“legge di stabilità” 2014) had already partly regulated the matter and has since been repealed, see, M. Mezzanotte, *La legge di stabilità 2014 e l’art. 116, comma 3, Cost.*, in www.forumcostituzionale.it, 14 July 2014.

³⁹ See F. Bruno, *Il Parlamento italiano e i trattati internazionali. Statuto albertino e Costituzione repubblicana*, Milan, 1997, p. 217-272.

⁴⁰ Furthermore, these bodies do not have the instruments for making a direct appeal to the Constitutional Court against the parliamentary law based on the agreement.

However, this marginal involvement takes place in a governmental setting, where mainly state and regional executives are represented⁴¹.

This provision has also placed the central and the regional executives in a dominant position.

3. Determination of agreement content: subject matters, competences or functions?

Determination of agreement content represents one of the most controversial points in the implementation of “Italian-style” asymmetric regionalism; not only because article 116(3) Const. fails to specify which subject matters may be transferred, in particular, whether this concerns entire subject matters, competences, and/or functions, but also because the scope of application of this provision is potentially very broad and, in providing for the possible attribution of “Additional special forms and conditions of autonomy,” it includes in the list of affected subjects as many as twenty-three items of concurrent legislative power and three items of exclusive state power.

Law no. 86/2024 specifies that the act of initiative of each region may «concern one or more subjects or areas of subjects and related functions» (paragraph 2 of art. 2), so differentiated autonomy will affect both legislative and administrative functions⁴².

In addition, the implementation of Art. 116 (3) of the Constitution cannot apply to all the subject matters envisaged⁴³: not only because some items are “structurally not devolvable” («coordination of public finance and the tax system»), but also because they cannot be completely devolved (the environment, understood as “value” or major transport and navigation projects and national energy production and distribution of energy)⁴⁴.

At the same time, the power of the Italian Government to limit regional requests for new powers to respect priority public policies and legal and economic unity should protect an idea of autonomy that is neither merely negative, nor solipsistic⁴⁵.

⁴¹ See R. Bin, *La cooperazione nel sistema italiano di “multilevel government”*, in A. Barbera, T. F. Giupponi (ed.), *La prassi degli organi costituzionali*, Bologna, 2008, p. 449.

⁴² From this viewpoint, F. Cortese, *La nuova stagione del regionalismo differenziato: questioni e prospettive, tra regola ed eccezione*, in *Le Regioni*, 4, 2017, p. 696.

⁴³ For an analysis of the content of the agreements see F. Pallante, *Ancora nel merito del regionalismo differenziato*, cit., pp. 1 ff.

⁴⁴ See M. Olivetti, *Il regionalismo differenziato alla prova dell'esame parlamentare*, cit., p. 11.

⁴⁵ On the idea of autonomy as expressed by Italian Constitution, see O. Chessa, *Autonomia negativa, autonomia positiva e regionalismo differenziato: come uscire dalla crisi del principio autonomista*, in J. M. Castellà, G. Rivosecchi, S. Pajno, G. Verde (ed.), *Autonomie territoriali, riforma del bicameralismo e raccordi intergovernativi: Italia e Spagna a confronto*, Napoli 2018, 175 ss. and C. Pinelli, *Cinquant'anni di regionalismo, fra libertà dallo Stato e culto per l'uniformità*, in *Diritto pubblico*, 3, 2020, 749 ss.

The choice to assume the functions as a starting point for the attribution of further forms and particular conditions of autonomy leaves the political authorities of the state a wide discretion in deciding the contents of the differentiation⁴⁶, in particular through the use of the classic “carving out” of administrative competences, in favour of state administrations.

It is unknown whether the requests for greater autonomy presented to the government seeking to implement article 116(3) of the Constitution will materialize; however, it is reasonable to hypothesize that state administrations would oppose an excessive expansion of the regional “*spatium deliberandi*”, not only by affirming that some fundamental principles of the matter cannot be “regionalised”⁴⁷, but by asking to retain some functions⁴⁸.

Fundamental principles are, moreover, open to interpretation and it is the government that, in the first instance, has the possibility of identifying the same at the negotiation stage⁴⁹; perhaps it might have been more useful to consider autonomous public policies⁵⁰, with regions having the necessary legislative and administrative powers for this purpose⁵¹.

⁴⁶ Subject matters are, in fact, a “blank page” to be filled in by the legislature, cf. L. PALADIN, *Problemi legislativi e interpretativi nella definizione delle materie di competenza regionale*, in *Foro. Amm.* 1971, III, pp. 3 ff., p. 39.

⁴⁷ An example is the obligation to pay for building permits, envisaged as a fundamental principle in matters of territorial government; this principle cannot in any case be derogated from, on pain of breaking the legal and economic unity of the system, cf., M. Gorlani, *Regionalismo differenziato e materie oggetto di trasferimento: valutazioni politiche e criticità tecniche, organizzative e finanziarie*, in *Italian Papers of Federalism*, 1, 2023, pp. 51 ff., especially p. 54.

⁴⁸ The methodical approach followed in the implementation of the first and second regionalism, i.e. pre and post 2001, is decisive; although in different ways, it is the state legislature that fills the subject matters listed in Article 117 Const. with content through a mechanism centred on the approval of a delegated law by Parliament, entrusting the Government to identify transferable administrative functions (the latter has handed this task over to various ministerial bureaucracies). However, the carve-up of state competences may result in a reduction or an expansion in the operational spaces of regional law, see R. Bin, *Le materie nel dettato dell'articolo 116 Cost.*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 26 June 2019, p. 9-10.

⁴⁹ This aspect is alluded to in Article 7, para. 2 of the law, which delegates to each agreement the specification, in an annex, of the “provisions of state laws ceasing have effect in the regional territory, with the entry into force of the regional laws implementing the agreement” [translation mine]. Therefore, the content of the agreement between state and individual region has the questionable effect of delimiting the competences of the other regions.

⁵⁰ Cf. R. Bin, *Primo comandamento: non occuparsi delle competenze, ma delle politiche*, in *Istituzioni del federalismo*, 2, 2009, pp. 203 ff., especially pp. 209 ff.

⁵¹ See again R. Bin, “*Regionalismo differenziato*” e *utilizzo dell'art. 116, terzo comma, Cost. Alcune tesi per aprire il dibattito*, in *Istituzioni del federalismo*, 1, 2008, p. 9 ff., p. 11. Concrete examples in this direction can be found also in E. Balboni - C. Buzzacchi, *Autonomia differenziata: più problemi che certezze*, in *Osservatorio sulle fonti*, 1, 2023, p. 46, available at: <http://www.osservatoriosullefonti.it>.

While the choice to exclude the use of “multi-subject matter” agreements is acceptable by limiting the negotiations between state and region to the single subject-matter when the requests for differentiation concern areas in which there is a need to guarantee the uniform availability of essential levels of public services throughout the national territory (art. 117 (2), lit. *m*).

Art. 3, paragraph 3, law 86/2024 lists the relevant items: with regard to these, a gradual implementation of article 116(3) of the Constitution is to be carried out, in order to comply with the constitutional provisions, both for financial reasons and for coherence with the logic of asymmetry.

To the contrary, the pre-agreements of 2018 (then also the draft agreements of 2019) triggered a competition to acquire new competences, generating a trend in contrast to the meaning of art. 116 (3) of the Constitution; furthermore, the agreements were also very similar to the statutes of the special regions, approved by state constitutional law.

However, in the context of single-subject agreements, each region will be able to discuss its objectives it intends to pursue in a given sector to protect the specific needs of its territory, demonstrating its own greater management capacity and the need for new powers⁵².

3.1. Parliamentary approval of agreement

The definition of the agreement content raises the question of the role of Parliament in approving the same.

From art. 116 (3) of the Constitution only three elements emerge: formal adoption of a parliamentary law, approval on an absolute majority, and prior agreement between state and the region.

Art. 2, paragraph 8, law no. 86/2024 therefore provides that the Bill to which the agreement is attached, «is immediately transmitted to Parliament for deliberation, pursuant to article 116, paragraph 3, of the Constitution».

This rule is linked to indications given in the Constitution but leaves open the question as to whether the law approving the agreement may be amended.

The preliminary agreements signed by the Government with the regions of Lombardy, Veneto and Emilia-Romagna were based on the idea that parliamentary law had only to incorporate the content of the agreement.

Subsequently, however, the idea according to which Parliament participates in the decision-making process has attracted a greater following and more complex

⁵² See M. Cammelli, *Flessibilità, autonomia, decentramento amministrativo: il regionalismo oltre l'art. 116.3 Cost.*, in *Astrid Rassegna*, 10, 2019, p. 7.

solutions have been proposed, aimed at recognizing the possibility of it also approving rules in additional matters provided there is no conflict with the agreement.

The approval of the agreement by an absolute majority, moreover, confirms the role of Parliament as the seat of national representation, in which adequate mediation of the interests at stake (the interests of the requesting region, those of the other regions and the interests of other local authorities) should be guaranteed⁵³.

It has been noted that special majority law envisaged by art. 116(3) of the Constitution offers a combination of rigidity and subnational involvement so as to introduce a derogation from art. 117 of the Constitution⁵⁴.

This excludes the Government’s ability to solely decide upon the content of the law providing for the transfer of new powers to the requesting region: the approval of the agreement, concerning fundamental choices about sensitive issues, implements a new balance between regional autonomy and central integrity. Parliamentary law should not be superimposed on the political choices of the “governmental majority”⁵⁵.

The importance of Parliament’s participation is also strengthened by virtue of art. 5, paragraph 1, law no. 86/2024, according to which agreements between state and region must not be limited to the identification of the subjects (or areas of subjects) to be transferred together with their related functions.

Indeed, the agreement governs: (a) criteria for identifying the assets and human, financial, instrumental and organizational resources necessary for the exercise by the region of further forms and particular conditions of autonomy, (b) methods for financing the attributed functions through the sharing of revenue from one or more state taxes collected within the regional territory (art. 5), (c) duration of the devolution and (d) monitoring of the functioning of devolved competences (arts. 7 and 8).

The agreement also should provide for the establishment of a joint body (*Commissione paritetica*), responsible for managing the transfer of subject matters on which an agreement has been reached: with respect to each region, this joint body should make proposals concerning the resources and assets to be transferred, on the basis of the criteria established by the agreement between state and region.

The resources are determined by decree of the President of the Council of Ministers, upon the proposal of the Minister for Regional Affairs and the autonomies,

⁵³ See, M. Olivetti, *Il regionalismo differenziato*, cit., pp. 24-25.

⁵⁴ See M. Cecchetti, *Attuazione della riforma costituzionale del Titolo V e differenziazione delle regioni di diritto comune*, in *Federalismi*, 13 of December 2002, pp. 1 ff., especially p. 7. *Contra* L. Elia, *Introduzione*, T. Groppi, M. Olivetti, *La Repubblica delle autonomie. Regioni ed enti locali nel nuovo Titolo V*, Turin, pp. 7 ff., especially pp. 18-19.

⁵⁵ See R. Toniatti, *L'autonomia regionale ponderata*, cit., p. 645.

in agreement with the Minister of Economy and Finance and the Ministers competent for the matter (art. 5, paragraph 1)⁵⁶.

This provision should also prevent Parliament’s role being reduced to one of merely approving the agreement, as the legislative Chambers bear the primary responsibility for the coordination of public finance and safeguarding compliance with EU economic and financial constraints.

Nonetheless, parliamentary regulations do not offer a specific procedure for this purpose (they have not been reformed) and only allows for the formulation of hypotheses on the basis of existing special procedures.

Parliamentary practice relating to procedures *ex-arts. 8 and 80* of the Constitution confirms that in some cases the deliberative role of the legislative Assemblies is not incompatible with the limitation of the parliamentary role to the alternative of either approving or rejecting a law.

Nonetheless, the proposals of an analogy with laws regulated by arts. 8 and 80 of the Constitution have turned out to be misleading as arts. 8 and 80 Const. do not provide for a special majority law⁵⁷.

Instead, the procedure provided by art. 116(3) of the Constitution must also be used for the future modification of the agreement, while any total or partial repeal, by ordinary law, will be constitutionally illegitimate as the state provisions subsequent to the date of coming into force of the laws approving agreements must respect the content of the agreements⁵⁸.

In this regard, it should be emphasised that, although some authors have proposed the need for a constitutional law for the unilateral modification of the forms and conditions of autonomy, law 86/2024 attributes a central role to the special majority law.

Art. 7 of this law attributes to the agreement the task of defining the cases, times and methods with which state or region can request the cessation of its effectiveness. Approval is decided by an absolute majority of the legislative Chambers. In any case, the state, if there are justified reasons for the protection of cohesion and social

⁵⁶ The composition of the Joint Committee was supplemented with representatives of local authorities following amendments introduced in the Senate. This composition varies according to subject matter as representatives of relevant state and regional administrations are involved, see *Dossier, Disposizioni per l’attuazione*, cit., p. 41.

⁵⁷ On the possibility of passing new rules in Parliament, when international treaties are not *self-executing*, see E. Palazzolo, *Ordinamento costituzionale e formazione dei trattati internazionali*, Milan, 2003, pp. 235 ff.

⁵⁸ The agreement must therefore provide for the cases, times and methods with which the state or region may request the cessation of its effectiveness (approved by law with an absolute majority of the Parliament). The possibility of unilateral revocation is foreseen only with regard to the eventuality that «there are justified reasons for the protection of cohesion and social solidarity». In this event, the complete or partial cessation of the agreement is approved by Parliament upon an absolute majority.

solidarity, orders the entire or partial termination of the agreement, which is resolved by law on an absolute majority⁵⁹.

This article also provides for a “temporary” effectiveness clause of the agreement, which can only be amended by a new state-region agreement⁶⁰.

The need for a special majority law therefore reinforces the requirement that Parliament has real decision-making participation: not only because it is the place in which the national interest emerges in light of the different political and territorial articulations, but also because the law based on the state-region agreement must be recognized as being able to resist repeal by subsequent ordinary laws (so-called “reinforced passive force”).

For this reason, it is essential that the interests at stake are adequately balanced: a lack of parliamentary mediation risks fueling conflicts similar to those following the constitutional reform of 2001.

It is therefore in the interest of the region involved that the law approving the agreement is legitimized by broad discussion and parliamentary deliberation.

On the contrary, a merely formal assent, without debate even after the signing of the agreements, risks consolidating an unbalanced system that, being difficult to rebalance even with the adjudication of the constitutional Court, could betray the *ratio* of article 116(3) of the Constitution, enabling reform outside of the constitutional framework⁶¹.

4. From functions to resources: respect for the principles of art. 119 Cost. as substantial limit to differentiated autonomy

The political and scientific debate on differentiated regionalism oscillates between a vision of art. 116 (3) of the Constitution as an opportunity to relaunch Italian regionalism and a reading of the same as a threat to the integrity of the system⁶².

⁵⁹ These reasons are associated with the regional failure to comply with the obligation to guarantee LEPS.

⁶⁰ See art. 7 of law 86/2024 («Duration of agreements and succession of laws over time»). The idea that the law envisaged by Article 116(3) is not a mere transposition of the agreement, although recessive in the political arena, is immediately supported in the doctrine by F. Biondi, *Il regionalismo differenziato: l'ineludibile ruolo del Parlamento*, in *Quaderni costituzionali*, 2, 2019, pp. 442 ff.; and M. Olivetti, *Il regionalismo differenziato*, cit., p. 24 and p. 40.

⁶¹ On the need for a more careful reflection on the role of the central state and «its ability to manage and govern diversity in the absence of an established and functional model of cooperative and supportive regionalism», see A.M. Russo, *Il regionalismo italiano nel vortice autonomistico della differenziazione: l'asimmetria sfermentale tra integrazione e conflitti*, in *Istituzioni del federalismo*, 2, 2018, pp. 365 ff., esp. p. 391.

⁶² See “*Appello dei Costituzionalisti sulle gravi criticità della legge sull'autonomia differenziata*”, in www.articolo21.org.

The only substantial limit provided by art. 116 (3) of the Constitution, given the respect for the principles of article 119 of the Constitution, allows the terms of this contrast to be clarified: thanks to the respect for these principles, in fact, it is possible to attribute differentiated government powers to the regions, guaranteeing an expansion of autonomy compatible with the principle of equality in the enjoyment of constitutional rights, and with the cohesion and economic unity of the Republic⁶³.

With reference to financial autonomy, paragraph 1 of art. 119 of the Constitution provides that all territorial entities shall have financial autonomy both as regards revenue and expenditure.

Such regions have to base their financing on autonomous resources, that is mainly through tax revenue linked to territorial fiscal capacity⁶⁴.

Furthermore, paragraph 2 of art. 119 of the Constitution enumerates the different types of sources and paragraph 3 provides that state legislation shall provide for an equalization fund for the territories with a lower per-capita fiscal capacity.

Compliance with the principles of art. 119 of the Constitution refers to law no. 42/2009 which, together with enactment decrees (i.e. d.lgs. n. 68/2011) was to complete the regional financing system. From this perspective, the law should have implemented the model implicit in art. 119 of the Constitution (the so-called “solidarity federalism”) reconciling financial autonomy both as regards revenue and expenditure with solidarity, cohesion and coordination of public finance and with equality among all territories.

Nevertheless, law no. 42/2009 delegated the Government with the power to adopt several bylaws (“*norme di attuazione*”) within two years, so as to bring about the functioning of fiscal federalism, but this choice rendered its implementation ineffective⁶⁵.

Parliamentary law basically replicates constitutional principles and sets only general criteria to regulate the new financial regime; therefore, the Executive is vested with the task to delineate the implementation of these rules and to obtain a broad consensus on this much debated matter⁶⁶.

⁶³ See G. Rivosecchi, *Ulteriori forme e condizioni particolari di autonomia e norme costituzionali sulla finanza territoriale*, in *Nuove Autonomie*, special issue, 1, 2024, 66.

⁶⁴ See A. Valdesalici, *Financial relations in the Italian regional system*, in E. Arban, G. Martinico, F. Palermo (ed.), *Federalism and Constitutional Law*, cit., p. 85.

⁶⁵ See F. Scuto, *The Italian Parliament paves the way to fiscal federalism*, in *Perspectives on Federalism*, 2 (1), 2010, p. 67.

⁶⁶ The implementation of these principles, even in the presence of a body of legislation that has addressed almost all aspects of the enabling act, has nevertheless proved complex; not only because in some cases the “enactment decrees” have merely reproduced the provisions of the enabling act, but they have also frequently postponed further implementation to secondary-level measures (which have not been adopted), cf. most recently, the contents of *Audizione dei rappresentanti della Conferenza delle regioni*

This resulted in uncoordinated measures and postponement for the bringing about of fiscal federalism⁶⁷.

What is still lacking is a reconstruction of so-called “standard costs and needs”, to ensure the full coverage of “essential levels of public services” (in the field of healthcare, education, social assistance and transport).

These types of public services are to be fully financed at the levels defined by the national legislator (with “governmental decrees”) in accordance with the balanced budget principle⁶⁸.

The failure to complete implementation of fiscal federalism is an obstacle to the realization of differentiated autonomy⁶⁹; furthermore, the 2023 Budget Law postponed the application of the current regulations on the fiscal autonomy of the regions and on equalization (which has awaited application since 2013) to 2027.

There is some perplexity, given that the implementation of fiscal federalism is envisaged by the PNRR for 2026⁷⁰.

The recent enabling legislation for tax reform (“legge delega” no. 111 of 9 August 2023) should reactivate the implementation process, given that it contains principles relating to different areas of the tax system⁷¹.

Pending its full implementation⁷², however, and taking into account the fact that the “enactment decrees” could result in a possible reduction in tax revenues guaranteed to regions from share of state taxes (with the need to review the other sources of financing regional public expenditure)⁷³, regulating the financing of so-called asymmetrical regionalism appears illogical.

e province autonome sulle tematiche relative allo stato di attuazione e alle prospettive del federalismo fiscale presso la Commissione parlamentare per l’attuazione del federalismo fiscale, 8 February 2024, (24/22/CR05/C2), pp. 2 ff.

⁶⁷ On this aspect, broadly, A. Valdesalici, *Financial relations*, cit., p. 88.

⁶⁸ However, this results in a partial equalization as the related transfers shall not be based on effective needs, but on standard needs, see S. Staiano, *Anti-mitopoiesi. Breve guida pratica al regionalism differenziato. Con alcune premesse*, in *Federalismi*, 29, 2022, p. 192.

⁶⁹ On implementation of the so-called “fiscal federalism”, as a necessary precondition for the implementation of art. 116, paragraph 3, of the Constitution, cf. lastly, Astrid, *Position Paper* no. 93: *L’autonomia regionale “differenziata” e la sua attuazione: questioni di procedura e di metodo*, in Astrid Rassegna, 7, 2023, especially pp. 40 ff.

⁷⁰ See art. 1, co. 788, law 197/2022 (2023 Budget Law).

⁷¹ Cf. Artt. 13 and 14, law no. 111/2023 (on regional and local finance).

⁷² In implementation of law No. 111 of 2023, eight legislative decree proposals have so far been submitted for parliamentary scrutiny; for seven of these, parliamentary scrutiny has been concluded, and six schemes have been published in the Official Gazette (“decreti legislativi” nos. 209, 216, 219, 220, 221 of 2023, and 1 and 3 of 2024).

⁷³ See article 2 of law no. 111/2023 that expressly refers to the “reduction of the tax burden” as a general principle of the delegation to be achieved (inter alia), “with a view to the transition of the system towards a single tax rate” [translation mine]; article 5 with regard to Personal income tax -IRPEF) and through the revision of the regional tax on business activities (article 8, law no. 111/2023).

Indeed, the model for financing additional competences must comply with the general mechanism provided for all the functions already falling under the competence of the regions and local authorities⁷⁴.

However, it is necessary to arrange for the prior determination of “essential levels of public services” under art. 117, paragraph 2, letter. m, of the Constitution.

Where the attribution of new powers affects this area, the prior determination of so-called LEPs, together with the “standard costs and needs”, allows the resources to be defined which the regions need in order to provide for public services to be made available uniformly throughout the national territory (art. 3, law no. 86/2024)⁷⁵.

Regional spending for those services must be considered as constitutionally binding. The central power cannot deprive the regions of the necessary financial resources. It seems that this would jeopardize the level of equality essential for protecting the unity and indivisibility of the Republic.

For this reason, in the initial version of the implementation bill of art. 116 (3) of the Constitution, it was envisaged that the transfer of new competences to the regions would be preceded by the determination of the LEPs in all matters indicated as a possible subject matter of differentiation.

Following an amendment passed in the Senate, some items were expressly excluded, either because they were deemed not attributable to the protection of fundamental civil and social rights or because some services were not deemed quantifiable⁷⁶: law 86/2024 therefore provides that in “non-Lep matters” the devolution of the requested competences can be carried out immediately, while with regard to the other items listed in paragraph 3 it will be possible to proceed with the agreements only after determining the LEPs.

Definition of LEPs was a central aspect in the debate concerning the implementation of differentiated regionalism.

⁷⁴ The reference contained in Article 1, paragraph 1 of dd. AC 1665, to Article 14 of law no. 42/2009 - according to which: «The law by which special forms and conditions of autonomy are granted, pursuant to Article 116(3) Const., to one or more regions shall also allocate the necessary financial resources, in accordance with Article 119 Const. and the principles of this law» [translation mine] - must therefore be coordinated with the timeframe provided by the enabling act on tax reform. On the guiding principles and criteria of the enabling act No. 111/2023 on local finance, see Articles 13, 14 and 23.

⁷⁵ However, the deadlines for the conclusion of the process for determining standard costs have been postponed several times. Still, even for the part in which the procedure for identifying “standard costs and needs” has been completed, this tool is used not to guarantee equalization intervention by the State, but in a different logic, cf. *Dossier, Federalismo fiscale*, XVII Legislatura, in www.camera.it.

⁷⁶ See, *Technical and Scientific Committee with investigative functions for the identification of the Essential Levels of Performance* (CLEP, envisaged by the Budget Law 2023), *Rapporto finale*, 14 November 2023, p. 26.

Art. 3 of law 86/2024 implements the conclusions reached by the Technical-Scientific Committee with investigative functions for the identification of essential performance levels (CLEP), which has been assigned investigative functions for the identification of essential performance levels.

Some members of the Committee had argued that the prior determination of LEPs should be a precondition for the transfer of further powers in relation to each subject matter, in order to guarantee the coherency of differentiated regionalism with art. 119 of the Constitution⁷⁷.

Nonetheless, the alternative solution prevailed⁷⁸, which also left other fundamental issues unresolved: the unequivocal notion of “essential levels” and the problem of determining cost quantification criteria, to ensure the financing of essential services.

This approach will have consequences in terms of financing the devolved competences since the identification of “essential levels of services” indicates those services that are legally enforceable and represents the parameter for the organization and financing of fundamental social services, even when it is necessary to activate the state equalization function⁷⁹.

In relation to this aspect, art. 4 of the law, amended in the Senate, provides that if the determination of LEPs involves new or greater burdens on public finances, the transfer of functions must take place only after the entry into force of the provisions for the allocation of the necessary financial resources.

However, art. 4 refers to the financial coverage of LEPs in relation to the planned public finance objectives and the budget balance; not to the equalization criteria provided under art. 9 of law no. 42/2009 and implemented by “enactment decree” (d. lgs. n. 86/2011)⁸⁰.

To ensure the full financing of the functions connected to LEPs in all regions, a reference to the latter criteria should have been made, as the purpose of the

⁷⁷ It is to be noted that a specific working-group was established for subject matters not included in art. 116(3) of the Constitution.

⁷⁸ Some important subject matters which in theory can be devolved were excluded from the preliminary activities of the technical-scientific committee tasked with identifying essential levels of services. Therefore, the relating functions can now be immediately “transferred” (the Regions’ international relations and relations with the European Union; foreign trade; the professions; civil protection; complementary and supplementary welfare; savings banks, rural banks, credit companies of a regional character; land credit institutions of a regional character, see *Rapporto finale*, cit., p. 7). This decision calls into question the compatibility of the clause’s implementation process with the fundamental principles of the Constitution, as well as with Article 119 of the Constitution.

⁷⁹ See L. Antonini, *Federalismo fiscale (diritto costituzionale)*, in *Enc. Dir.*, Annali X, Milan 2017, pp. 418 ff.

⁸⁰ See G. Rivosecchi, *Ulteriori forme e condizioni particolari di autonomia e norme costituzionali sulla finanza territoriale*, cit., p. 73.

equalization fund is to cover the difference between the “standard costs and needs” (see articles 9 and 8 of law no. 42/2009) and regional revenue.

Consequently, the equalization process should have been extended to functions that are exercised at regional level by virtue of a state law: even with respect to the latter, the state must guarantee an adequate financial endowment⁸¹.

4.1. Principles of art. 119 of the Constitution as a limit for access to negotiations and a condition for the “sustainability” of differentiation

The full financing of assigned public functions through tax revenue must govern the distribution of functions between the territorial levels of government and be guaranteed both at regional and state level.

At the start of the procedure, it is necessary to guarantee that the region requesting further forms of autonomy fulfills some financial requirements, such as “sustainable public debt”, adequate fiscal capacity, balanced local budget⁸².

It is therefore provided that, for the purposes of commencing negotiations, the President of the Council of Ministers or the Minister for Regional Affairs and Autonomies is to take into account the “financial framework” of the region.

The region that requests greater legislative and administrative powers will have to demonstrate suitable financial characteristics to support the new functions. Firstly, respect for the principle of the balanced budget precludes the acquisition of further powers until the region’s objective of rebalancing the budget is achieved.

To guarantee adequate resources also for those regions that do not conclude an agreement, the regions benefiting from the differentiation will have to obtain additional resources within the limits of strict correspondence with the transferred competences. Furthermore, the state must not incur additional costs for functions it is to carry out in other parts of the national territory.

However, this possibility is not to be excluded, even though law no. 86 contains a “financial invariance” clause concerning expenditure⁸³.

⁸¹ On the principle of correspondence between functions and resources, S. Pajno, *Le autonomie territoriali tra principio di sussidiarietà e principio di corrispondenza tra funzioni e risorse*, in *Federalismi.it*, 7, 2023, pp. 206 ff.

⁸² See S. Mangiameli, *L’attuazione dell’articolo 116, terzo comma, della Costituzione con particolare riferimento alle recenti iniziative delle regioni Lombardia, Veneto ed Emilia-Romagna (novembre 2017)*, in www.issirfa.cnr.it.

⁸³ See A. Zanardi, *Audizione dell’Ufficio parlamentare di Bilancio su attuazione e prospettive del federalismo fiscale e sulle procedure in atto per la definizione delle intese ai sensi dell’art. 116, terzo comma, Cost.*, was heard before the *Commissione parlamentare per l’attuazione del federalismo fiscale*, 10 July 2019, in www.upbilancio.it, pp. 11 ff.

Eleonora Rinaldi

*Some reflections on the implementation of Article 116 (3) of the Italian Constitution.
Law 86/2024 and limits to “differentiated regionalism”*

It is not clear if the devolution of some competences may still result in "organizational extra costs", given that the functions carried out jointly by the state for the entire system will continue to be carried out for the “non-differentiated regions”⁸⁴.

The principle of correspondence between functions and resources raises the question concerning the criteria for financing any further competences transferred⁸⁵.

On the basis art. 119 of the Constitution, art. 5 of law 86/2024 identifies the instrument for financing the attributed functions from a share of the revenue of state taxes collected within the regional territory, in accordance with the criteria established by agreement with each region.

This provision establishes that such criteria are to be subsequently defined by Prime Ministerial Decree on the proposal of a specific State-Region-Local Authorities Joint Commission, governed by the agreement.

In relation to resources, there is a real risk that, in the years following the signing of any agreement, the financing mechanism based on a share of the revenue raised from taxes levied on the territory may result in insufficient, or “extra-funding” for the richest regions⁸⁶.

For this reason, monitoring is envisaged to guarantee the correspondence over time between collected tax revenue and functions acquired by the region (art. 8). However, the fact that the mechanisms for periodically adjusting the share of such revenue are managed by a complex procedure, centred on bilateral agreements, suggests a reconsideration of the role assigned to the Joint Commissions⁸⁷.

It would seem preferable, also in the light of comparative experience⁸⁸, to focus on multilateral cooperation, since this would be a suitable way to guarantee coordination between all subjects: the regions that request differentiated autonomy, those that do not, and the state⁸⁹.

⁸⁴ See S. Pajno, *Il regionalismo differenziato tra principio unitario e principio autonomista: tre problemi*, in *Federalismi*, 2020, pp. 121 ff.

⁸⁵ Furthermore, from the principles of art. 119 of the Constitution there derives the need not to compress local financial and tax autonomy, maintaining the region's role as planning body and to ensure the functioning of the solidarity instruments envisaged by art. 119 Constitution.

⁸⁶ This possibility is highlighted by Svimez, *Sintesi Rapporto 2023, Third Party*, p. 2.

⁸⁷ Cf. Art. 8, ddl. AC 1665; and the reflections of A. M. Poggi, *Il regionalismo differenziato nella “forma” del ddl Calderoli: alcune chiare opzioni politiche, ancora nodi che sarebbe bene sciogliere*, in *Federalismi.it*, 3, 2024, xii.

⁸⁸ See A. Valdesalici, *Financial relations in the Italian regional system*, in E. Arban, G. Martinico, F. Palermo (ed.), *Federalism and Constitutional Law*, cit., p. 88.

⁸⁹ A clear indication in favour of the German model, as an alternative way for shaping relations between different levels of government, see L. Violini, *Esperienze di regionalismo differenziato: un raffronto tra ordinamenti nazionali*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, Quaderno n. 2, 2020, pp. 107 ff., especially pp. 117 ff.

5. Concluding considerations

The reform of Title V juxtaposed the original special status category (*specialità*) with another form of constitutional asymmetry and allows for further differentiation among ordinary regions.

The approval of Law 86/2024 fulfills an important stage relating to the implementation of the new constitutional rule.

However, many uncertainties remain regarding art. 116(3) implementation: this is due to the realization of fiscal federalism⁹⁰.

Furthermore, one political factor is highly relevant: the “emulation factor”, given that prior to the approval of this law almost all the regions (even those without some indispensable financial requirements) had taken action to obtain almost all the available competences.

The “asymmetry clause” represents a complexity of variable scope due to its breadth of application provided by article 116(3) Const.; in fact, this provision is thinly formulated, but its generalised extension runs the risk of resulting in an unsustainable degree of entropy in the constitutional system, which could make it necessary, at a future date, to take further remedies in the direction of greater uniformity, especially in times of crisis or emergency⁹¹.

Such an evolution can be seen from a comparative perspective: in the Spanish system, for example, (which many scholars agree is the example followed by the constitutional legislator in 2001) the “homogenisation of competences”⁹² has induced the major Spanish political forces to review the promise of differentiation contained in the Constitution and thereby reduce the complexity of the system through the unilateral transfer of new competences to local authorities, in order to allow the survival of real forms of differentiation in limited, well-defined circumstances⁹³.

⁹⁰ The reference contained in art. 1, paragraph 1 of law 86/2024, to art. 14 of law no. 42/2009 must therefore be coordinated with the times established by the enabling law on tax reform.

⁹¹ See L. Pierdominici, G. Martinico, *Crisis, Emergency and Subnational Constitutionalism in the Italian context*, in *Perspectives*, 6 (2), 2014, p. 118 ff.

⁹² See M. Iacometti, *Il regionalismo differenziato: una buona soluzione per gli ordinamenti composti? Minime considerazioni comparative su Spagna e Italia*, in *Rivista del Gruppo di Pisa, Quaderno n. 2, fascicolo speciale monografico su: "Autonomie territoriali e forme di differenziazione. Ordinamenti a confronto"*, in memoria di Paolo Carrozza, 2020, 323 ff., 328.; on this aspect, see even, A. Galera Vicotria, *Pluralismo, Conflictos territoriales y reforma federal de la Constitución española*, in *Italian Papers of Federalism*, no. 2/2018, 1 ff.

⁹³ With reference to the Communities that enjoy greater autonomy, for example Catalonia and the Basque Country, see R. Tarchi, *In ricordo di Paolo Carrozza. Riflessioni sul percorso accademico, scientifico e sul pensiero in tema di federalismi nella prospettiva del regionalismo asimmetrico “Italian Style”*, in *Rivista del gruppo di Pisa*, cit., 2020, 21 ff., p. 59, note 112.

A further example is offered by the German experience which, having enhanced the ability of the Länder to legislate in derogation of federal legislation⁹⁴, in exchange for a reduction in the rights of participation in the exercise of fundamental federal powers⁹⁵, is characterised by the approval of a new constitutional reform aimed at introducing the institutional instruments necessary to limit excessive recourse to debt, both by the Federation and the Länder⁹⁶. The objective being to guarantee lasting stability to the budgets of the Federation and of the Länder in harmony with the European Stability Pact⁹⁷.

This has resulted in a resetting of the financial relations between the Bund and the Länder in a centralising sense, and in line with the traditional approach of the German federal system, which generally associates the centralisation of competences with the operation of collaborative mechanisms.

The experiences summarised above offer food for thought on how to implement art. 116 (3) of the Constitution, whose implementation process appears to be driven essentially by economic-financial reasons⁹⁸.

Thus, foreign experiences, for different reasons, support the idea that “differentiated regional autonomy” cannot only be used to acquire the autonomous management of new financial resources⁹⁹, since the attribution of further competences

⁹⁴ The reference is to the *Föderalismusreform I* of 2006.

⁹⁵ On the outcome of the choice: "not up to expectations", see G. Parodi, *Riforma del federalismo tedesco e riparto delle competenze legislative. Spunti per un primo bilancio*, in G. F. Ferrari, S. M. Moraldo (eds.), *La Germania tra integrazione europea e sovranismo*, cit., 155.

⁹⁶ This is the *Föderalismusreform II* of 2009. Briefly, on the contents of the reform, see Senate of the Republic, Study Service, 16th Legislature, *Dossier, La riforma costituzionale tedesca del 2009 (Föderalismusreform II) e il freno all'indebitamento*, April 2011, No. 287, especially pp. 8-9.

⁹⁷ On this aspect, see G. Rivosecchi, *Legge di bilancio e controllo di costituzionalità, spunti dalla decisione del Tribunale costituzionale federale tedesco*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2, 2024, pp. 451 ss.

⁹⁸ The transformations produced in this sense, also with regard to the autonomist claims of the Spanish system, are highlighted by M. Iacometti, *Il regionalismo differenziato*, cit., pp. 335-336. For constitutional reforms of the German system in 2006 and 2009 and impact of the richer Länder intolerant of equalisation, see also P. Carrozza, *I rapporti centro-periferia: federalismi, regionalismi e autonomie*, in P. Carrozza, A. Di Giovine, G.F. Ferrari, (eds.), *Diritto costituzionale comparato*, Rome-Bari, 2014, pp. 894 ff., especially p. 920.

⁹⁹ On the so-called fiscal residue, i.e. the positive balance between the amount paid by taxpayers residing in a certain territory and benefits received by them through direct public expenditure in that territory, see S. Staiano, *Sabare il regionalismo dalla differenziazione dissolutiva*, *Editoriale*, in *Federalismi*, 7, 2023, p. x. The use of this concept implies significant misunderstandings as it fails to take into account that redistribution between territorial areas, implemented by the public budget in Italy and recorded by indicators as tax residues, is generally the result of policies that are not motivated by a redistributive purpose on a geographical basis. On this point, see also cf. A. Giannola- G. Stornaiuolo, *Un'analisi delle proposte avanzate sul federalismo differenziato*, cit., pp. 8-9.

often introduces an element of tension with respect to satisfying the principles of equality, social solidarity and the harmonisation of public budgets.

In order to respect the above principles, the expansion of the forms and conditions of autonomy of ordinary regions must be circumscribed and gradual, containing clauses specifying periodic verification of the effects of differentiation¹⁰⁰.

Until now, the requests for autonomy presented in Italy are very broad; they may represent a reaction to the centralist interpretation of art. 117 of the Constitution.

However, the implementation of art. 116 (3) of the Constitution on a general basis is unnecessary and counterproductive.

It is unnecessary, because art. 117 of the Constitution, even if not always adequately implemented, was significantly modified by the 2001 reform, reversing the previous arrangement which reserved to the state all “non enumerated powers”¹⁰¹.

Furthermore, the implementation of art. 116(3) through the transfer of legislative competence up to 23 subject matters is counterproductive, because subject matters are increasingly interrelated.

This makes it even more important to examine how powers are shared and coordinated among levels of authority, rather than focusing «how they are divided»¹⁰².

The implementation of constitutional reform has shown that in the Italian regional system, in the absence of constitutional provisions governing procedure in the event of interference of competences, a central role must be ascribed to the principle of loyal cooperation.

This principle resolves the problem of interference of competences when it is necessary to safeguard unitary interests and the subjects competent for the individual areas have an equal right to exercise their powers.

Theoretically, the collaborative models of relations between levels of government, long established to allow the realisation of the principles of the welfare state, can be realised in various ways, recognising greater or lesser “visibility” to state supremacy¹⁰³.

¹⁰⁰ On this aspect, see, however, Arts. 7 and 8 of Law 86/2024.

¹⁰¹ The reform of 2001 has completely altered the distribution of legislative and administrative powers between state and regions (the abolition of previous national control marks the equal rank of regional and national legislation). At the same time, financial autonomy of sub-national entities is enhanced, enabling them to keep most of the territorial tax revenue. See, at least, A. D’Atena, *Diritto regionale*, Turin 2022 and P. Caretti, G. Tarli-Barbieri, *Diritto regionale*, Turin, 2024.

¹⁰² See F. Palermo, *Federalism and the European Union: asymmetry, policies and some recurring federal dilemmas*, in J. Kinkaid (ed.), *A Research Agenda for Federalism Studies*, (Edward Elgar), 2019, p. 204.

¹⁰³ Recently, on different declensions of the principle of loyal cooperation, P. Popelier, *Dynamic Federalism. A new Theory for Cohesion and regional Autonomy*, London-New York, 2021, especially pp. 151-153.

Eleonora Rinaldi

*Some reflections on the implementation of Article 116 (3) of the Italian Constitution.
Law 86/2024 and limits to “differentiated regionalism”*

However, in Italy, cooperative regionalism is affirmed in ways that tend to give maximum “visibility” to the supremacy of the state¹⁰⁴: the principle of loyal cooperation remains confined to intergovernmental relations and a procedural role¹⁰⁵. Regions are often overburdened with delegated tasks, and become «policymakers not policymakers»¹⁰⁶.

Therefore, the basic question, in order to rebuild the political autonomy of the regions, is constituted by the type of cooperation that is practised.

It is important to allow adequate space for mechanisms by which state primacy is “attenuated”, thereby rediscovering the authentic sense of coordination at the political level¹⁰⁷.

Article 116, paragraph 3, of the Constitution should remain a limited corrective to the model of Italian regionalism; at the same time, the regions wishing to offer particularly high standards in the provision of given services could do so and inspire the choices of other territories and the state.

The ability of central government to guide excessively broad and unjustified requests for the implementation of article 116(3) Const.¹⁰⁸, and to propose a reorganization of the formal links between state and territorial autonomy, will therefore be crucial to the implementation of so-called “Italian-style” differentiated regionalism. As is often the case, the fate of a model depends on the quality of the political class called upon to implement the same.

ABSTRACT: Art. 116, paragraph 3, forms part of the constitutional reform under Title V, Part II of the Italian Constitution. It introduces a model of specialization aimed directly at the ordinary regions (regioni “ad autonomia ordinaria”), as it provides for the possibility of acquiring new competences covering up to 23 subject matters.

¹⁰⁴ As mentioned by M. Luciani, in *Un regionalismo senza modello*, in *Le Regioni*, 5, 1994, pp. 1313 ff. After the 2001 constitutional reform, see R. Bin, *La ‘leale collaborazione’ tra prassi e riforme*, *Editoriale*, in *Le Regioni*, 3-4, 2007, pp. 393 ff., and recently, J. Woelk, *Loyal cooperation*, in E. Arban, G. Martinico, F. Palermo (eds.), *Federalism*, cit., pp. 170 ff.

¹⁰⁵ Within a system of shared powers, subnational entities are involved in central decision making. In our country, due to the lack of regional representation, Parliament does not function as a forum for balancing the roles in the new system.

¹⁰⁶ See, F. Palermo, K. Kössler, *Comparative Federalism. Constitutional Arrangements and Case Law*, Oxford 2017, p. 296, 315.

¹⁰⁷ See J. Woelk, *Loyal cooperation*, cit., p. 184-185.

¹⁰⁸ For a critical analysis of the “new approved levelling” emerging from the current demands for access to differentiated autonomy, see R. Toniatti, *L'autonomia regionale ponderata*, cit., p. 658.

Eleonora Rinaldi

*Some reflections on the implementation of Article 116 (3) of the Italian Constitution.
Law 86/2024 and limits to “differentiated regionalism”*

The approval of law 86/2024 stimulates some observations concerning the “sustainability” of the asymmetrical option. The author examines, in particular, procedural and substantial limitations derived from the framework established by the state legislator to implement the so-called “differentiated regionalism”, and the critical issues in relation to the respect for fundamental constitutional principles.

KEYWORDS: “Italian style” asymmetric regionalism - framework law implementing Article 116(3) of the Constitution - regional autonomy and determination of LEPs - solidarity federalism - sustainability of the asymmetrical option.

Eleonora Rinaldi – Professoressa associata di Istituzioni di diritto pubblico, Sapienza Università di Roma (eleonora.rinaldi@uniroma1.it)

Accesso all'università e aporie dell'eguaglianza alla luce di due recenti pronunce statunitensi. Un'introduzione*

Alessandra Di Martino

Anzitutto vi è [...] uno squilibrio troppo profondo
tra l'alta e la minore cultura
Giacomo Matteotti

SOMMARIO: 1. Due sentenze sull'università in linea con un *trend* problematico. – 2. Le *affirmative action* come spie di problemi più vasti: l'eguaglianza razziale al cuore del costituzionalismo statunitense e la “trappola della meritocrazia”. – 2.1. Oscillazioni e rimozioni nella giurisprudenza sulle *affirmative action*. – 2.2. Le insidie dell'ideologia meritocratica. – 3. Lo scoglio del debito studentesco. – 4. Brevi considerazioni conclusive.

1. Due sentenze sull'università in linea con un trend problematico

Nello scorso *term*, la Corte Suprema statunitense ha emesso due pronunce importanti in tema di accesso all'università. Le sentenze hanno colpito misure che, in vario modo, erano volte a favorire la partecipazione agli studi superiori di categorie della popolazione più svantaggiate: la prima decisione, *Students for Fair Admissions (SFFA)*¹, ha sancito l'incostituzionalità delle azioni positive in favore degli studenti di colore; la seconda, *Biden v. Nebraska*², ha dichiarato l'incostituzionalità di un programma del Dipartimento dell'Educazione che riduceva una parte dei debiti contratti dagli studenti. Il *focus* che qui si introduce, con saggi di Angelo Schillaci e Lorenzo Serafinelli³, è dedicato ad approfondire – a partire da queste

* L'articolo è stato sottoposto, in conformità al regolamento della Rivista, a *double-blind peer review*. L'articolo è parte del focus monografico “Corte Suprema statunitense, università, eguaglianza”.

¹ U.S. S.Ct., *Students for Fair Admissions (SFFA) v. Presidents and Fellows of Harvard College*, 600 U.S. (2023).

² U.S. S.Ct., *Biden, President v. United States v. Nebraska*, 600 U.S. (2023).

³ Un primo confronto con gli autori si è svolto in un seminario sul tema “Corte Suprema statunitense, azioni positive, università. Accesso all'università, eguaglianza e

decisioni – alcuni nodi problematici che investono gli studi universitari negli Stati Uniti, nodi che offrono spunti di riflessione anche per l'esperienza europeo-continentale.

Le *opinion* delle sentenze, di maggioranza e di minoranza, hanno impiegato canoni argomentativi consolidati nella giurisprudenza: *text, structure, precedent, history, tradition, consequences, ethic e purpose*⁴. Al contempo, però, esse riflettono una tendenza della giurisprudenza della Corte Suprema che nei casi più controversi si caratterizza per una divisione piuttosto netta secondo le linee politico-ideologiche dei giudici. La tendenza non è certamente nuova, ma si è accentuata con la presidenza di Donald Trump, il quale ha potuto nominare ben tre *Justices*: l'attuale maggioranza della Corte si sta assestando su posizioni sempre più neoconservatrici, mentre i giudici di minoranza difendono tesi riconducibili all'orizzonte *liberal*. In questo contesto, il diaframma che dovrebbe separare l'argomentazione giuridica dal conflitto politico si è molto assottigliato e la «polarizzazione asimmetrica», che attraversa la comunità politica statunitense e ne erode il tessuto democratico, si riflette sulla Corte, minandone la legittimazione⁵. Anche nelle due sentenze sull'università ci sono segnali dai quali si può cogliere come l'argomentazione giuridica sia stata piegata a soddisfare una certa posizione politica o convinzione ideologica. Allo stesso tempo, va osservato come in entrambi i casi il Presidente Roberts, estensore delle opinioni di maggioranza e notoriamente sensibile alle ripercussioni del *reasoning* della Corte sulla sua legittimazione⁶, abbia cercato, almeno in apparenza, di contenere quei rischi.

Tenendo sullo sfondo i profili argomentativi, mi concentrerò in questo contributo sui problemi sostanziali affrontati dalle due sentenze, che

istruzione a partire da alcune pronunce statunitensi”, che si è tenuto all'Università Sapienza di Roma, il 16 ottobre 2023.

⁴ Cfr. Ph. Bobbit, *Constitutional Interpretation*, Oxford, 1991; S. Breyer, *Active Liberty: Interpreting a Democratic Constitution*, Oxford, 2005; tra gli studiosi italiani v. da ultimo G. Romeo, *L'argomentazione costituzionale di common law*, Torino, 2020, cap. III ss.

⁵ Per tutti M.J. Klarman, *Foreword. The Degradation of American Democracy – and the Court*, in *Harv. L. Rev.*, 2020, p. 4 ss; J. Waldron, *The Crisis of Judicial Review*, NYU School of Law Public Law and Legal Theory Research Paper Series, WP 24-30, in *ssrn.com* (agosto 2024). Sui rapporti di questa Corte con l'amministrazione Biden v. Ch. Rodríguez, *Foreword. Regime Change*, in *Harv. L. Rev.*, 2021, p. 1 ss.

⁶ Cfr. ad esempio le sue *opinion*, collocate su una linea di mediazione, in casi decisivi e politicamente salienti come quelli sull'*Affordable Care Act* di Obama (U.S. S.Ct., *National Federation of Independent Business v. Sebelius*, 567 U.S. (2012), *opinion of the Court*; *King v. Burwell*, 576 U.S. (2015), *opinion of the Court*), e sull'aborto (*Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, 597 U.S. (2022), Roberts *concurring*).

riguardano non solo il rilievo del principio di eguaglianza ai fini dell'accesso all'università, ma anche, più in generale, la questione delle diseguaglianze sociali. Rilevano, dunque, problemi storici e strutturali, come le diseguaglianze razziali, e altri più recenti, come l'insoddisfazione rispetto alle promesse di mobilità sociale sottese alla *equality of opportunities*, pure centrale nella cultura costituzionale statunitense, nonché la prevalenza – talora contrastata ma alla quale fanno da sponda i *trend* giurisprudenziali della Corte Suprema attuale – di orientamenti economici neoliberali. Questi costituiscono di fatto una barriera al rafforzamento sociale, culturale e politico della classe media e lavoratrice, che negli ultimi anni – invero non solo negli Stati Uniti – sta attraversando notevoli difficoltà⁷. Una visione sobria e preoccupata degli assetti attuali ha trovato un'articolazione particolare nella critica all'“illusione meritocratica”, sviluppata da importanti esponenti dell'accademia statunitense e che occorre qui considerare. In questo contesto più largo, leggerò anzitutto la sentenza sulle *affirmative action*, un tema su cui da molto tempo si svolge un dibattito tra i costituzionalisti⁸ e sulla quale si soffermerà diffusamente e in maniera problematica il saggio di Schillaci⁹. Farò poi riferimento alla sentenza sul debito studentesco, i cui aspetti più strettamente giusprivatistici sono ampiamente approfonditi da Serafinelli¹⁰. La consapevolezza di una cornice complessa può, a mio avviso, aiutare a mettere meglio in prospettiva le singole questioni che sono oggetto dei giudizi, nella misura in cui né le opinioni di maggioranza né quelle di minoranza sembrano offrire soluzioni del tutto soddisfacenti ai problemi di fondo, che riguardano l'estrema selettività degli accessi alle università più

⁷ Tra i lavori più esaustivi, in prospettiva costituzionalistica, v. J. Fishkin, W.E. Forbath, *The Anti-Oligarchy Constitution. Reconstructing the Economic Foundations of American Democracy*, Cambridge Mass., 2022; K. Andrias, *Constitutional Clash: Labor, Capital and Democracy*, in *NorthWest. U. L. Rev.*, 2024, p. 985 ss. In prospettiva sociologica, con riferimento alla Germania ma anche per un confronto con gli Stati Uniti, particolarmente efficace S. Mau, Th. Lux, L. Westheuser, *Triggerpunkte. Konsens und Konflikt in der Gegenwartsgesellschaft*, Berlin, 2023.

⁸ Non stupisce che sia stata *SFFA* ad aver attratto maggiore attenzione presso i costituzionalisti, anche in Italia: cfr. i commenti di C. Panzera, *Lettera 9/2023. Azioni positive ed eguaglianza formale*, in *associazioneicostituzionalisti.it.*, e G.F. Ferrari, G. Romeo, *Corte Suprema e società in SFFA v. Harvard College*, ivi, nonché S. Leone, *Costituzione americana e razza ancora allo specchio. La parabola delle affirmative actions nella giurisprudenza della Corte Suprema*, in *Rivista AIC*, 1/2024.

⁹ A. Schillaci, *Inequality Is Not Inevitable. Comprensioni dell'eguaglianza, razza e azioni affermative nell'esperienza costituzionale statunitense*, in questo *focus* della *Rivista*.

¹⁰ L. Serafinelli, *How Greedy They Are. Un discorso sui costi della higher education negli Stati Uniti dal New Deal ai nostri giorni*, in questo *focus* della *Rivista*.

prestigiose e i costi eccessivi, quando non proibitivi, dell'istruzione superiore.

Il filo sotterraneo che tiene insieme le diverse parti di questa introduzione è la consapevolezza che i problemi intorno alle azioni affermative e al debito studentesco siano la spia di contraddizioni profonde, che toccano i profili “materiali” del diritto costituzionale statunitense contemporaneo, tra cui gli assetti gerarchizzati e razzializzati della società e un capitalismo che tende a smarcarsi dalla regolazione e le cui logiche di funzionamento sono penetrate anche nell'ambito dell'istruzione¹¹. La messa in luce, in quest'ottica, di aporie e contraddizioni è utile anche al fine di individuare, sul piano della politica del diritto, soluzioni realistiche, come dimostrano le proposte emerse nel dibattito sulla meritocrazia alle quali farò riferimento. All'interno di questo contributo, la parte che ricostruisce tale dibattito è collocata al centro, perché costituisce il collante – ideale e pratico insieme – delle altre due sezioni, che hanno un taglio più casistico.

2. Le affirmative action come spie di problemi più vasti: l'eguaglianza razziale al cuore del costituzionalismo statunitense e la “trappola della meritocrazia”

In un contributo di qualche anno fa, Marc Graber rileggeva il tema dell'eccezionalismo americano alla luce della questione razziale: elemento caratterizzante dell'esperienza costituzionale statunitense, benché non sufficientemente elaborato e spesso rimosso, il problema razziale è per l'autore – anche a causa di quelle rimozioni – la principale ragione dell'*American exceptionalism*¹². Il riconoscimento della storica oppressione della popolazione nera e gli sforzi verso la promozione di un'eguaglianza effettiva, tra la metà degli anni cinquanta e gli anni sessanta, spiegherebbero alcuni caratteri tipici dell'ordinamento giuridico statunitense, tra cui la tutela più penetrante offerta dal I emendamento e l'uso del canone rigido dello *strict scrutiny*, invece di quello più flessibile di proporzionalità. L'applicazione dello *strict scrutiny*, in particolare, sarebbe dipesa dalla necessità, da parte della

¹¹ Cfr. R. Hunter, “*A Certain Shadowy Totality*”: *In Search of the Material Constitution of the United States*, in M. Goldoni, M.A. Wilkinson (eds.), *The Cambridge Handbook on the Material Constitution*, Cambridge, 2022, p. 112 ss. In questo senso, “materiale” richiama evidentemente il pensiero marxista. Per una riflessione a più voci sul rapporto tra quest'ultimo e le teorie critiche del diritto cfr. anche G. Azzariti, A. Di Martino, A. Somma (a cura di), *L'uso alternativo del diritto. Un confronto di prospettive critiche*, Napoli, 2024.

¹² Cfr. M. Ignatieff (ed.), *American Exceptionalism and Human Rights*, Princeton, 2005.

Corte Suprema, di controllare e indirizzare la giurisprudenza delle corti inferiori verso una effettiva desegregazione¹³.

È vero che la questione razziale rappresenta il punto cieco, e continuamente sfidante, del costituzionalismo degli Stati Uniti: la schiavitù era contemplata nelle pieghe della costituzione del 1787, la guerra civile è stata combattuta per impedire la secessione degli stati schiavisti, i *reconstruction amendment* hanno abolito la schiavitù e assicurato formalmente agli afro-americani eguali diritti e cittadinanza. Ciononostante, la segregazione ha avuto una recrudescenza e numerose leggi *Jim Crow* sono state approvate nell'ultimo decennio del XIX secolo. *Brown* ha segnato la svolta sull'incostituzionalità della segregazione nelle scuole e questa linea giurisprudenziale è stata confermata, non senza ambivalenze, in altri contesti¹⁴. Vi è peraltro consapevolezza, tra gli studiosi, che il percorso di apertura, avviato dalla Corte Warren e approdato ai primi anni della Corte Burger, non sia stato solo il prodotto di un cambiamento di vedute da parte dei giudici, ma abbia riflettuto un mutamento più ampio che si era prodotto nella società statunitense, un mutamento che è stato a sua volta il frutto dell'elaborazione di conflitti profondi¹⁵, i quali, come si vedrà, non possono ritenersi ancora risolti¹⁶. A livello istituzionale, la svolta verso una maggiore inclusività è stata contrassegnata dall'approvazione delle grandi leggi sui diritti civili: il *Civil Rights Act* del 1964, il *Voting Rights Act* del 1965 e il *Fair Housing Act* del 1968. L'approvazione è stata possibile grazie alla formazione di un'alleanza per l'eguaglianza razziale della quale hanno fatto parte i movimenti sociali, nonché aree significative del partito democratico e di quello repubblicano, le quali hanno influenzato in maniera determinante l'azione del Congresso e del Presidente¹⁷. Che vi fossero ancora sacche di

¹³ M. Graber, *Race and American Constitutional Exceptionalism*, in G. Jacobsohn, M. Schor (eds.), *Comparative Constitutional Theory*, Cheltenham, 2018, p. 456 ss.

¹⁴ Per alcune opere fondamentali di storia costituzionale v. E. Foner, *Storia della libertà americana*, ed. orig. *The Story of American Freedom* (1999), Roma, 2000; Id., *The Second Founding. How the Civil War and Reconstruction Remade the Constitution*, New York, 2019; M.J. Klarman, *From Jim Crow to Civil Rights: The Supreme Court and the Struggle for Racial Equality*, Oxford, 2004.

¹⁵ Cfr. la n. precedente.

¹⁶ Oltre a quello che si dirà, è emblematica la *police brutality* esercitata nei confronti delle persone di colore e le reazioni suscitate presso le comunità nere: cfr. sul tema L. Fabiano, *Police Brutality, Qualified Immunity e conflitto razziale nell'esperienza statunitense*, in questa *Rivista*, 2021, p. 21 ss.

¹⁷ Ricostruisce questo passaggio storico come una fase di trasformazione costituzionale B. Ackerman, *The Civil Rights Revolution [We the People, 3]*, Cambridge Mass., 2014. Insiste sul significato politico-costituzionale dell'alleanza politica a sostegno

resistenza può cogliersi, in controtelaio, dal modo cauto in cui la Corte Suprema ha inizialmente rigettato le censure di incostituzionalità di queste leggi, appoggiandosi non sulla *equal protection clause*, ma sulla *commerce clause* (art. 1 sec. 8 Cost. USA), la norma attributiva di competenza legislativa al Congresso federale, le cui implicazioni sono apparentemente più neutre rispetto al principio di eguaglianza¹⁸. Che quelle leggi costituissero un'attuazione della *equal protection clause* (XIV am., sec. 5 Cost USA) è stato bensì riconosciuto, almeno con riferimento al *Voting Rights Act*¹⁹, ma si è trattato di una conquista non del tutto stabile, come ha mostrato la giurisprudenza degli anni più recenti²⁰.

Proprio la centralità del conflitto sociale e la condivisione di una prospettiva emancipativa presso fasce trasversali della popolazione, in un determinato momento storico, inducono oggi a non leggere questi sviluppi come un percorso lineare, destinato a perfezionarsi nel corso del tempo. La fase di apertura e di "promesse" per gli Afro-americani ha avuto effettivamente una durata temporanea, essendosi arrestata negli anni ottanta, secondo una lettura convenzionale che fa iniziare la svolta conservatrice con l'avvento di Ronald Reagan alla Casa Bianca. Tra i costituzionalisti, Jack Balkin, valorizzando una concezione ciclica del tempo storico rispetto a una concezione lineare e progressiva, ha interpretato il «regime politico reaganiano» come un periodo che si estende fino ai nostri giorni. Al contempo, lasciando qualche spiraglio di ottimismo, ha intravisto dei margini per un suo superamento, segnatamente nella formazione di una nuova alleanza tra i ceti popolari che ora, per diversi motivi, sono schierati su (o simpatizzano per) i due fronti politici opposti²¹. Altri autori, specie tra gli esponenti della *critical race theory*, hanno da tempo evidenziato una serie di contraddizioni relative agli strumenti giuridici e alla postura ideologica con cui si affrontano i temi relativi all'eguaglianza razziale, contraddizioni che in una prospettiva realistica sembrano difficilmente risolvibili²². Le azioni

dell'eguaglianza razziale, paragonandola alle alleanze anti-fasciste nei paesi europei, M. Graber, *Race and American Constitutional Exceptionalism*, cit., p. 472 ss.

¹⁸ U.S. S.Ct., *Heart of Atlanta Motel Inc. v. United States*, 379 U.S. 241 (1964).

¹⁹ U.S. S.Ct., *Katzenbach v. Morgan*, 384 U.S. 641 (1966).

²⁰ U.S., S. Ct., *Shelby County v. Holder*, 570 U.S. 529 (2013).

²¹ J.M. Balkin, *The Cycles of Constitutional Time*, New York, 2020.

²² Per una panoramica sulla *critical race theory* v. almeno R. Delgado, J. Stefancic (eds.), *The Derrick Bell Reader*, New York, 2005; K.W. Crenshaw, *Twenty Years of Critical Race Theory: Looking Back to Move Forward*, in *Connecticut L. Rev.*, 2011, p. 1253 ss.; H.T. Lovelace, *Critical Race Theory and the Political Uses of Legal History*, in M.D. Dubber, Ch. Tomlins (eds.), *Oxford Handbook of Legal History*, Oxford, 2018, p. 621 ss.; G. Minda, *Postmodern Legal Movements. Law and Jurisprudence at Century's End*, kindle ed., New York, 1995, pt. I, ch. 9. In lingua

positive costituiscono un terreno privilegiato per analisi di questo tipo²³, ma invitano altresì a spostare più avanti l'orizzonte della discussione: gli effetti del lungo periodo reaganiano e le aporie derivanti da alcuni strumenti utilizzati per affrontare la questione razziale, tra cui le azioni positive, hanno reso manifesta una tendenza all'aumento delle diseguaglianze, tendenza a cui, nell'ambito dell'istruzione superiore, è stata data voce attraverso il fitto dibattito intorno all'ideologia meritocratica²⁴.

2.1. Oscillazioni e rimozioni nella giurisprudenza sulle affirmative action

In un primo turno di anni, presso la Corte Suprema si è consolidata la giurisprudenza sulla desegregazione nelle scuole, anche se con alcuni aspetti incerti, come la mancata individuazione di rimedi specifici da adottare²⁵. È seguita una fase di parziale apertura, con il sostegno al *busing* come servizio di trasporto per desegregare le scuole, il riconoscimento di una tendenziale corrispondenza tra la composizione demografica dei quartieri e quella delle scuole, l'affermazione dei poteri di controllo delle corti sui consigli scolastici²⁶. Ma, già poco prima della metà degli anni settanta, è prevalso un atteggiamento di maggiore chiusura, con il rifiuto di accettare la misura più incisiva di desegregazione, cioè i piani interdistrettuali, e la mancata opposizione alla formazione di scuole *de facto* risegregate in seguito al trasferimento (o alla “fuga”) di famiglie bianche in

italiana v. G. Marini, *Il colore nel diritto: costruire la soggettività nell'esperienza della Critical Race Theory*, in M.G. Bernardini, O. Giolo (a cura di), *Le teorie critiche del diritto*, kindle ed., Pisa, 2017, cap. II; G. Zanetti, *Critical Race Theory: temi e problemi degli studi critici sulla “razza”*, ivi, p. cap. I.

²³ V. *infra*, par. 2.1.

²⁴ V. *infra*, par. 2.2.

²⁵ Cfr. S. Ct., *Brown v. Bd. of Education I*, 347 U.S. 483 (1954); *Brown v. Bd. of Education II*, 349 U.S. 294 (1955), dove si trova la famosa formula *with all deliberate speed* (ivi, p. 301), per segnalare il carattere non urgente dell'individuazione dei rimedi con cui attuare la desegregazione. Cfr. anche, sul difficile sradicamento di soluzioni basate sulla *freedom of association* degli alunni (relativamente alla libertà di scelta delle scuole da frequentare), che in una prospettiva più generale ostacolavano l'efficacia dell'approccio antidiscriminatorio nei rapporti interprivati, A.D. Freeman, *Legitimizing Racial Discrimination through Antidiscrimination Law: A Critical Review of Supreme Court Doctrine*, in *Minn. L. Rev.*, 1978, p. 1071 ss. La *free association theory* è stata poi superata in U.S. S.Ct., *Green v. County School Bd.*, 391 U.S. 430 (1968); *Monroe v. Bd. of Commissioners* 391 U.S. 450 (1968).

²⁶ Cfr. U.S. *Swann v. Mecklenburg County Superior Court*, 402 U.S. 1 (1971); *Keyes v. Bd. of Education, School District n° 1*, 413, U.S. 189 (1973).

altri quartieri delle città²⁷. Tra gli afro-americani ha inoltre iniziato a circolare l'interrogativo se l'obiettivo prioritario delle cause come *Brown* fosse non tanto quello di raggiungere, in maniera artificiosa e coercitiva, una composizione mista delle classi, quanto piuttosto quello di migliorare effettivamente il livello di istruzione ed educazione dei propri figli. E questo obiettivo non era stato raggiunto²⁸.

A ogni modo, sono le cause giudiziarie sulla desegregazione a inaugurare il diritto antidiscriminatorio negli Stati Uniti. Nel corso degli anni, questo si è venuto a caratterizzare da un lato per l'adozione dello *strict scrutiny*, relativamente al sindacato di misure che formulano distinzioni sulla base del criterio razziale²⁹. Dall'altro, si è affermato un approccio incentrato sulle intenzioni del soggetto al quale può essere imputato il singolo atto discriminatorio (*perpetrator perspective*), anziché sull'effetto discriminatorio in quanto tale (*disparate impact*) e sulle sperequazioni prodottesi a valle per i destinatari di un certo comportamento (*victim perspective*), nonostante alcuni varchi pure individuabili nella giurisprudenza. Tramite queste scelte interpretative e argomentative, secondo i *critical race theorist*, il diritto ha razionalizzato e dunque legittimato discriminazioni manifeste ma non meno insidiose. Continuavano infatti a sussistere pratiche quotidiane di diseguaglianza non solo negli stati del sud, dove oppressione e pregiudizi erano storicamente più radicati, ma anche, in maniera più sottile, negli stati già abolizionisti del nord³⁰. Dinanzi a misure apparentemente neutrali, come

²⁷ Cfr. U.S. S.Ct., *San Antonio Independent School District v. Rodriguez*, 411 U.S. 1 (1973), e soprattutto *Milliken v. Bradley*, 418 U.S. 717 (1974). Questa è considerata la sentenza che chiude la fase di relativa apertura, o comunque di ambivalenza promettente, da parte della Corte Suprema, tanto che B. Ackerman, *The Civil Rights Revolution*, cit., la assume come atto simbolico che chiude la *Civil Rights Revolution*. Cfr. anche U.S. S.Ct., *Pasadena City Bd. of Ed. v. Spangler*, 427 U.S. 424 (1976).

²⁸ A.D. Freeman, *Legitimizing Racial Discrimination through Antidiscrimination Law*, cit., p. 1068-1069; Id., *Antidiscrimination Law. The View From 1989*, in *Tulane Law Rev.*, 1990, p. 1415-1416, 1420-1421. V. anche H.T. Lovelace, *Critical Race Theory and the Political Uses of Legal History*, cit., p. 628. Una pretesa alla *resource equalization* tra distretti scolastici viene rigettata in U.S. S.Ct., *San Antonio Independent School District v. Rodriguez*, cit.

²⁹ Se una delle ragioni è quella di controllare la giurisprudenza delle corti inferiori (*supra*, n. 13), l'elaborazione di uno scrutinio stretto su tali questioni rientra nel modello sviluppato dalla celebre *footnote 4* di *Carolene Products* (U.S. Supreme Court, *United States v. Carolene Products Company*, 304 U.S. 144 (1938)), sul cui sfondo c'erano infatti le leggi *Jim Crow*: sul punto v. J. Greene, *How Rights Went Wrong. Why Our Obsession with Rights is Tearing America Apart*, kindle ed., ch. I, par. 3.

³⁰ Per una ricostruzione in questa prospettiva v. A.D. Freeman, *Legitimizing Racial Discrimination through Antidiscrimination Law*, cit., p. 1050 ss.; Id., *Antidiscrimination Law. The View From 1989*, cit., p. 1407 ss. Cfr. anche *infra*, n. 65.

la sottoposizione a *test* che calcolavano il grado di intelligenza o di istruzione, la Corte Suprema ne ha subordinato dapprima la legittimità alla presenza di uno stretto nesso funzionale con il compito che il candidato era chiamato a compiere³¹ e in seguito ne ha affermato in generale la legittimità, a prescindere dall'attività che si sarebbe dovuta prestare³². Questi casi sono significativi a proposito delle discriminazioni indirette, nella misura in cui dai *test* scaturivano risultati più modesti per gli afro-americani. In quegli anni, peraltro, il ricorso ai *test* come strumento neutrale di selezione veniva paradossalmente consentito nei territori dove era stata riscontrata una segregazione scolastica incostituzionale, riconosciuta come causa di un livello inferiore di istruzione³³.

L'ambivalenza di questa giurisprudenza è proseguita, e anzi è cresciuta, con riguardo alle *affirmative action* deliberate da alcuni *college* e università. Esito di una serie di proteste, che avevano coinvolto il movimento *black power* e investito anche la composizione delle classi negli istituti di istruzione superiore, tali misure sono giunte alla Corte Suprema nel 1978, con il caso *Bakke*³⁴, superando il vaglio dei giudici in termini molto stretti, attraverso un ragionamento che già allora non aveva mancato di sollevare perplessità. La Corte si è divisa fortemente e ha pronunciato una *plurality opinion*: quattro giudici erano contrari alle azioni positive, quattro favorevoli, il giudice Powell ha scritto la *controlling opinion*. Da un lato, i giudici dissenzienti hanno sostenuto la legittimità del programma di accesso, facendo leva sull'esigenza di offrire agli studenti afro-americani un rimedio, una riparazione rispetto all'oppressione subita nei lunghi secoli di schiavitù e segregazione, un'oppressione che era ritenuta essere all'origine delle diseguaglianze del presente³⁵. Dall'altro lato, Powell ha rinvenuto la principale giustificazione delle azioni positive nella *diversity* delle classi, che le istituzioni universitarie avrebbero potuto legittimamente ricercare, in conformità con la libertà accademica protetta dal I emendamento. Le *affirmative action*, dunque, non andavano viste come un rimedio alla diseguaglianza strutturale che, fin dalle origini, aveva colpito la popolazione nera all'interno della società statunitense, ma erano piuttosto uno strumento

³¹ U.S. S.Ct., *Griggs v. Duke Power Co.*, 401 U.S. 424 (1971).

³² U.S. S.Ct., *Washington v. Davis*, 426 U.S. 229 (1976).

³³ J. Greene, *How Rights Went Wrong*, cit., p. 197.

³⁴ U.S. S.Ct., *Regents of the University of California v. Bakke*, 438 U.S. 265 (1978).
Sull'influenza dell'attivismo *black power* sull'adozione delle azioni positive v. H.T. Lovelace, *Critical Race Theory and the Political Uses of Legal History*, cit., p. 637.

³⁵ U.S. S.Ct., *Regents of the University of California v. Bakke*, cit., Brennan *concurring in part and dissenting in part*, p. 324 ss.; Marshall, *concurring in part and dissenting in part*, p. 387 ss.

per agevolare la pluralità dei punti di vista nelle classi e per abituare gli studenti a un confronto largo. Coerenti con questa impostazione sono i passaggi dell'opinione di Powell che aderivano a una concezione formale dell'eguaglianza³⁶. La priorità, per la *controlling opinion*, era sia quella educativa sia quella di selezionare una *leadership* capace di confrontarsi elasticamente con persone dalla provenienza etnica e culturale variegata. Quest'ultimo obiettivo era in sintonia con il conservatorismo pragmatico del giudice Powell e con le esigenze di una classe dirigente che, soprattutto nel mondo imprenditoriale, si muoveva sullo sfondo del neoliberismo reaganiano e di una globalizzazione incipiente³⁷. La soluzione pratica, prevalsa in *Bakke*, è stata l'adozione di valutazioni per l'ammissione all'università olistiche o generalizzate, in cui il fattore razziale non veniva considerato in maniera automatica, con l'attribuzione di un determinato punteggio o con riserva di quote, ma all'interno di un giudizio integrato sul profilo del candidato o della candidata³⁸.

Le ambivalenze appena descritte hanno caratterizzato dunque, fin dall'inizio, l'orientamento della Corte Suprema sulle azioni positive per l'ingresso alle università³⁹. Tale orientamento ha recepito peraltro un aspetto centrale della *perpetrator perspective*, e cioè la necessaria sussistenza di un nesso causale tra il comportamento originario e il danno prodotto, nonché il

³⁶ U.S. S.Ct., *Regents of the University of California v. Bakke*, cit., p. 291 ss. ed ivi, p. 289-290: «the guarantee of equal protection cannot mean one thing when applied to one individual and something else when applied to a person of another color. If both are accorded the same protection, then it is not equal», nonché p. 295 e 307 ss. Sulla *diversity*, ivi, p. 311 ss.

³⁷ Particolarmente significativo il *memorandum* riservato di Powell, che prima di essere giudice era stato un avvocato nel campo del diritto commerciale e societario, su un presunto «attacco» alla libertà di impresa da parte delle forze della sinistra e di una parte impegnata del mondo educativo, intellettuale e artistico: cfr. L.F. Powell Jr., «The Memo» (1971). *Powell Memorandum: Attack on American Free Enterprise System*, in *Washington and Lee University School of Law Scholarly Commons*, p. 1 ss. (il *memorandum*, trovato negli scritti di Powell, è del 23-8-1971, la sua pubblicazione è stata autorizzata da un amministratore della Washington and Lee University School of Law). Che l'ascesa di Reagan coincida convenzionalmente con quella del consolidamento di correnti neoliberali negli Stati Uniti è oggi un dato condiviso tra gli autori ascrivibili al costituzionalismo progressista, che si sono interrogati anche sulle ragioni economico-sociali della vittoria di Trump nel 2016: cfr. J. Fishkin, W.E. Forbath, *The Anti-Oligarchy Constitution*, cit., p. 392 ss., ed ivi, p. 408 ss., per il riferimento a Powell; J.M. Balkin, *The Cycles of Constitutional Time*, cit., p. 66 ss. In lingua italiana, cfr. anche E. Mostacci, A. Somma, *Gli Stati Uniti e il loro diritto*, Torino, 2024, p. 296 ss., che rimarcano i profili di continuità con la Presidenza Clinton (ivi, p. 287 ss.). Cfr. anche ivi, p. 259 ss., sul *memorandum* di Powell.

³⁸ U.S. S.Ct., *Regents of the University of California v. Bakke*, cit., p. 307 ss., 316 ss.

³⁹ Per tutti J. Greene, *How Rights Went Wrong*, cit., p. 199 ss.

contributo attivo del singolo soggetto al comportamento in questione. La conseguenza, da questa angolatura, è stata l'esclusione della responsabilità di individui bianchi viventi, di cui retoricamente si è enfatizzata l'innocenza («l'innocente vittima bianca delle azioni positive»), rispetto a una prassi di oppressione e discriminazione diffusa nel passato⁴⁰. Occorre peraltro notare come le domande dei cittadini afro-americani, fondate sugli argomenti storici della lunga oppressione e sulla titolarità di diritti innati da opporre ai gruppi dominanti⁴¹, abbiano rappresentato una sfida considerevole per l'indirizzo di filosofia politica e costituzionale allora prevalente, il *liberal egalitarianism*, che a sua volta ha provato ad assorbire tali domande all'interno del proprio schema teorico, addomesticandole⁴².

I *landmark cases* successivi a *Bakke* hanno ribadito alcuni orientamenti di fondo: da una parte, la Corte Suprema ha utilizzato, per misure che ricorrevano apertamente al criterio razziale, lo standard dello *strict scrutiny*, dall'altra ha assoggettato misure apparentemente neutrali, anche se produttive di conseguenze chiaramente squilibrate per bianchi e neri, a un *rational basis test*, alimentando un approccio «tutto o niente» nella tutela dei diritti che le ha precluso di apprezzare gradazioni e situazioni intermedie⁴³. Per parte sua, il criterio della *diversity*, come unico interesse imperativo, capace di comprimere il principio di eguaglianza formale, è stato ribadito nel 2003 con *Grutter*⁴⁴. Di esso, tuttavia, la Corte ha dato un'interpretazione più ampia, che eccede il confronto di una pluralità di punti di vista nella comunità studentesca e investe, pur riaffermando l'importanza per la selezione della *leadership*, la stessa legittimità del tessuto democratico: un modo per segnalare che il problema è più ampio e profondo di quello

⁴⁰ Cfr. Th. Ross, *Innocence and Affirmative Action*, in *Vand. L. Rev.*, 1990, p. 297 ss. e U.S. S.Ct., *Regents of the University of California v. Bakke*, cit., p. 310. V. anche D.A. Bell, *Bakke, Minority Admissions and the Usual Price of Racial Remedies*, in *Cal. L. Rev.*, 1979, p. 3 ss.; Id., *Xerxes and the Affirmative Action Mystique*, in *Geo. Wash. L. Rev.*, 1989, p. 1595 ss.

⁴¹ Sull'uso della storia da parte della *critical race theory* cfr. H.T. Lovelace, *Critical Race Theory and the Political Uses of Legal History*, cit., 623 ss.

⁴² Per una accurata contestualizzazione, a partire dal pensiero di Rawls, v. K. Forrester, *In the Shadow of Justice. Postwar Liberalism and the Remaking of Political Philosophy*, Princeton, 2019, p. 131 ss.

⁴³ J. Greene, *How Rights Went Wrong*, cit., p. 200 e *passim*; la tesi sul carattere problematico di un approccio *all or nothing* alla tutela dei diritti attraversa tutto il volume, anche con riferimento ad altri conflitti. Per la conferma dello *strict scrutiny* su azioni positive che impiegano il criterio razziale v. U.S. S.Ct., *Adarand Constructors, Inc. v. Peña*, 515 U.S. 200 (1995).

⁴⁴ U.S. S.Ct., *Grutter v. Bollinger*, 539 U.S. 306 (2003).

originariamente delineato da Powell⁴⁵. Nello stesso anno, in *Gratz*, la Corte ha riaffermato che le azioni positive legittime sono solo quelle che adottano un sistema di valutazione olistico, e non punteggi fissi o quote riservate⁴⁶. I due profili – scrutinio blando per giudicare una misura apparentemente neutrale e scrutinio stretto per controllare una misura adottata in base al criterio razziale – si sono poi affiancati nelle due decisioni *Fisher*, del 2013 e del 2016. La misura apparentemente neutrale era la parte del programma di un'università pubblica dove si assicurava l'ingresso a tutti coloro che, nelle rispettive scuole di provenienza, rientravano nella soglia del 10% più alta per rendimento: in tal modo, l'accesso di un gruppo di studenti afro-americani era assicurato indirettamente dal fatto che la composizione delle scuole rifletteva la demografia delle zone in cui esse erano collocate. La misura in cui era impiegato il fattore razziale, alla quale si richiedeva di essere *narrowly tailored*, era invece la parte del piano che assegnava una percentuale di ingressi alla luce del metodo olistico⁴⁷.

Questa serie giurisprudenziale viene sostanzialmente rovesciata da *Students for Fair Admissions*, anche se i giudici adottano approcci diversi tra loro. Roberts tende a sottolineare una linea di continuità giurisprudenziale, laddove riprende le tre condizioni tematizzate da *Grutter* alle quali la Corte aveva subordinato la legittimità delle azioni positive: non concepire la razza nei termini di uno stereotipo, non usarla come un fattore da cui sarebbe derivato uno svantaggio, non abbandonare il carattere temporaneo delle misure⁴⁸. Diversamente, altre *opinion*, sia concorrenti che dissidenti⁴⁹, hanno interpretato la decisione come un sostanziale *overruling* di *Bakke*, *Grutter* e *Fisher*, un *overruling* che si va ad aggiungere ad altri rovesciamenti della giurisprudenza, non meno importanti e non meno controversi, fatti da

⁴⁵ Cfr. J. Greene, *How Rights Went Wrong*, cit., p. 202-203.

⁴⁶ U.S. S. Ct., *Gratz v. Bollinger*, 539 U.S. 144 (2003).

⁴⁷ U.S. S.Ct., *Fisher v. University of Texas I*, 570 U.S. 297 (2013); *Fisher v. University of Texas II*, 579 U.S. 365 (2016).

⁴⁸ U.S. S.Ct., *Students for Fair Admissions (SFFA) v. Presidents and Fellows of Harvard College*, cit., p. 20 ss.

⁴⁹ Ivi, Thomas *concurring*, p. 7, 58; ivi, Gorsuch, *concurring*, p. 21-22; ivi, Sotomayor, *dissenting*, p. 26, 36-37, 41, 43, 68.

questa Corte in maniera sia esplicita, su temi come i diritti sindacali e l'aborto⁵⁰, sia implicita⁵¹.

In *SFFA*, dunque, si afferma l'incostituzionalità delle azioni positive e viene travolta anche la giustificazione fondata sulla *diversity*. Oltre a quello basato sul precedente, l'altro argomento decisivo nell'opinione di maggioranza è quello – rilanciato soprattutto negli anni ottanta da reaganiani e neoconservatori ma impiegato anche in precedenza da gruppi di cittadini ostili alla de-segregazione – della *color-blindness*⁵². Il *topos* era stato sviluppato dal giudice Harlan nell'unica opinione dissenziente in *Plessy v. Ferguson*, il caso in cui la Corte Suprema aveva considerato non incostituzionale la segregazione razziale sui treni. Secondo il vecchio giudice Harlan, la *equal protection clause* implicava che la costituzione fosse indifferente al colore della pelle dei cittadini, non esistendo al suo cospetto né caste né classi separate. La statuizione era chiaramente rivolta a vantaggio della popolazione nera⁵³. Negli anni successivi, e soprattutto con *Brown*, mentre *Plessy* è diventata un "anti-canone", l'opinione dissenziente di Harlan è entrata nel canone costituzionale, sviluppando in quanto tale una propria forza normativa⁵⁴. La

⁵⁰ V. rispettivamente U.S. S.Ct., *Janus v. American Federation of State, County and Municipal Employees, Council 31*, 585 U.S. (2018); *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, cit. Sul perseguimento degli *overruling* in alcune materie sensibili da parte di questa Corte v., anche con riferimento alla tensione rispetto alla dottrina originalista, M. Murray, *The Symbiosis of Abortion and Precedent*, in *Harv. L. Rev.*, 2020, p. 308 ss.; N. Cezzi, *Stare Decisis e interpretazione costituzionale*, in *Nomos. Le attualità nel diritto*, 3/2020; v. anche A. Pin, *Precedente e mutamento giurisprudenziale. La tradizione angloamericana e il diritto sovranazionale europeo*, Milano, 2017, p. 130 ss.

⁵¹ Cfr. il dibattito intorno al potere normativo delle agenzie federali e al superamento di *Chevron* (U.S. S.Ct., *Chevron U.S.A. Inc. v. Natural Resources Defense Council, Inc.*, 467 U.S. 837 (1984)), che tocca il tema dello stato amministrativo, in parte confluito nelle decisioni sulla *new major questions doctrine*. Nel frattempo, anche *Chevron* è stato apertamente *overruled* (v. *infra*, n. 105 ss.).

⁵² Cfr. U.S. S.Ct., *Students for Fair Admissions, Inc. v. President and Fellows of Harvard College*, cit., p. 12 ss. Sull'uso da parte di movimenti di cittadini e in senso discriminatorio della *color-blindness*, insieme agli argomenti della libertà di scelta e della libertà di associazione, v. A. Gross, *A Grassroots History of Colorblind Conservative Constitutionalism*, in *Law & Social Inquiry*, 2019, p. 58 ss.

⁵³ U.S. S.Ct., *Plessy v. Ferguson*, 163 U.S. 537 (1896), Harlan *dissenting*. Anche questa *opinion*, in ogni caso, va contestualizzata: Harlan non era certo un radicale per quanto riguarda la questione razziale, ma sosteneva, seguendo alcune teorie dell'epoca, che vi fosse una distinzione cruciale tra *civil* e *social rights* e che i neri fossero titolari dei primi (sfera in cui rientravano i trasporti) e non dei secondi (sfera in cui rientravano le scuole e i rapporti familiari): cfr. L. Przybyszewski, *The Dissents of John Marshall Harlan I*, in *J. Supreme Ct. History*, 2007, p. 152 ss.

⁵⁴ J. Greene, *The Anticanon*, in *Harv. L. Rev.*, 2011, p. 380 ss., 412 ss.

strategia degli oppositori delle azioni positive è stata quella di avvalersi del valore canonico del *dissent* di Harlan in *Plessy*, invertendone tuttavia il significato⁵⁵: il principio della *color-blindness* è stato sganciato dal contesto storico in cui era nato, quello delle leggi *Jim Crow* di cui si chiedeva l'eliminazione, e interpretato in maniera del tutto formale. Bianchi, neri e appartenenti ad altri gruppi etnici devono essere trattati in maniera assolutamente uguale. Quindi, l'introduzione di meccanismi di valutazione che attribuiscono, nell'assegnazione di posti o risorse delimitate, dei vantaggi (un *plus*) agli appartenenti a un determinato gruppo etnico, provoca contestualmente degli svantaggi (un *minus*) per altri candidati, dal momento che ci si muove all'interno di un «gioco a somma zero» (uno *zero-sum game*). Viene così violato il principio di eguaglianza⁵⁶. Allo stesso tempo, i giudici di maggioranza affermano che l'eguaglianza formale è violata da un uso apparentemente stereotipato della razza. E qui hanno buone ragioni nel contestare il carattere troppo (o troppo poco) inclusivo delle categorie razziali ed etniche impiegate dai programmi di ammissione alle università, che finiscono per penalizzare gli studenti asiatici. Ma alcuni giudici utilizzano anche, secondo un processo intellettuale di “appropriazione negativa”, argomenti sviluppati in precedenza dalla *critical race theory* e dalla critica femminista, che avevano denunciato i rischi di essenzialismo e di deriva identitaria accompagnati all'impiego rigido di determinate categorie classificatorie⁵⁷.

Tuttavia, come è stato notato da tempo, l'argomento della *color-blindness* può essere efficace solo nella misura in cui si riferisce a una società che ha già superato le diseguaglianze razziali, oppure se viene inteso come un obiettivo al quale aspirare. Se invece la *color-blindness* è assunta come una situazione esistente, in spregio a una realtà dove invece il colore della pelle

⁵⁵ Ivi, p. 444-446; Id., *How Rights Went Wrong*, cit., p. 198 ss.

⁵⁶ Cfr. U.S. S.Ct., *Students for Fair Admissions, Inc. v. President and Fellows of Harvard College*, cit., p. 18 ss. Ma v. anche, per una versione originalista della *color-blindness*, ivi, Thomas *concurring*. Per quanto riguarda l'enfasi sullo *zero-sum game*, la Corte lo riprende da Grutter, laddove invece Powell, in *Bakke*, aveva difeso la tesi – invocando proprio un programma di ammissione ad Harvard – secondo cui, a parità di condizioni, la considerazione della razza poteva comportare per alcuni un mero *plus*: cfr. U.S. S.Ct., *Regents of the University of California v. Bakke*, cit., p. 317 ss.

⁵⁷ Cfr. U.S. S.Ct., *Students for Fair Admissions, Inc. v. President and Fellows of Harvard College*, cit., p. 25 ss.; ivi, Thomas *concurring*, cit., p. 23 ss., 47 ss. (che, in quest'ottica, riprende anche i concetti secondo cui la razza è un *social construct* e le categorie razziali sono artificiali).

è assai rilevante, essa costituisce un altro strumento di mistificazione⁵⁸. E, in effetti, i fautori della *color-blindness* sul fronte neoconservatore hanno utilizzato come argomento forte quello per cui i problemi di discriminazione razziale sarebbero stati già risolti con l'approvazione delle leggi sui diritti civili negli anni sessanta. Si tratta di una visione restrittiva e formale dell'eguaglianza e dell'antidiscriminazione, che si accontenta di misure – pur necessarie – relative alla parità di trattamento⁵⁹. La confutazione di questa concezione della *color-blindness* era stata apertamente formulata nelle *opinion* di Brennan e Marshall in *Bakke*⁶⁰, e non stupisce che si ritrovi anche nei *dissent* di Sotomayor e Jackson in *SFFA*: sia dove si afferma che la società americana «non è, e non è mai stata, *colorblind*», e quindi si richiedono misure *race-conscious*, sia dove si contesta alla Corte di ritenere che le diseguaglianze razziali possano scomparire a una data certa, dopo la quale le azioni positive diventerebbero superflue⁶¹. Da questa angolatura, le giudici dissenzienti hanno buon gioco a mostrare il carattere strutturale delle diseguaglianze, che colpiscono in maniera sproporzionata la popolazione afro-americana, moltiplicando gli ostacoli che i giovani di colore devono affrontare per accedere a un'istruzione di alto livello e a professioni particolarmente qualificate⁶². L'eguaglianza alla quale le giudici dissenzienti guardano, dunque, si lega alle reali origini storiche del XIV emendamento e alla concreta esperienza di sopraffazione degli afro-americani, ed è di carattere materiale ed espansivo⁶³.

E, tuttavia, anche la posizione di Sotomayor e Jackson, volta a conservare le *affirmative action*, così come utilizzate fino al momento della

⁵⁸ A.D. Freeman, *Legitimizing Racial Discrimination through Antidiscrimination Law*, cit., p. 1074 ss., 1087-1088, 1102 ss. V. anche N. Gotanda, *A Critique of "Our Constitution is Color-Blind"*, in *Stan. L. Rev.*, 1991, 2 ss.

⁵⁹ Cfr. criticamente K.W. Crenshaw, *Race, Reform and Retrenchment: Transformation and Legitimation in Antidiscrimination Law*, in *Harv. L. Rev.*, 1988, p. 1336 ss., con riferimento in particolare alla posizione di Thomas Sowell. Cfr. anche *supra*, n. 52.

⁶⁰ Cfr. U.S. S.Ct., *Regents of the University of California v. Bakke*, cit., Brennan, *concurring in part and dissenting in part*, p. 327: «*Claims that law must be 'colorblind' or that the datum of race is no longer relevant to public policy must be seen as aspiration, rather than as description of reality [...]. We cannot [...] let color blindness become myopia which masks the reality that many 'created equal' have been treated within our lifetimes as inferior both by the law and by their fellow citizens*»; cfr. anche Marshall, *concurring in part and dissenting in part*, ivi, p. 401.

⁶¹ U.S. S.Ct., *Students for Fair Admissions, Inc. v. President and Fellows of Harvard College*, cit., Sotomayor, *dissenting*, p. 1-2, 54-55, 62-63; ivi, Jackson, *dissenting*, p. 21, 25.

⁶² Cfr., con molti esempi lungo i rispettivi testi, U.S. S.Ct., *Students for Fair Admissions, Inc. v. President and Fellows of Harvard College*, cit., Sotomayor *dissenting*; ivi, Jackson, *dissenting*.

⁶³ Per questa lettura v. ancora K.W. Crenshaw, *Race, Reform and Retrenchment*, cit., p. 1341 ss.

decisione, lascia qualche punta di insoddisfazione. Già molti anni fa, esponenti della *critical race theory*, pur difendendo le azioni positive da coloro che avrebbero voluto abolirle, avevano rilevato i rischi di una strategia di rafforzamento dell'istruzione superiore incentrata prevalentemente su di esse. Le azioni positive, infatti, erano in grado di mitigare le diseguaglianze sistemiche solo per una minima parte della popolazione di colore, quella che riusciva a entrare nei *college* e nelle università di *élite*, che di fatto costituivano – e nel corso degli anni hanno costituito in misura sempre crescente – la porta di accesso al riconoscimento sociale e a posizioni lavorative ben remunerate, nel settore sia pubblico che privato⁶⁴. La gran parte degli afro-americi, invece, non ne beneficiava, né vedeva la propria condizione migliorare in altri modi. Poteva addirittura guardare con risentimento a quella piccola parte che raggiungeva il successo professionale. Ancora, è stato rilevato come l'introduzione delle *affirmative action* fosse stato, per *college* e università, uno strumento per accrescere la propria legittimazione: accogliere al proprio interno una quota (minima) di persone appartenenti a gruppi minoritari, segnatamente afro-americi, segnalava al pubblico e agli utenti una sensibilità verso la questione razziale. Ma le azioni positive non avevano il fine di rimuoverne le cause reali, lasciando la maggioranza dei neri in una condizione strutturale di marginalità sociale. Quelle misure, inoltre, potevano avere l'effetto non voluto di rafforzare la presunzione che gli studenti neri avessero competenze inferiori rispetto a quelle degli studenti bianchi⁶⁵.

⁶⁴ Per una testimonianza personale v. M.C. Crusto, *A Plea For Affirmative Action*, in *Harv. L. Rev. Forum*, 2022, p. 205 ss.

⁶⁵ D.A. Bell, Bakke, *Minority Admissions and the Usual Price of Racial Remedies*, cit., p. 7, 17-18; Id., *Xerxes and the Affirmative Action Mystique*, p. 1598 ss.; R. Delgado, *Affirmative Action as a Majoritarian Device: Or, Do You Really Want to Be a Role Model?*, in *Mich. L. Rev.*, 1991, p. 1226. Il problema si è posto, in termini analoghi, per l'occasionale reclutamento in *college* e università di professori di colore, ai quali si richiedeva implicitamente di svolgere la funzione di *role model*. Il loro reclutamento – questa la critica – avrebbe avuto un significato prevalentemente simbolico, nel senso che il fine principale sarebbe stato quello di inviare verso l'esterno un messaggio di apertura culturale; tuttavia, si induceva contestualmente nei *minority professor* una pressione all'adeguamento nel comportamento e nelle idee. In quest'ottica, i docenti venivano trattati in maniera strumentale, per il raggiungimento di quel fine specifico, andando spesso incontro a un trattamento stigmatizzante e ricevendo una considerazione inferiore da parte dei loro colleghi bianchi, oltre a essere destinatari in maniera sproporzionata di compiti burocratici e di consulenza. Cfr. *ivi*, p. 1222 ss.; R. Delgado, *Minority Law Professors' Lives: The Bell-Delgado Survey [Introduction by D. Bell]*, in *Harvard Civil Rights Liberties Law Review*, 1989, p. 349 ss.; L.S. Greene, *Serving the Community: Aspiration and Abyss for the Law Professor of Color*, in *Saint Louis Un. Public L. Rev.*, 1991, p. 297 ss.

Questi tasselli del ragionamento consentono di anticipare una conclusione parziale: il carattere strutturale delle disegualianze, nella società statunitense, non può essere risolto solo tramite misure come le *affirmative action* nelle università. Queste operano all'interno di un meccanismo fortemente selettivo, che non incide, ma anzi amplifica i nodi del divario sociale e della sua legittimazione, i quali sono venuti al pettine, da ultimo, nella discussione sulla meritocrazia.

2.2. Le insidie dell'ideologia meritocratica

Numerosi studi, negli ultimi anni, hanno svelato i gravi problemi che si celano dietro l'ideologia meritocratica, per come è stata concepita e messa in pratica nel contesto statunitense. I volumi di Michael Sandel⁶⁶ e di Daniel Markovits⁶⁷ sono probabilmente i più noti, anche in Italia, ma non sono i soli⁶⁸. Nella misura in cui gli autori di questi libri – filosofi politici, giuristi ed economisti – provengono dalle stesse università di *élite* che contestano, il dibattito assume anche i toni dell'autocritica. Non si tratta – com'è ovvio – di negare il principio per cui lo sforzo e l'impegno individuale vanno riconosciuti; in questo senso, è ancora possibile concepire il merito, con Amartya Sen, come un sistema di incentivi che ricompensa le azioni alle quali una società attribuisce valore⁶⁹. Si tratta piuttosto di contestare l'uso strumentale e iperbolico della meritocrazia, che si è affermato in una fase storica in cui il principio di eguaglianza delle opportunità, pur condivisibile

⁶⁶ M.J. Sandel, *La tirannia del merito. Perché viviamo in una società di vincitori e di perdenti*, ed. orig. *The Tyranny of Merit. What's Become of the Common Good?* (2020), Milano, 2021.

⁶⁷ D. Markovits, *The Meritocracy Trap. How America's Foundational Myth Feeds Inequality, Dismantles the Middle Class, and Devours the Elite*, kindle ed., New York, 2019.

⁶⁸ Cfr. L. Guinier, *The Tyranny of the Meritocracy. Democratizing Higher Education in America*, kindle ed., Boston, 2015; J. Fuhrer, *The Myth that Made Us. How False Belief about Racism and Meritocracy Broke Our Economy (and How to Fix It)*, kindle ed., Cambridge Mass., 2023; R.H. Frank, *Success and Luck. Good Fortune and the Myth of Meritocracy*, Princeton, 2016. Per una rassegna nel contesto italiano v. S. Cingari, *La tirannia del merito. Michael Sandel e il "contraccollo" populista*, in *Fil. Pol.*, 2021, p. 303 ss.; Id., *Il merito del complotto. Di alcuni recenti saggi italiani sulla meritocrazia*, *Fil. Pol.*, 2023, p. 317 ss. Di Sandel e Markovits si possono ascoltare due *Conversations* sui rispettivi libri al convegno *Falsi miti di progresso: mercato e meritocrazia nell'istruzione. Convegno per i 10 anni di attività di ROARS*, 24-25 febbraio 2023, Università di Trento, i cui video sono reperibili su roars.it; nello stesso contesto si segnala anche la relazione di M. Riccardi, *Meritocracy as Ideology. An Italian Perspective*.

⁶⁹ A. Sen, *Merit and Justice*, in K. Arrow, S. Bowles, S. Durlauf (eds.), *Meritocracy and Economic Inequality*, Princeton, 1999, p. 5, 14, ripreso adesivamente da L. Guinier, *The Tyranny of the Meritocracy*, cit., Introduzione e p. 122 ss.

sul piano teorico, ha mostrato scarsa effettività. Già i *critical race theorist* lo avevano evidenziato relativamente ai cittadini afro-americani, ma in seguito, con il consolidarsi del regime reaganiano, la forbice tra il piano normativo e quello fattuale si è allargata, e le prospettive realistiche hanno riguadagnato terreno⁷⁰. Alla luce dei mutamenti politici, economici e sociali che si sono avuti negli ultimi quarant'anni, tra il mondo della formazione e quello del lavoro si è generato un circolo vizioso per cui l'aspettativa di ottenere personale con abilità straordinarie, da parte di datori di lavoro (privati e pubblici) che offrono gli impieghi più pagati e prestigiosi, innesca la domanda di processi formativi che creano competenze altrettanto straordinarie, letteralmente "eccentriche" (*extravagant*) le quali a loro volta generano lavori ipersofisticati⁷¹.

Titoli di libri come «La tirannia del merito», «La tirannia della meritocrazia», «La trappola meritocratica», «Il mito [del merito]», e via di seguito, segnalano la consapevolezza del mancato soddisfacimento delle aspettative generate dalle promesse della società meritocratica. E, nel loro complesso, tali studi mostrano come quelle promesse si siano rivelate, alla prova dei fatti, miti, ideologie, trappole: il prodotto di una falsa coscienza bisognosa di legittimare, attraverso la retorica dell'ascesa e della mobilità sociale, pratiche e assetti di una società sempre più diseguale, con pesanti ricadute anche sul versante esistenziale e psicologico per tutti gli attori coinvolti. In questa strategia di legittimazione, più o meno consapevole, la frequentazione delle università dell'Ivy League, e in generale degli istituti collocati (sulla base di criteri tutt'altro che pacifici) in cima ai *ranking* mondiali, è l'aspetto cruciale⁷². Per individuare le qualità eccezionali, si fa ricorso a *test* attitudinali che si basano su requisiti apparentemente neutrali e facili da misurare, e dunque efficienti: di qui il contrasto, formulato sulla scia dell'analisi di Sen, tra un *testocratic merit* basato su un'esasperata competizione individuale e dunque da superare, e un *democratic merit* legato all'istruzione come bene pubblico e alla formazione di una cittadinanza attiva su basi egualitarie e cooperative, da promuovere⁷³. Negli ultimi decenni, non solo il

⁷⁰ Utile, a questo proposito, una contestualizzazione dell'opera di Rawls, in cui il principio di eguaglianza delle opportunità trova ampia considerazione: cfr. K. Forrester, *In the Shadow of Justice*, cit., *passim*.

⁷¹ Su questo aspetto insiste soprattutto D. Markovits, *The Meritocracy Trap*, cit., *passim*.

⁷² Sul punto v in particolare M.J. Sandel, *La tirannia del merito*, cit., p. 179 ss.; D. Markovits, *The Meritocracy Trap*, cit., p. 20 ss. Per un'analisi disincantata e critica del sistema dei *ranking* e del relativo impatto sociale e psicologico v. W. Nelson Espeland, M. Sauder, *Engines of Anxiety. Academic Rankings, Reputation, and Accountability*, New York, 2016.

⁷³ L. Guinier, *The Tyranny of the Meritocracy*, cit., 27 ss., 122 ss.

carattere selettivo di questi istituti si è fortemente accentuato – le università più ambite accettano mediamente soltanto il 5% dei candidati e quelle immediatamente successive nelle classifiche solo il 20% –, ma sono emerse in maniera evidente le distorsioni del sistema, che alimenta mercati collaterali, con cifre da capogiro: per i tutoraggi, per la preparazione ai *test* di ingresso e per assicurarsi posti nelle migliori scuole, a partire dagli asili nido fino alle superiori. Il problema riguarda anche le scuole pubbliche, finanziate sempre più attraverso rette private e sempre meno con fondi pubblici, i quali peraltro dipendono dal reddito degli abitanti della zona dove sono collocati gli istituti e quindi avvantaggiano i quartieri più ricchi. Ancora, bambini e ragazzi sono spinti a potenziare il loro *curriculum* fin da piccolissimi, con attività extrascolastiche, impegni di carattere comunitario ed esperienze internazionali di vario tipo. In tal modo, genitori “elicottero” ipervigilanti trasmettono ai propri figli le carte vincenti nella competizione per i posti e le qualifiche più richieste, dapprima nella sfera dell’istruzione e poi in quella del lavoro. L’impatto di questo sistema sui giovani, durante la formazione, e sugli adulti, nel periodo lavorativo, è molto pesante: da una parte, coloro che sono riusciti a emergere (*working riches*) hanno sviluppato un perfezionismo debilitante, nonché forme di ansia ed esaurimento, dall’altra chi è rimasto indietro è andato incontro a esperienze di frustrazione, umiliazione e depressione⁷⁴. Non esattamente la realizzazione del sogno americano e delle aspettative di mobilità sociale che lo avevano caratterizzato: la similitudine tra le opportunità dischiuse dalla frontiera e quelle offerte dall’accesso alle università di *élite*, interiorizzata da buona parte della società americana, si è rivelata per molti illusoria⁷⁵.

Se, da un punto di vista psicologico ed esistenziale, i problemi riguardano sia l’oligarchia meritocratica⁷⁶ sia coloro che rimangono esclusi dal sistema appena descritto, da un punto di vista socio-economico sono evidentemente i secondi a subire gli svantaggi maggiori. Anche per quanto riguarda la distribuzione del reddito, i dati snocciolati dagli studi in materia sono impressionanti: una piccolissima percentuale di cittadini, che occupa la fascia reddituale più elevata, possiede una quantità di ricchezza superiore

⁷⁴ V. *supra*, n. 68, e ancora rispettivamente, sull’*helicopter parenting* come «genitorialità ansiosa» o «iper-genitorialità» M.J. Sandel, *La tirannia del merito*, cit., p. 179 ss.; sui *working riches* D. Markovits, *The Meritocracy Trap*, cit., p., 77 ss.

⁷⁵ Per una critica v. M.J. Sandel, *La tirannia del merito*, cit., p. 160-161. Sul mito della frontiera e sul suo significato per la società americana cfr., in una prospettiva costituzionalistica, A. Buratti, *La frontiera americana. Una interpretazione costituzionale*, Verona, 2016.

⁷⁶ D. Markovits, *The Meritocracy Trap*, cit., p. 268.

a quella della stragrande maggioranza della popolazione⁷⁷. È una realtà, quella delle diseguaglianze crescenti, che non poteva non avere un impatto elettorale: la tesi forte di Sandel, che trova puntelli anche nell'analisi di Markovits, è che la vittoria di Trump, alle elezioni presidenziali del 2016, sia dovuta soprattutto al sostegno ricevuto dalla classe media impoverita e, all'interno di questa, soprattutto dagli elettori maschi bianchi. Questi, negli ultimi decenni e in seguito all'intensificarsi dei processi di globalizzazione economica e finanziaria, hanno perso il posto di lavoro, oppure si sono visti ridurre significativamente il salario, oppure ancora hanno dovuto accettare lavori poco qualificati. Ai progressisti, e in particolare al partito democratico americano, questo gruppo sociale avrebbe rimproverato di avere sottovalutato non solo la crescente contrazione del benessere materiale, ma anche la perdita di riconoscimento sociale per il ruolo e le attività svolte dai propri membri. Inoltre, dinanzi a un numero relativamente ridotto di posti disponibili, i maschi bianchi si sarebbero visti scavalcare da individui appartenenti a gruppi sociali diversi (le persone di colore, in alcuni casi le donne, etc.), ai quali sarebbe stato attribuito, in virtù di questa appartenenza e grazie alle *affirmative action*, un vantaggio indebito. Il loro senso di umiliazione e di risentimento, ignorato dai democratici, sarebbe stato invece colto da Trump, che (anche) per tali ragioni sarebbe stato votato alla presidenza⁷⁸. Secondo questa ricostruzione, i cittadini più penalizzati hanno un rapporto duplice con la meritocrazia: da un lato la subiscono, poiché vengono sconfitti da chi, avendo frequentato istituti di eccellenza, ha credenziali migliori e le può sfruttare nel mondo del lavoro; dall'altro la rivendicano, poiché sostengono di avere più diritti e titoli rispetto ai membri delle minoranze storicamente svantaggiate.

Da un punto di vista teorico, Sandel ha osservato come, in prima battuta, l'idea del merito appaia disallineata sia rispetto a posizioni neoliberali con finalità anti-redistributive, come quelle di Friedrich von Hayek, sia rispetto a tesi liberal-egualitarie con finalità pro-redistributive, come quelle di John Rawls: nel primo caso, perché è il mercato e non il merito individuale a determinare il valore/prezzo di un bene, e dunque non ci sarebbe un merito definibile altrimenti e da compensare attraverso la redistribuzione. Nel secondo caso, perché premiare (solo) il merito individuale significherebbe disconoscere fattori casuali e contestuali, come

⁷⁷ Per un'indagine comprensiva v. T. Piketty, *Il capitale nel XX secolo*, ed. orig. *Le capital au XXI siècle* (2013), Firenze Milano, 2017; con particolare riferimento alla popolazione nera v. J. Fuhrer, *The Myth that Made Us*, cit., p. 56 ss.

⁷⁸ Cfr. M.J. Sandel, *La tirannia del merito*, cit., p. 11-12, 23 ss.; D. Markovits, *The Meritocracy Trap*, cit., p. xvii ss.

i talenti innati o le richieste contingenti del mercato in un certo momento, che condizionano l'attività individuale. Il peso di tali fattori va invece riequilibrato attraverso la tassazione e la redistribuzione⁷⁹. Tuttavia, l'autore nota come entrambe le tesi finiscano per impiegare indirettamente argomenti che includono una qualche idea di merito: da una parte perché è difficile, in pratica, sostenere che esso non abbia nulla a che vedere con quello che è premiato dal mercato; dall'altra perché il merito sembra sovrapporsi ai «titoli» che nella teoria della giustizia danno diritto a ricompense maggiori, per quanto queste debbano essere poi riequilibrare dalla redistribuzione⁸⁰. È dunque lo stesso principio dell'eguaglianza delle *chances*, assunto come presupposto dai ragionamenti sul merito, ad essere problematizzato, nella misura in cui si focalizza su un'astratta eguaglianza delle opportunità e non riesce a mettere a fuoco gli squilibri sociali e le distorsioni reali che precedono e seguono il meccanismo competitivo (il quale dovrebbe misurare solo i comportamenti individuali posti in essere dalla medesima linea di partenza)⁸¹. Sandel propone dunque di spostare il *focus* dall'eguaglianza delle *chances* all'"eguaglianza delle condizioni", per tenere maggiormente in considerazione le complesse relazioni e i presupposti di fatto che influenzano le scelte e i comportamenti individuali in tema di istruzione e lavoro⁸².

Dinanzi alle fratture sociali e al senso di sradicamento che hanno investito buona parte della società americana negli ultimi decenni, la prospettiva comunitaristica di Sandel converge con altri filoni della storia del pensiero politico: dall'aristotelismo, con la sua saggezza pratica, all'hegelismo, con le dinamiche del riconoscimento, dalla dottrina sociale cattolica al repubblicanesimo dei fondatori. Sono prospettive che, da diverse angolature, portano l'attenzione verso un potenziamento del legame sociale e del vincolo solidaristico. Ma questo può riuscire, secondo Sandel, soltanto se si recupera la stima sociale (*social esteem*) e la dignità del lavoro (*dignity of work*) di ciascun individuo, a prescindere dalle sue credenziali, se quel lavoro è svolto con impegno e serietà, perché il bene comune (*common good*) non può prescindere da un gran numero di impieghi e professioni, compresi quelli più umili o per i quali non sono richieste qualifiche particolari⁸³.

⁷⁹ Cfr. M.J. Sandel, *La tirannia del merito*, cit., p. 130 ss.

⁸⁰ Ivi, p. 138 ss., 145 ss.

⁸¹ Ivi, p. 147 ss. Sulla coesistenza di una critica al merito e di una considerazione delle prestazioni individuali nel pensiero di Rawls, e sulle questioni poste dai *New Egalitarians*, v. K. Forrester, *In the Shadow of Justice*, cit., p. 114 ss.

⁸² M.J. Sandel, *La tirannia del merito*, cit., p. 225-226.

⁸³ Ivi, p. 199 ss., 217 ss., 227-228.

Colpiscono i deboli appigli che queste considerazioni trovano nel testo della costituzione statunitense, il cui impianto prevalentemente liberale, per quanto riguarda il *Bill of Rights* e al netto dell'eredità repubblicana, offre margini ristretti per le aperture ai diritti sociali e per i temi del lavoro, anche se può individuarsi, nella storia costituzionale americana e soprattutto nei periodi del *New Deal* e della *Civil Rights Revolution*, una «tradizione della democrazia delle opportunità» (*democracy-of-opportunity tradition*), in cui quelle istanze sono state accolte attraverso altri canali, soprattutto il legislatore ordinario⁸⁴. Viceversa, il binomio *social esteem/dignity of work* è semanticamente vicino alla pari dignità sociale (art. 3, comma 1 Cost. it.) e al principio lavoristico della costituzione italiana (art. 1, comma 1 e 4 Cost. it.)⁸⁵.

Pur avendo svelato alcune contraddizioni relative all'idea di merito, la ricostruzione di Sandel non si sofferma su altri profili problematici, che investono più direttamente la questione razziale. In particolare, è stato osservato come l'idea di merito si sia sviluppata con riferimento al normale percorso di formazione e lavoro degli individui bianchi, senza considerare che esso presuppone la persistenza di sfere sociali in cui si è perpetuato lo sfruttamento della popolazione nera – in altre parole, senza tematizzare l'implicita convinzione secondo cui nella società esistente i neri avrebbero meritato un trattamento diseguale e inferiore, solo debolmente compensato dai vantaggi modesti procurati dalle azioni positive⁸⁶. Riflessioni analoghe sono state fatte con riferimento al *common good*: Sandel insiste su questo aspetto, per rimarcare l'importanza dei legami sociali e dei vincoli di solidarietà all'interno della comunità politica. E tuttavia, è stato rilevato come si tratti – nella prospettiva degli afro-americani e a maggior ragione per gli esponenti della *critical race theory* – di un concetto che presuppone una realtà sociale potenzialmente armonica e pacificata: i cittadini neri, invece, sono stati spesso chiamati, proprio in nome di quel *common good*, a prestazioni e sacrifici di molto superiori a quelli richiesti ai cittadini bianchi. È più realistico, da questo punto di vista, prendere le mosse da un quadro

⁸⁴ J. Fishkin, W.E. Forbath, *The Anti-Oligarchy Constitution*, cit., p. 3 ss., 251 ss. e *passim*.

⁸⁵ Rimando sul punto alle considerazioni di Q. Camerlengo, *Per una interpretazione costituzionalmente sostenibile del merito*, in *federalismi.it*, 13/2022, anche per ulteriore bibliografia relativa al contesto italiano, e T. Groppi, *Oltre le gerarchie. In difesa del costituzionalismo sociale*, Roma Bari, 2021, p. 45 ss., 55 ss. Sulla dignità del lavoro v. ora, anche con riferimento alla specificità dell'esperienza italiana, P. Ridola, *Tecnologie digitali e dignità del lavoro*, i.c.s.

⁸⁶ I. Ajunwa, *What to the Black American is the Meritocracy? Comment on M. Sandel's The Tyranny of Merit*, in *American Journal of Law and Equality*, 2021, p. 39 ss.

conflittuale e meno pacificato della comunità politica, in cui si possa guardare lucidamente alle diseguaglianze, alle differenze e alle ingiustizie per mettere a fuoco campi di forze e lotte possibili⁸⁷. Da un'ulteriore angolatura, è stata sottolineata l'esigenza di puntare non tanto, come sembra fare Sandel, su una concezione ontologica della dignità sociale e del *common good*, ma sull'azione collettiva che – ieri come oggi – può innescare mutamenti nell'immaginario e nelle pratiche sociali, restituendo dignità al lavoro in maniera più concreta e dinamica⁸⁸.

Un altro profilo problematico riguarda la tesi di Markovits, laddove rinviene le ragioni della diseguaglianza meritocratica nella spirale tra l'istruzione superiore iperselettiva e iperqualificante, da un lato, e gli impieghi eccezionalmente remunerativi, ma produttori di scarsa utilità per il pubblico generale, dall'altro: si tratta di impieghi con valenza sociale inferiore rispetto a professioni, come quelle degli insegnanti, dei medici comuni, dei giornalisti etc., attraverso le quali viene prestato un servizio alla comunità. Questa posizione, secondo alcuni commentatori, si baserebbe soprattutto sulle tesi dello *human capital* e disconoscerebbe il ruolo determinante di un capitalismo con tratti predatori: i compensi in forma di azioni, *bonus* o altro, attribuiti a figure chiave di questo modello economico (per esempio, agli operatori finanziari a livelli apicali o ai manager di grandi società) non dovrebbero essere annoverati come parti dello stipendio (e quindi come redditi da lavoro, giustificati alla luce di prestazioni particolarmente sofisticate), ma come parti del capitale. Anche tali figure professionali – questo l'argomento principale – prestano il loro lavoro per chi possiede il capitale, o diventano essi stessi dei capitalisti particolarmente aggressivi⁸⁹.

A ogni modo, e a prescindere dal modello teorico che si utilizza, è difficile non concordare con le proposte alternative avanzate dai critici della meritocrazia, per come fin qui delineata. Un'idea provocatoria è quella relativa al sorteggio per l'accesso alle università più prestigiose tra tutti quelli (e sono la stragrande maggioranza dei candidati) che soddisfano

⁸⁷ C. Gear Rich, O.H. Noureldin, *A 2020 Perspective on Merit – One Intersectional Vision of a Racially Just Society. Comment on M. Sandel's The Tyranny of Merit*, in *American Journal of Law and Equality*, 2021, p. 52 ss.

⁸⁸ K. Andrias, *Power Struggles. The Tyranny of Merit and the Degradation of Work. Comment on M. Sandel's The Tyranny of Merit*, in *American Journal of Law and Equality*, 2021, p. 15 ss.

⁸⁹ Cfr. A.S. Leonard, *The Fall of the Meritocracy*, in *newrepublic.com* (5-9-2019); A. Hart, M. Steinbaum, *Liberate the Meritocrats From Their Bosses*, in *lpeproject.org* (9-3-2020); A. Hart, M. Steinbaum, *Labor v. Capital: Continuing the Meritocracy Debate*, *ivi* (14-5-2020).

astrattamente i criteri di ingresso⁹⁰. Altre possibili riforme hanno un carattere più pragmatico. Tra queste vi è, in primo luogo, l'innalzamento del grado di trasparenza dei processi di selezione⁹¹. In secondo luogo, è stato chiesto di ridurre o eliminare altri tipi di azioni positive, e cioè quelle che tuttora operano a favore dei figli degli *alumni*, dei figli dei donatori e di chi si è distinto in alcuni sport: anche questi studenti godono di un privilegio nell'ammissione, a prescindere dai voti ottenuti nei cicli scolastici precedenti e dai *test* intellettivi⁹².

Più incisivi sarebbero, in terzo luogo, l'eliminazione del trattamento fiscale favorevole per i *college* e le università di *élite* (in relazione sia alle detrazioni sia ai finanziamenti pubblici), oppure il condizionamento delle agevolazioni fiscali a una crescita molto significativa delle ammissioni a favore di studenti provenienti da ceti medio-bassi. Queste misure dovrebbero essere accompagnate da un potenziamento dell'istruzione, fin dai primissimi anni di età, trasversale e rivolto a tutte le fasce della popolazione, nonché dal rafforzamento dei percorsi di formazione negli istituti tecnico-professionali e nei *community college*⁹³. In un'ottica analoga, si sono avviati progetti sperimentali di riqualificazione dei quartieri più degradati con ampliamento dell'accesso a scuole e *college*: sono stati formati consorzi tra università, scuole, residenti, imprenditori, chiese ed enti territoriali, volti a rafforzare i servizi e la ricerca dentro e per le comunità; sono stati realizzati programmi per la formazione degli insegnanti di scuola con la partecipazione di studenti universitari e altri programmi per il ridimensionamento dei *test* attitudinali tradizionali⁹⁴. Ancora, sono state istituite fondazioni con il fine di incentivare l'apprendimento e il lavoro di gruppo tra gli studenti, creando reti di socializzazione per chi parte da una posizione svantaggiata, e si sono valorizzati metodi di insegnamento

⁹⁰ M.J. Sandel, *La tirannia del merito*, cit., p. 186 ss.

⁹¹ Cfr. J. Greene, *How Rights Went Wrong*, cit., p. 217 ss. Questi auspica altresì che le università riconoscano apertamente la finalità autentica delle azioni positive, e cioè rimediare a una diseguaglianza razziale storica e sistemica, ma dopo la sentenza della Corte Suprema nel caso *SFFA* si tratta di un percorso altamente improbabile.

⁹² M.J. Sandel, *La tirannia del merito*, cit., p. 188-189.

⁹³ V. rispettivamente D. Markovits, *The Meritocracy Trap*, cit., p. 275 ss.; J. Fuhrer, *The Myth that Made Us*, cit., p. 208 ss., 213 ss.; M.J. Sandel, *La tirannia del merito*, cit., p. 217 ss.

⁹⁴ L. Guinier, *The Tyranny of the Meritocracy*, cit., p. 46 ss. V. anche J. Fuhrer, *The Myth that Made Us*, cit., 201 ss., con particolare interesse per l'attuazione da parte delle comunità, ivi, p. 239 ss.

incentrati su pratiche collaborative, piuttosto che su percorsi solitari e competitivi⁹⁵.

È stato sottolineato, infine, come tali interventi debbano combinarsi a politiche industriali idonee a incentivare, di nuovo attraverso la leva fiscale, il lavoro per le persone con abilità e qualifiche di livello medio, un lavoro che possa garantire loro uno stipendio relativamente buono, erodendo la quota sia di professioni “eccentriche” con compensi esagerati, sia di impieghi che si risolvono in attività meramente meccaniche e che garantiscono a malapena uno *standard* minimo di sussistenza. In questo contesto, è stato proposto di introdurre un salario minimo e di rimodulare gli orari di lavoro, nonché di estendere la copertura sanitaria, i servizi per l'infanzia e la disponibilità abitativa per i lavoratori⁹⁶. Certo, si tratta di interventi di grande portata, che richiedono un cambiamento di prospettiva radicale nella concezione delle politiche educative, industriali e del lavoro e, probabilmente, è irrealistico al momento pensare di poterli mettere integralmente in pratica. E, tuttavia, essi convergono, nei contenuti, con le richieste di una costituzione “più sociale”, formulate da movimenti e sindacati, che investono contestualmente il lavoro, l'istruzione, la sanità, l'abitare, e sono dirette soprattutto verso il legislatore e l'amministrazione⁹⁷. Le misure suggerite, inoltre, avrebbero il netto vantaggio di stemperare le polarizzazioni createsi intorno alle *affirmative action*, poiché andrebbero di fatto a beneficiare anche gli studenti di colore provenienti dalle fasce sociali medio-basse, senza che questi debbano fare ricorso alle azioni positive. Si recupererebbe, in questo modo, una linea di azione già sperimentata negli anni trenta e quaranta del Novecento, quando l'obiettivo dell'eguaglianza razziale non veniva perseguito solo attraverso richieste di antidiscriminazione ma anche attraverso lotte per il lavoro⁹⁸. Come si è rilevato prima, le azioni positive tendono a riprodurre il sistema di

⁹⁵ L. Guinier, *The Tyranny of the Meritocracy*, cit., p. 63 ss., 82 ss., 95 ss., con riferimento al lavoro di alcuni pedagogisti e psicologi.

⁹⁶ D. Markovits, *The Meritocracy Trap*, cit., p. 279 ss., apprezzato per questo aspetto da J. Gordon, *Guiding Innovation's Hand: Industrial Policy Against Inequality*, in lpeproject.org (10-3-2020); J. Fuhrer, *The Myth that Made Us*, cit., p. 216 ss., 236 ss., che prospetta un quadro differenziato: nel medio termine, le misure potranno essere finanziate da proventi fiscali più elevati dovuti a un aumento della ricchezza generale, mentre nella prima generazione di attuazione, il finanziamento per l'investimento in queste politiche del lavoro potrebbe derivare o dall'emissione circoscritta di nuovo debito o dall'aumento della tassazione per chi – singoli o *corporations* – detiene maggiori ricchezze.

⁹⁷ K. Andrias, *Constitutional Clash: Labor, Capital, and Democracy*, cit., 1013, 1064 ss.

⁹⁸ Ivi, p. 1006; H.T. Lovelace, *Critical Race Theory and the Political Uses of Legal History*, cit., p. 627.

valutazione tipico del *testocratic merit*, solo apparentemente neutrale e oggettivo, ma in realtà fortemente individualistico e competitivo, che tende ad avvantaggiare solo una piccola fetta di afro-americani⁹⁹.

3. Lo scoglio del debito studentesco

Misure di riforma radicale del sistema universitario e del mercato del lavoro, come quelle sopra indicate, avrebbero altresì l'effetto di mitigare l'altro grande problema, finora rimasto sullo sfondo, e cioè quello dei prestiti studenteschi e della massiccia esposizione debitoria degli studenti negli Stati Uniti¹⁰⁰. È vero che, per gli studenti che frequentano le università di *élite*, il problema è (solo) apparentemente meno drammatico, o perché essi provengono da famiglie in grado di pagare rette molto elevate, o perché, una volta usciti dalle università, è probabile che trovino con più facilità un lavoro ben remunerato, tale da consentire loro la restituzione del prestito. Ma – al più tardi a partire dalla crisi del 2008 – il mercato del lavoro è stato caratterizzato da maggiori restrizioni anche per gli studenti delle università di *élite*. Una grande mole di debito pesa, in ogni caso, sulle spalle di studenti che accedono ad altri *college* e università, e per i quali il possesso di un diploma di istruzione superiore dovrebbe rappresentare almeno un fattore concorrenziale in più (benché spesso non lo sia, per i vantaggi sproporzionati assicurati a chi si diploma nelle università più prestigiose). Il tentativo dell'amministrazione Biden di ridurre, e in parte di cancellare, il debito studentesco, può apparire a tale riguardo un palliativo, anche se i numeri assoluti non sono irrisori. In ogni caso, esso è stato ispirato dalla ragionevole convinzione che i debiti studenteschi, per una parte significativa, non potranno essere ripagati, e che sarebbe quantomeno problematico far ricadere i costi dell'istruzione – che dovrebbe andare a beneficio di tutta la comunità – solo sui più giovani¹⁰¹.

La Corte Suprema, tuttavia, in *Biden v. Nebraska*, ha ritenuto di non poter avallare provvedimenti che avrebbero avuto l'effetto di una sostanziale remissione del debito, perché approvati dall'amministrazione senza un'adeguata autorizzazione del Congresso. Il ragionamento della *opinion* di maggioranza è apparentemente meno controverso di quello di

⁹⁹ Cfr. *supra*, par. 2.1. e L. Guinier, *The Tyranny of the Meritocracy*, cit., p. 38 ss.

¹⁰⁰ M.J. Sandel, *La tirannia del merito*, cit., p. 191-192, e più ampiamente L. Serafinelli, *How Greedy they Are*, cit.

¹⁰¹ Cfr. B. Emerson, [Comment], in *Seven Reactions to Biden v. Nebraska*, in *lpeproject.org* (10-7-2023).

SFFA, ma, se letto all'interno di una serie giurisprudenziale più lunga¹⁰², appare chiara la tendenza a circoscrivere i poteri e le forme di azione dello stato amministrativo¹⁰³. Roberts impiega dapprima l'argomento testualista, rilevando come la legge invocata dal *Department of Education* consenta solo di "derogare o modificare" (*to waive or modify*) le condizioni del debito, mentre l'effetto finale sarebbe quello – molto più incisivo – di una sua remissione¹⁰⁴. Ricorre poi alla *new major questions doctrine*, un argomento che fa leva sulla struttura della costituzione e circoscrive le ipotesi di delegazione normativa da parte del Congresso¹⁰⁵. L'anno prima, questa dottrina è stata dirimente in *West Virginia v. EPA*, la sentenza che ha dichiarato l'incostituzionalità dei tetti alle emissioni di diossido di carbonio fissati dall'agenzia federale per l'ambiente¹⁰⁶. In *Biden v. Nebraska*, la dottrina delle *new major questions* compie un passo ulteriore, venendo applicata all'ambito finanziario oltre che a quello normativo¹⁰⁷. A tale proposito, un passaggio nell'*opinion* di Roberts suggerisce di intendere la misura direttamente come una legge di spesa – anche se tecnicamente non lo è –, e ne individua la sede specifica di deliberazione nelle Commissioni Bilancio di Camera e Senato¹⁰⁸.

I commentatori, negli ultimi mesi, hanno approfondito il significato di questa dottrina, sostenendo che essa abbia comportato una modifica significativa della *Chevron doctrine*¹⁰⁹, anche prima che quest'ultima fosse stata

¹⁰² Cfr. almeno *National Federation of Independent Business v. Department of Labor, Occupational Safety and Health Administration*, 595 U.S. (2022); *American Hospital Association et al. v. Xavier Becerra, Secretary of Health and Human Services*, 596 U.S. (2022); *West Virginia v. Environmental Protection Agency (EPA)*, 597 U.S. (2022).

¹⁰³ Su cui v. C.R. Sunstein, A. Vermuele, *Law and Leviathan: Redeeming the Administrative State*, Cambridge Mass., 2020.

¹⁰⁴ U.S. S.Ct., *Biden v. Nebraska*, cit., p. 12 ss. (ed ivi, p. 22-23). Qui peraltro, Roberts cita abilmente una dichiarazione della democratica Nancy Pelosi, quando era Presidente della Camera dei Rappresentanti, che sembra sia stata sollecitata dai suoi finanziatori.

¹⁰⁵ Ivi, p. 21 ss.; cfr. anche, con un'interpretazione incentrata sul «contesto», ivi, Barrett *concurring*. Cfr. L. Testa, *Qual è il contrario di "deference"? La "major questions doctrine", ovvero come, poco a poco, ti limito l'amministrazione*, in *DPCE online*, 2023; A. Buratti, *La presidenza isolata. Recenti tendenze del governo presidenziale negli Stati Uniti*, in *Il Filangieri*, 2023, 13 ss.

¹⁰⁶ U.S. S.Ct., *West Virginia v. EPA*, cit.

¹⁰⁷ Ch. Kexel Chabot, *Appropriating Major Questions*, in *yalereg.com* (5-7-2023).

¹⁰⁸ U.S. S.Ct., *Biden v. Nebraska*, cit., p. 23. Criticamente, su tale passaggio e sulle relative implicazioni, J. Fishkin, *Misappropriation*, in *balkin.blogspot.com* (1-7-2023).

¹⁰⁹ Secondo cui, in presenza di testi legislativi incerti, era consentito alle agenzie federali integrare il testo con poteri normativi propri: cfr. U.S. S.Ct., *Chevron U.S.A. Inc. v. Natural Resources Defense Council*, cit.

apertamente superata¹¹⁰. La “nuova” dottrina delle *major questions* presume che non vi sia stata delega di poteri normativi all'amministrazione in ordine a tutte quelle questioni (evidentemente molte) di considerevole rilevanza politica ed economica, o che risultino nuove o ancora controverse, salvo che sussista un'autorizzazione chiara e specifica del Congresso (*clear-statement rule*). Anche se apparentemente favorevole al legislativo, la *new major questions doctrine* finisce per spostare la valutazione sulla chiarezza o meno dell'autorizzazione sul potere giudiziario (e quindi alla fine sulla stessa Corte Suprema), spinge le amministrazioni a mascherare le decisioni su materie politicamente importanti come valutazioni tecniche di scarso peso e frena l'intervento dello stato amministrativo nella sfera economica e sociale. Nel ritrasferire la decisione al Congresso, alla luce della forte polarizzazione parlamentare e dell'impiego frequente di tecniche ostruzionistiche, la dottrina assume una connotazione sostanzialmente libertaria¹¹¹. È altresì probabile che il Congresso, quando negli anni sessanta creò strumenti di emissione e una garanzia federale del debito studentesco, non avrebbe approvato la crescita esponenziale dei medesimi strumenti nei decenni successivi (si tratta, oggi, della seconda fonte più grande di debito dei consumatori), una crescita che ha contribuito ad alimentare, in una spirale perversa, l'impennata delle rette per l'accesso alle università¹¹². Questa prospettiva critica riecheggia nel *dissent* della giudice Kagan, che giustifica le misure del *Department of Education* anche alla luce di un'interpretazione letterale: “modificare” vuol dire anche farlo in maniera profonda, e l'emergenza Covid giustifica l'entità dell'intervento¹¹³.

A monte, appare controverso anche l'aspetto della decisione relativo allo *standing*, riconosciuto allo stato del Missouri in quanto controllante dell'agenzia Mohela che amministra i debiti studenteschi sul territorio: nonostante l'agenzia non avesse contestato le misure dell'amministrazione Biden, e quindi non fosse parte attrice nel processo, la Corte ha ritenuto che potesse esserlo il Missouri. Lo stato avrebbe subito indirettamente un

¹¹⁰ Nel *term* successivo a *Biden v. Nebraska*, c'è stato un esplicito *overruling* di *Chevron* da parte della Corte: cfr. U.S. S.Ct., *Loper Bright Enterprises v. Raimondo*, 603 U.S. (2024), su cui v. G. Portonera, *L'overruling di Chevron: much ado about nothing?*, in *diritticomparati.it* (1-7-2024).

¹¹¹ Cfr., tra gli altri e rispettivamente, J. Freeman, M.C. Stephenson, *The Anti-Democratic Major Questions Doctrine*, 2022, in *S. Ct. Rev.*, 2023, p. 1 ss.; D.T. Deacon, L.M. Litman, *The New Major Questions Doctrine*, in *Virginia L. Rev.*, 2023, p. 1009 ss.; M. Buse, *The Next Chapter in the Major Questions Saga*, in *verfassungsblog.de* (3-7-2023).

¹¹² R. Liebenthal, [Comment], in *Seven Reactions to Biden v. Nebraska*, in *lpeproject.org* (10-7-2023).

¹¹³ U.S. S.Ct., *Biden v. Nebraska*, cit., Kagan *dissenting*, p. 13 ss.

pregiudizio economico, poiché la riduzione dei debiti studenteschi avrebbe portato a un decremento delle entrate dell'agenzia, calcolate in maniera proporzionale rispetto all'ammontare complessivo del debito gestito. Come è stato osservato, il ragionamento della Corte presenta un tratto addirittura cinico, perché dichiara preferibile la situazione in cui pochi studenti sono beneficiari di borse finanziate da Mohela, grazie al prelievo di una quota sul debito amministrato, piuttosto che quella in cui molti studenti sono esonerati dal pagamento del debito¹¹⁴.

Nel merito, come si è detto, l'argomento testualista di Roberts non desta particolari sorprese e può risultare condivisibile a un osservatore esterno, che guardi a questa decisione senza tenere conto del contesto in cui si inserisce. Colpisce, piuttosto, la ferma reazione di Biden: il Presidente non ha accettato le conseguenze della sentenza, evitando di fare *acquiescence* e mantenendo aperto il conflitto con la Corte Suprema, asserendo implicitamente le tesi del *departmentalism*, che fanno valere il potere interpretativo dell'esecutivo anche a fronte del giudice apicale¹¹⁵. In particolare, dopo la pubblicazione della pronuncia, il *Department of Education* ha rapidamente approvato altri provvedimenti di rinegoziazione del debito, con un andamento per certi versi più graduale, ma che tuttavia assicurano dopo un certo lasso di tempo la remissione del debito stesso. Misure analoghe sono state adottate nei mesi successivi. L'unico profilo rispetto al quale l'amministrazione ha seguito la decisione dei giudici è quello relativo alla scelta della base normativa, non facendo più riferimento alla norma considerata inidonea in *Biden v. Nebraska*, ma a un'altra, rinvenuta nell'*Higher Education Act* del 1965¹¹⁶. La fermezza e la rapidità della reazione presidenziale evidenziano due aspetti: da un lato, l'urgenza di porre un argine a un problema avvertito come particolarmente acuto nella società statunitense, specie in un anno di elezione presidenziale; dall'altro, un atteggiamento attivo e non del tutto convenzionale da parte

¹¹⁴ L. Seamster, [Comment], in *Seven Reactions to Biden v. Nebraska*, in *lpeproject.org* (10-7-2023); M. Steinbaum, [Comment], in *Seven Reactions to Biden v. Nebraska*, *ivi*. Sui problemi di *standing* si sofferma a lungo anche l'opinione dissenziente di Kagan: cfr. *Biden v. Nebraska*, cit., Kagan *dissenting*, p. 3 ss.

¹¹⁵ Cfr. L. Kramer, *The People Themselves: Popular Constitutionalism and Judicial Review*, Oxford, 2004; K.E. Whittington, *Constitutional Construction: Divided Power and Constitutional Meaning*, Cambridge Mass. London, 1999; da ultimo Ch. Rodríguez, *Presidential Authority to Decline to Follow Supreme Court Opinions*, in *North Car. L. Rev.*, 2024, p. 121 ss.

¹¹⁶ Cfr. *President Biden Cancels Student Debt for more than 150,000 Student Loan Borrowers Ahead of Schedule*, in *whitehouse.gov* (21-2-2024). Per una valutazione positiva della reazione di Biden v. B. Emerson, [Comment], cit.; Persis Yu, [Comment], in *Seven Reactions to Biden v. Nebraska*, in *lpeproject.org* (10-7-2023).

dell'amministrazione, a fronte di una Corte ostile e di un Congresso bloccato. Certo, la soluzione migliore e più duratura sarebbe quella di «re-immaginare completamente il finanziamento dell'istruzione superiore» attraverso una discussione che dovrebbe aver luogo nelle assemblee parlamentari¹¹⁷, ma la polarizzazione politica attuale non offre il contesto favorevole per un ripensamento di questo tipo, che richiede capacità di analisi, equilibrio nel giudizio e lungimiranza nelle prospettive.

4. Brevi considerazioni conclusive

Le sentenze *SFFA* e *Biden v. Nebraska* consentono di mettere a fuoco, a partire dalla materia apparentemente circoscritta dell'istruzione universitaria, alcuni nodi scoperti del diritto costituzionale statunitense contemporaneo. Le relative cause affondano in contraddizioni sociali antiche, che risalgono ai tempi della schiavitù e sono state aggravate dal debole contenimento, negli ultimi decenni, di un capitalismo particolarmente aggressivo. La polarizzazione politico-ideologica, divenuta più acuta a partire dalla Presidenza Trump, non è riuscita a mitigare, ma anzi ha contribuito ad aggravare, le diseguaglianze sociali, il cui cono d'ombra si allunga sia al caso sulle azioni positive che a quello sul debito studentesco¹¹⁸. Lo scenario politico, com'è noto, ha avuto conseguenze immediate sulle nomine dei giudici e quindi sulla composizione della Corte Suprema. Anche per questo motivo, il ragionamento giuridico, così come sviluppato nelle opinioni di maggioranza, non è stato in grado di svolgere un'adeguata funzione di mediazione del conflitto, mentre itinerari diversi, più efficaci ma anch'essi non privi di limiti, si trovano nelle opinioni dissenzienti e nella nuova prassi delle istituzioni universitarie e dell'amministrazione federale.

La riflessione su queste decisioni porta a incrociare un *trend*, di carattere dottrinale ma cresciuto anche attraverso alcune pratiche sociali, che cerca di individuare possibili sviluppi di un diritto costituzionale dai

¹¹⁷ L. Herrine, [Comment], in *Seven Reactions to Biden v. Nebraska*, in *lpeproject.org* (10-7-2023).

¹¹⁸ Per considerazioni più ampie sul tema rimando, se si vuole, ad A. Di Martino, *Dimensioni costituzionali dell'eguaglianza e linee di conflitto sociale: recenti sviluppi negli Stati Uniti e in Germania*, in *Riv. it. sc. giur.*, 2023, p. 159 ss.

tratti “progressivi”¹¹⁹ lontano dalla Corte Suprema¹²⁰. Si coglie allora un altro punto di congiunzione tra le due vicende giurisprudenziali: i rispettivi oggetti – l’interpretazione della *equal protection clause* e quella dei poteri normativi dell’amministrazione – costituiscono due tasselli di un disegno di politica costituzionale più ampio, che riguarda il potenziamento dei profili welfaristici della costituzione. Nei casi esaminati, in particolare, sono decisivi una lettura in senso sostanziale dell’eguaglianza e la tenuta dello stato amministrativo, obiettivi da perseguire evitando ripiegamenti burocratici e valorizzando la partecipazione democratica¹²¹. Centrale per il buon esito di questo disegno è il nesso istruzione/lavoro, illustrato nei paragrafi precedenti anche grazie all’analisi del dibattito sulla meritocrazia, e la sua collocazione, appunto, all’interno di un orizzonte democratico: istruzione e lavoro (anche) come luoghi di pratica democratica e di autogoverno collettivo, nonché di formazione di soggettività che partecipano alle istituzioni sociali e alla sfera pubblica generale¹²² – e qui posso solo accennare a un’idea di partecipazione che comprende anche il momento della sua possibile interruzione o sospensione¹²³.

Alla luce dell’analisi svolta, si può, infine, comprendere meglio e apprezzare la scelta, fatta in molti paesi dell’Europa continentale, per un’istruzione superiore prevalentemente pubblica e universalistica. Anche quest’ultima è stata investita dalle sfide della globalizzazione e delle fratture sociali, e le sue risposte sono state spesso deludenti, ma l’intuizione di partenza, che valorizzava il legame tra istruzione, cittadinanza egualitaria e partecipazione alla vita democratica era (ed è ancora) valida. Oggi questo legame rappresenta, pure negli Stati Uniti, un punto di forza per i numerosi

¹¹⁹ Sulla possibilità dell’uso dell’aggettivo “progressivo” sullo sfondo di una concezione non lineare del tempo storico rinvio a R. Jaeggi, *Fortschritt und Regression*, Berlin, 2023.

¹²⁰ Secondo motivi che in parte riprendono i filoni statunitensi del *political, popular o democratic constitutionalism*: cfr. J. Waldron, *The Crisis of Judicial Review*, cit.; L. Kramer, *The People Themselves*, cit.; M. Tushnet, *Taking the Constitution Away from the Courts*, Princeton, 1999; R. Post, R. Siegel, *Roe Rage: Democratic Constitutionalism and Backlash*, in *Harv. C.R.C.L. L. Rev.*, 2007, p. 373 ss.

¹²¹ K. Andrias, *Constitutional Clash: Labor, Capital and Democracy*, cit.; J. Fishkin, W.E. Forbath, *The Anti-Oligarchy Constitution*, cit.

¹²² Per alcuni riferimenti chiave in questo senso v. E.S. Anderson, *What is the Point of Equality?*, in *Ethics*, 1999, p. 287 ss.; A. Honneth, *Il diritto della libertà. Lineamenti per un’eticità democratica*, ed. orig. *Das Recht der Freiheit. Grundriß einer demokratischen Sittlichkeit* (2011), Torino, 2015, p. 309 ss.; Id., *Der arbeitende Souverän*, Berlin, 2023.

¹²³ Nel senso suggerito da Ch. Menke, *Kritik der Rechte*, Berlin, 2015, p. 337 ss., 369 ss.

osservatori che hanno a cuore le sorti dell'istruzione e che hanno preso atto dei problemi di un'università in cui la finalità selettiva prevale nettamente, purtroppo, sulla finalità educativa e su quella democratica¹²⁴.

ABSTRACT: Drawing on two recent US Supreme Court decisions (SFFA and Biden v. Nebraska), the article discusses some of the problems and contradictions associated with the interpretation of the principle of equality in the field of higher education. The first part discusses affirmative action in the light of critical race theory; the second part examines the “meritocracy trap” debate; and the third part analyses the judicial/administrative conflict over student debt relief measures. The introduction and conclusion situate these issues within the broader framework of struggles for a more social constitution in which education, labour and democracy are intertwined.

KEYWORDS: university – equality – affirmative actions – meritocracy – student debt

Alessandra Di Martino – Professoressa ordinaria di Diritto pubblico comparato, Sapienza Università di Roma (alessandra.dimartino@uniroma1.it)

¹²⁴ Per un deciso *plaidoyer* in questo senso v. L. Guinier, *The Tyranny of the Meritocracy*, cit., *passim*; M.J. Sandel, *La tirannia del merito*, cit., p. 174.

***Inequality is not inevitable. Comprensioni
dell'eguaglianza, razza e azioni affermative nell'esperienza
costituzionale statunitense****

Angelo Schillaci

“You do not take a person who, for years,
has been hobbled by chains and liberate him, bring
him up to the starting line of a race and then say:
You are free to compete with all the others.”¹

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Riparare o trasformare? *Scrutiny review* ed eguaglianza sostanziale nell'esperienza statunitense. – 3. La decisione *Students for fair admissions*: storia di una fine annunciata? – 4. Le origini del canone della *diversity* e la sua fragilità. – 5. Alle radici dell'alternativa: promuovere la diversità o incidere sulle condizioni della disuguaglianza? – 6. Rielaborazioni della *diversity*: tra libertà accademica, letture identitarie e costruzione della cittadinanza. – 6.1 La rilettura della *diversity* in *Grutter v. Bollinger*: un *safe harbor*? – 6.2 Identità, eguaglianza sostanziale e giustizia razziale. – 6. Azioni affermative e trasformazione della realtà. Un cammino inconcluso.

1. Premessa

In un articolo pubblicato nel 2020², Catherine MacKinnon e Kimberlé Crenshaw sono intervenute nel dibattito sull'approvazione dell'*Equal Rights Amendment* (E.R.A.), con una riflessione sui limiti dell'approccio del diritto costituzionale statunitense all'eguaglianza, che include la redazione – frutto di un lavoro collettivo – di una bozza alternativa di emendamento. Seppur legato a una questione specifica, il lavoro offre argomenti importanti in relazione alle vicende dell'eguaglianza nel dibattito costituzionale statunitense e, quindi, può contribuire a delineare lo sfondo per le riflessioni che svolgerò, a partire dalla sentenza

* L'articolo è stato sottoposto, in conformità al regolamento della Rivista, a *double-blind peer review*. L'articolo è parte del focus monografico “Corte Suprema statunitense, università, eguaglianza”.

¹ “*To fulfill these rights*”, Commencement Address del Presidente Lyndon B. Johnson all'Università di Harvard, 4 giugno 1965 (presidency.ucsb.edu).

² C.A. MacKinnon, K.W. Crenshaw, *Reconstituting the Future: An Equality Amendment*, in *Yale Law Journal Forum*, 2019-2020, p. 343 ss.

Students for Fair Admissions (d'ora in poi, *SFFA*) decisa dalla Corte Suprema il 29 giugno 2023 e relativa alla compatibilità con il XIV emendamento delle azioni affermative poste in essere dalle Università in sede di ammissione, con riferimento specifico alla considerazione della razza quale elemento di valutazione delle candidature³.

Il lavoro di Mac Kinnon e Crenshaw si basa infatti sulla consapevolezza che le vicende interpretative della *Equal Protection Clause* – pur intrecciandosi profondamente con dinamiche storiche di mobilitazione e partecipazione democratica – non hanno prodotto “*real equality in social life*”, essenzialmente per due ordini di ragioni. In primo luogo, perché la tendenza dell'ordinamento – della giurisprudenza della Corte Suprema (salvo alcuni passaggi), ma anche del Congresso – è stata quella di contrapporre ai momenti di mobilitazione democratica risposte ispirate a modeste riforme dello *status quo* (per lo più in chiave antidiscriminatoria). In secondo luogo, e conseguentemente, perché né le forme assunte dal giudizio di eguaglianza nelle dinamiche dell'esperienza giuridica né la tipologia di interventi legislativi messi in campo sono state in grado di sradicare le “*racial and gendered baselines*” su cui si fonda, secondo le autrici, l'ordine costituzionale statunitense⁴.

In particolare, il contenimento del giudizio di eguaglianza entro i ristretti confini della *scrutiny review* – su cui si tornerà – pur avendo consentito alla *Equal Protection Clause* di operare secondo una logica almeno parzialmente riparativa avrebbe tuttavia finito per stabilizzare e confermare, piuttosto che sovvertire, gli assetti gerarchici (sulle linee di genere e razza) tipici della società statunitense⁵. E, d'altra parte, i tentativi del legislatore federale e di quelli statali volti a promuovere eguaglianza – su tutti, come vedremo, le azioni affermative – sono stati progressivamente depotenziati e, quindi, resi incapaci di determinare una trasformazione dei consolidati assetti di subordinazione fondati sulla razza e sul genere.

Di fronte, dunque, a un atteggiamento diffusamente scettico verso la possibilità del diritto di trasformare le condizioni strutturali della

³ Per un commento alla decisione v., oltre ai commenti pubblicati in questo *Focus*, S. Leone, *Costituzione americana e razza ancora allo specchio*, cit., e A. Riccioli, *L'incostituzionalità dei programmi di ammissione di Harvard e della University of North Carolina a causa della “razza”*: una ricostruzione giurisprudenziale delle *affirmative actions* nell'ordinamento statunitense, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, fasc. 3/2023, p. 21 ss.

⁴ Ivi, p. 347. MacKinnon era intervenuta nel dibattito sull'E.R.A. già nel 2014 con il suo *Toward a Renewed Equal Rights Amendment: Now More than Ever*, in *Harvard Journal of Law and Gender*, 2014, p. 569 ss.

⁵ C.A. MacKinnon, K.W. Crenshaw, *Reconstituting the Future*, cit., p. 350.

disuguaglianza – “*legislation is powerless*”, aveva d'altra parte affermato la Corte Suprema già in *Plessy v. Ferguson*⁶ – le autrici contrappongono l'idea che, invece, “*inequality is not inevitable*”⁷ e, in questa prospettiva, integrano la consolidata proposta di un *Equal Rights Amendment* in direzione duplice. Anzitutto, propongono di allargarne la portata in chiave intersezionale sia riconoscendo – coerentemente con la proposta classica di Crenshaw⁸ – i molti modi in cui la subordinazione delle donne in ragione del sesso si intreccia con altri *ground* di discriminazione e fattori di vulnerabilità (a partire dalla razzializzazione), sia estendendo la clausola antidiscriminatoria includendo nel “sesso” anche «*pregnancy, gender, sexual orientation, or gender identity*», menzionando esplicitamente la razza (includendovi «*ethnicity, national origin, or color*») e aprendo a ulteriori e innominati fattori di subordinazione («*like grounds of subordination*», come disabilità e fede religiosa)⁹. In secondo luogo, e più in profondità, la formulazione della proposta denota un cambio di prospettiva rispetto a un paradigma esclusivamente anti-discriminatorio. Da un lato, infatti, la sezione 1 – piuttosto che vietare agli stati di negare eguali diritti alle donne – «*provides affirmative equality rights*»¹⁰. Dall'altro, la sezione 3 pone in capo al legislatore federale e a quelli statali l'obbligo positivo di «*redress any disadvantage suffered by individuals or groups because of past and/or present inequality*» e di abrogare esistenti disposizioni che impediscano una «*equal political representation*»; e la successiva sezione 4 esclude che le misure affermative adottate ai sensi della sezione 3 possano essere ritenute discriminatorie alle luce della sezione 2 giacché «*undoing discrimination is not discrimination*»¹¹. Pertanto, rispetto alla formulazione dell'*Equal Rights Amendment* approvato dal Congresso, la proposta di MacKinnon e Crenshaw si muove nella logica di una più incisiva affermazione dell'obbligo positivo del legislatore di intervenire in chiave di

⁶ *Plessy v. Ferguson*, 163 U. S. 537 (1896), la citazione completa – a p. 55 – è la seguente: «*Legislation is powerless to eradicate racial instincts or to abolish distinctions based upon physical differences, and the attempt to do so can only result in accentuating the difficulties of the present situation*».

⁷ C.A. MacKinnon, K.W. Crenshaw, *Reconstituting the Future*, cit., p. 357.

⁸ A partire dalla riflessione avviata da Crenshaw con il fondamentale *Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory and Antiracist Politics*, in *Univ. of Chicago Legal Forum*, 1989, p. 139 ss.; per una raccolta degli scritti sul tema v. anche K.W. Crenshaw, *On Intersectionality*, New York 2017. Per una riflessione di Crenshaw, in questa prospettiva, sulle azioni affermative, cfr. invece Ead., *Framing Affirmative Action*, in *Michigan Law Rev. First Impressions* 2006-2007, p. 123 ss.

⁹ C.A. MacKinnon – K.W. Crenshaw, *Reconstituting the Future*, cit., p. 359.

¹⁰ Ivi, p. 358.

¹¹ Ivi, pp. 361-362.

trasformazione delle condizioni strutturali della disuguaglianza, piuttosto che limitarsi a declinare il principio antidiscriminatorio con specifico riferimento al sesso¹².

2. Riparare o trasformare? Scrutiny review ed eguaglianza sostanziale nell'esperienza statunitense

Al di là del riferimento specifico al dibattito sull'approvazione dell'E.R.A., il contributo di MacKinnon e Crenshaw è interessante perché mette in luce alcuni limiti del dibattito statunitense sull'eguaglianza. Emerge con chiarezza dalle riflessioni delle autrici la difficoltà delle comprensioni dell'eguaglianza invalse nell'esperienza costituzionale nordamericana a determinare un effettivo impatto strutturale sulle condizioni delle disuguaglianze e, in particolare, il radicamento di tali difficoltà nella riduzione della portata della *Equal Protection Clause* a quella di mero parametro di valutazione, piuttosto che di riferimento – fondativo e promozionale – per la giustificazione di politiche finalizzate alla costruzione dell'eguaglianza¹³.

¹² E sebbene anche l'E.R.A. preveda, nella sua sezione 2, un mandato al Congresso, autorizzato a «enforce, by appropriate legislation» le previsioni dell'emendamento. Il testo completo dell'E.R.A. è il seguente: «Section 1: Equality of rights under the law shall not be denied or abridged by the United States or by any state on account of sex. Section 2: The Congress shall have the power to enforce, by appropriate legislation, the provisions of this article. Section 3: This amendment shall take effect two years after the date of ratification». La proposta di un *Equal Rights Amendment*, presente nel dibattito pubblico fin dal momento immediatamente successivo all'approvazione del XIX emendamento (la prima proposta è presentata al Congresso nel 1923) si consolida all'inizio degli anni Settanta (grazie anche al lavoro di B.A. Brown et al., *The Equal Rights Amendment: A Constitutional Basis for Equal Rights for Women*, in Yale L.J., 1971, p. 871 ss.) e viene infine approvato dal Congresso, e aperto alla ratifica degli Stati, nel 1972, con la fissazione di un termine decennale per la ratifica. Il numero di ratifiche sufficienti – ai sensi dell'articolo V della Costituzione degli Stati Uniti – per l'entrata in vigore dell'emendamento è stato raggiunto solo successivamente alla scadenza del termine decennale, dando luogo a una controversia, ancora non conclusa, sulla validità delle ratifiche tardive. Per ulteriori informazioni sulla questione, cfr. equalrightsamendment.org. Su questa vicenda v., da ultimo, anche A. Di Martino, *Dimensioni costituzionali dell'eguaglianza e linee di conflitto sociale: recenti sviluppi negli Stati Uniti e in Germania*, in *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, 2024, p. 159 ss., 166.

¹³ Lo osserva da ultimo, con specifico riferimento ai limiti del sindacato sui trattamenti preferenziali, S. Leone, *Costituzione americana e razza ancora allo specchio. La parabola delle affirmative actions nella giurisprudenza della Corte suprema*, in *Rivista AIC*, fasc. 1/2024, p. 26 ss., 40-41.

Tale impostazione appare tuttavia coerente – almeno entro certi limiti – con i caratteri dell'ordinamento statunitense, con la predominanza di paradigmi liberali nella lettura delle vicende dell'eguaglianza e, in particolare, con la circostanza che – per larga parte – i percorsi dell'eguaglianza restano in quel contesto affidati, sia pure in un dialogo a tratti serrato con il legislatore, alla dimensione giudiziale che – per sua natura – tende a declinare l'eguaglianza secondo una logica di tipo riparativo e puntuale¹⁴. Accanto a questa chiave di lettura, non si può allo stesso tempo dimenticare il profondo condizionamento che sul dibattito sull'eguaglianza ha esercitato – sul piano storico culturale – proprio la questione razziale¹⁵.

Il discorso statunitense sull'eguaglianza si è concentrato prevalentemente sulla ricostruzione degli *standard* di giudizio (e in particolare sulla diversa gradazione di intensità tra *strict scrutiny*, *intermediate scrutiny* e *rational basis review*): ciò non ha escluso – come dimostra in modo esemplare l'itinerario di ricerca di Reva Siegel¹⁶ – la possibilità di un allargamento della riflessione sull'eguaglianza alla considerazione dei contesti e alla necessità di integrare i modelli di scrutinio con l'assunzione di chiare alternative paradigmatiche (su tutte, quella che contrappone letture incentrate sul canone anti-classificazione e sul canone anti-subordinazione). La questione della considerazione dei contesti – la necessità di “sintonizzare” il giudizio di eguaglianza sulle esperienze vissute di disuguaglianza e discriminazione¹⁷

¹⁴ Ormai classica, in questa prospettiva, la lettura di B. Ackerman, *The Civil Rights Revolution*, Cambridge Mass., 2004. Una lettura critica dei percorsi di riconoscimento dei diritti nell'esperienza statunitense, che ne mette in luce soprattutto le difficoltà legate alla progressiva polarizzazione dello spazio pubblico è stata recentemente proposta da J. Greene, *How rights went wrong. Why our obsession with rights is tearing America apart*, Boston-New York, 2021.

¹⁵ Sul punto v., in generale, J. Lepore, *Queste verità*, (2018), Milano, 2020 nonché – come riferimenti classici – J.P. Roche, *Equality in America: The Expansion of a Concept*, in *North Carolina Law Rev.*, 1965, p. 249 ss. e C. Vann Woodward, *La strana carriera di Jim Crow. Breve storia della segregazione razziale negli Stati Uniti*, I ed. 1955, II ed. 1965, ed. it. Milano, 2022. Con specifico riferimento alla vicenda che ci occupa, cfr. altresì A. Di Martino, *Accesso all'università e aporie dell'eguaglianza alla luce di due recenti pronunce statunitensi. Un'introduzione*, in questo *Focus*.

¹⁶ Di cui v. sin d'ora *Equality Talk: Antisubordination and Anticlassification Values in Constitutional Struggles over Brown*, in *Harv. L.R.*, 2004, p. 1470 ss.

¹⁷ Secondo una suggestione ricorrente nelle *opinion* della componente *liberal* della Corte Suprema (e soprattutto di Ruth Bader Ginsburg: sul punto cfr. R.B. Siegel, *Equality's Frontiers: How Congress's Section 5 Power Can Secure Transformative Equality (as Justice Ginsburg Illustrates in Coleman)*, in *Yale L. J.*, 2012-2013, p. 267 ss.), che torna anche nell'opinione dissenziente di Sotomayor in *Students for fair admissions, Inc. v. President and Fellows of Harvard College* (600 U. S. ____ (2023), Sotomayor, *dissenting*, p. 48).

– ha quindi segnato il dibattito statunitense: e tuttavia, l'idea che la tutela *giuridica* dell'eguaglianza potesse aprire scenari trasformativi è rimasta per lo più minoritaria, assieme alla compiuta assunzione delle sfide poste all'esperienza giuridica da una declinazione sostanziale – e non solo formale – dell'eguaglianza stessa.

Se è dunque vero che – nell'evoluzione dell'interpretazione del XIV emendamento, *Due Process Clause* e *Equal Protection Clause* si sono progressivamente arricchite a vicenda attraverso l'integrazione di elementi sostanziali¹⁸ – va sottolineato che, nonostante ciò, l'approccio della giurisprudenza non è riuscito a superare del tutto una declinazione prevalentemente *riparativa* e *formale* della *Equal Protection Clause*. Un approccio che peraltro, come sottolinea MacKinnon, finisce per ignorare la dimensione sostanziale dell'eguaglianza (e quindi le ragioni strutturali della disuguaglianza) in uno con le sue potenzialità trasformative¹⁹. E se, d'altra parte, la classica integrazione dei paradigmi nell'interpretazione della *Equal*

¹⁸ Soprattutto per effetto dell'interpretazione della *Due Process Clause* in senso sostanziale e per l'effetto – tuttavia limitato e rimasto minoritario – che ciò ha avuto sulle possibilità di una interazione virtuosa tra libertà ed eguaglianza. Sul punto, cfr. A. Schillaci, *Nel cono d'ombra di Dobbs. Libertà ed eguaglianza nelle interpretazioni del XIV emendamento della Costituzione degli Stati Uniti*, in *Diritto Pubblico*, 2023, p. 581 ss.; per una ricostruzione delle vicende interpretative del XIV emendamento v. A. Buratti *Diritti fondamentali e integrazione federale. Origini, applicazioni e interpretazioni della due process clause nella Costituzione americana*, in questa *Rivista*, fasc. 1/2020, p. 1 ss.

¹⁹ Sul punto, cfr. C.A. MacKinnon, *Substantive Equality: A Perspective*, in *Minnesota Law Rev.*, 2011, p. 1 ss., specie p. 27 per l'esplicito riconoscimento che «*substantive equality principles, rather than requiring that reality fit existing legal equality interpretation, could transform inequality by recognizing substance-the reality of inequality-as what it is*» (enfasi aggiunta). Individua – assai condivisibilmente – nel femminismo giuridico il principale veicolo di introduzione del concetto di eguaglianza sostanziale nel dibattito nordamericano sull'eguaglianza, da ultimo, A. Di Martino, *Dimensioni costituzionali dell'eguaglianza*, cit., p. 166. Accanto al femminismo giuridico – e sempre nel filone delle teorie critiche del diritto – importanti sforzi nella direzione di valorizzare i profili sostanziali dell'eguaglianza sono venuti dalla *critical race theory* (CRT): nel corso della trattazione si darà spazio a queste posizioni, sulla quali tuttavia v. sin d'ora, in generale, K.W. Crenshaw, *Twenty Years of Critical Race Theory: Looking back to Move Forward*, in *Connecticut Law Rev.*, 2011, p. 1253 ss. nonché – per una antologia degli scritti fondativi del movimento – K.W. Crenshaw, N.T. Gotanda, G. Peller, K. Thomas, *Critical Race Theory. The Key Writings That Formed the Movement*, New York 1996 e, nella letteratura italiana G. Zanetti, *Critical Race Theory: temi e problemi degli studi critici sulla "razza"*, in M.G. Bernardini – O. Giolo (a cura di), *Le teorie critiche del diritto*, Pisa, 2017, p. 35 ss, specie 41 ss. e G. Marini, *Il colore nel diritto: costruire la soggettività nell'esperienza della Critical Race Theory*, ivi, p. 51 ss. Sulle virtù trasformativo dell'eguaglianza sostanziale, nel dibattito italiano cfr. di recente, in generale, T. Groppi, *Oltre le gerarchie. In difesa del costituzionalismo sociale*, Roma-Bari, 2021, specie p. 51 ss.

Protection Clause – *anticlassification*, *antisubordination* (e poi anche *anti-humiliation*²⁰) – ha (quantomeno) tentato di temperare la componente formalistica (anti-classificatoria e anti-discriminatoria) arricchendo il parametro di valutazione dell'illegittimità delle classificazioni, non pare superata la natura episodica e, appunto, puntualmente riparativa del giudizio di eguaglianza come costruito nell'esperienza statunitense. La stessa alternativa tra paradigma anticlassificazione e paradigma antisubordinazione si gioca, come meglio vedremo, in larga parte su questo piano, e cioè sullo spazio attribuito – nell'argomentazione giuridica – al contesto in cui le classificazioni “benefiche” maturano e si giustificano, oltre che alla loro concreta giustificazione e portata.

In questa prospettiva, la configurazione del giudizio di eguaglianza nei termini di un giudizio formale sulla tenuta (e sulla legittimità) delle classificazioni finisce allora per ridurlo a un rimedio – puntuale e occasionale – a singole situazioni di discriminazione senza aggredire, in profondità, le cause strutturali della disuguaglianza. Ciò vale, evidentemente, per il sindacato anti-discriminatorio classico ma vale anche per il sindacato sulle azioni affermative, quantomeno nella misura in cui anch'esso resta ancorato alla struttura dello *scrutiny review*²¹. Sembra non esservi spazio, in altri termini, per una proiezione del giudizio di eguaglianza in termini trasformativi: e cioè, per sostenere l'effettiva capacità del sindacato sul trattamento differenziato di riconoscere le cause profonde di quel trattamento, anzitutto assumendone la rilevanza sul piano della giustificazione della misura, specie se affermativa e – nel validarla proprio in virtù di tale suo carattere trasformativo/rimediante – contribuire alla trasformazione delle condizioni strutturali della disuguaglianza.

3. La decisione *Students for fair admissions*: storia di una fine annunciata?

La decisione *Students for Fair Admissions* – che pone termine, per ora, a un dibattito quasi cinquantennale sulla legittimità delle azioni affermative nell'ammissione all'università – si colloca in questo quadro problematico e rappresenta, pertanto, uno snodo paradigmatico nel dibattito statunitense sull'eguaglianza, specie in relazione alle diverse alternative in merito alla

²⁰ Paradigma proposto, come noto, da K. Yoshino, *The Anti-Humiliation Principle and Same-Sex Marriage*, in *Yale L. J.*, 2014, p. 3076 ss.

²¹ Che secondo C.A. MacKinnon, *Toward a Renewed Equal Rights Amendment*, cit., assai significativamente, «*inherently reflects the status quo*» (p. 570).

giustificazione delle azioni affermative, alla loro tenuta, alla loro fragilità e, in definitiva, alla stessa declinazione del rapporto tra eguaglianza e diritto.

Allo stesso tempo, *SFFA* è il punto terminale di una storia complessa – quella delle *affirmative action* volte a superare le disuguaglianze razziali in ambito universitario²² – e aiuta a collocare le scelte via via operate dalla Corte Suprema lungo una linea di depotenziamento dell'azione affermativa legata al suo progressivo scollamento rispetto alle radici *reali* della disuguaglianza. Tale depotenziamento risale, a ben vedere, alla scelta – che la Corte ha operato sin dal noto precedente *Regents of the University of California*

²² Vicenda che si sovrappone solo in parte alle vicende delle azioni affermative *race-conscious* in ambito lavorativo e di impresa (che pure hanno conosciuto – dopo iniziali maggiori aperture – una significativa restrizione a partire dalla sentenza *Adarand* del 1995) e alle vicende relative al sindacato sulle azioni affermative in ragione del sesso. In quest'ultimo caso, da un lato, l'esame della giurisprudenza (non univoca e alquanto sporadica) della Corte Suprema mostra un prevalente ricorso all'*intermediate scrutiny* (sul punto v. ad esempio A. Quereshi, *The Forgotten Remedy: A Legal and Theoretical Defense of Intermediate Scrutiny for Gender-Based Affirmative Action Programs*, in *Am. Univ. Journal of Gender, Social Policy & the Law*, 2013, p. 797 ss.). D'altra parte, la riflessione sulle classificazioni basate sul genere condivide – con le elaborazioni in materia razziale – l'analisi, in chiave critica, del legame tra classificazione e stereotipizzazione ma anche la difesa di classificazioni benefiche volte a compensare squilibri e dinamiche di subordinazione, così favorendo una *equal citizenship stature*. Ciò, tuttavia, nel quadro di una giurisprudenza che, come si accennava, tende a rimanere concentrata – storicamente – sul superamento del trattamento differenziato in chiave antidiscriminatoria, con accenti via via diversi, come dimostra il complesso itinerario che lega la giurisprudenza antidiscriminatoria degli anni Settanta (da *Reed v. Reed*, 404 U.S. 71, 1971 a *Califano v. Goldfarb*, 430 U.S. 199, 1977, passando per *Frontiero v. Richardson*, 411 U.S. 677, 1973, *Craig v. Boren*, 429 U.S. 190, 1976 e *Weinberger v. Weisenfeld*, 420 U.S. 636, 1975) a *US v. Virginia* (518 U.S. 515, 1996): in tale ultima decisione – redatta, come noto da Ruth Bader Ginsburg – l'approccio anti-classificatorio pare integrarsi in modo significativo con una più ampia considerazione degli obiettivi e dei contesti della misura sottoposta a giudizio sicché il superamento dell'*intermediate scrutiny* a favore di uno *standard* più rigido (un *heightened scrutiny*, che si traduce nell'imposizione sul legislatore statale della necessità di invocare una “*exceedingly persuasive justification*” al momento di introdurre una classificazione basata sul genere: l'incertezza dello standard prefigurato è oggetto, in particolare, delle critiche contenute nell'opinione dissenziente del giudice Scalia) non si giustifica alla luce di un generalizzato rifiuto della classificazione in sé considerata, ma sulla base della considerazione dello scopo o del risultato della classificazione stessa e dunque del fatto che *quella* classificazione fosse funzionale a *escludere* le donne dalle opportunità educative offerte dal Virginia Military Institute e quindi da un eguale statuto di cittadinanza. La considerazione delle differenze da parte del legislatore (e del diritto) deve servire, afferma la Corte, a celebrare e non a denigrare, a compensare svantaggi e non ad escludere (*US v. Virginia*, cit., p. 533). Sul punto, cfr. anche K.T. Bartlett, *Affirmative Action and Social Discord: Why Is Race More Controversial than Sex*, in *U.C. Davis Law Review*, 2019, p. 2305 ss.

v. *Bakke*²³, e su cui più a lungo si tornerà – di individuare il fattore giustificativo delle azioni affermative non nell'obiettivo di incidere sulle condizioni di subordinazione delle minoranze non bianche rispetto alla maggioranza bianca bensì esclusivamente nell'interesse delle università a promuovere un ambiente educativo plurale garantendo un significativo tasso di *diversity* nella comunità studentesca²⁴. Un percorso argomentativo che – impregiudicato il suo valore in termini di garanzia della libertà accademica ma anche di funzionalizzazione dell'accesso alla formazione superiore alla costruzione di una comunità politica più inclusiva – pare afflitto sin dalle origini da una intrinseca fragilità che rinvia, da ultimo, proprio all'assenza di una sua compiuta sintonizzazione con le condizioni reali e strutturali della diseguaglianza.

È in questa luce, allora, che devono essere letti i nodi problematici della decisione, sia con riferimento alle grandi alternative di principio – che in essa sono evocate (soprattutto nel serrato confronto tra le due opinioni dissenzienti e l'opinione concorrente del giudice Thomas) – in merito all'interpretazione della *Equal Protection Clause* del XIV emendamento, al suo rapporto con la storia e, più precisamente, con i processi storici di razzializzazione della popolazione nera; sia con riferimento al profilo, strettamente intrecciato al precedente, che lega una declinazione meramente formalistica della *colorblindness* all'opzione per un'interpretazione originalista della Costituzione statunitense, ormai nettamente maggioritaria in seno alla Corte Suprema²⁵.

Oggetto di giudizio erano, in sintesi estrema, i protocolli di ammissione alle Università di Harvard e North Carolina i quali – pur nel quadro di un approccio “olistico” alla persona del richiedente – attribuivano limitato rilievo anche alla appartenenza razziale.

Tale limitata considerazione dell'appartenenza razziale era coerente con la consolidata giurisprudenza della Corte Suprema che, fin dalla sentenza *Bakke* del 1978, si era occupata della materia: non si trattava infatti di attribuzione di quote di ammissione sulla base della razza, né la considerazione dell'appartenenza razziale determinava alcun automatismo nella attribuzione di punteggi. Piuttosto, l'appartenenza razziale, ove volontariamente indicata, poteva assumere rilevanza nel quadro di un

²³ 438 U.S. 265 (1978).

²⁴ Di “*meaningful diversity*” parlava, in un commento coevo alla decisione, R.A. Posner, *The Bakke case and the future of affirmative action*, in *California Law Review*, 1979, p. 171 ss., 182.

²⁵ Spunti in questo senso in S. Leone, *Costituzione americana e razza ancora allo specchio*, cit., pp. 33-35.

giudizio complessivo sul profilo della persona richiedente; e la misura rispettava, altresì, quanto richiesto dalla giurisprudenza della Corte in termini di ragionevole giustificazione (alla luce dell'interesse dell'università di promuovere la *diversity* della comunità accademica) e di adeguatezza dei criteri di giudizio rispetto allo scopo, specie in relazione alla loro flessibilità.

Ciononostante, con una decisione adottata con una maggioranza di sei contro tre, la Corte Suprema – pur senza dichiarare esplicitamente l'*overruling* dei propri precedenti in materia²⁶ – ritiene che tale pur limitata considerazione dell'appartenenza razziale violi la *Equal Protection Clause* del XIV emendamento.

Più specificamente – e in sintesi estrema – la Corte afferma, in primo luogo, che il criterio sino a quel momento ritenuto idoneo a giustificare la considerazione dell'appartenenza razziale – vale a dire l'interesse delle Università a garantire la *diversity* e il carattere plurale dell'ambiente di apprendimento – non può più essere convalidato, in ragione dell'impossibilità di valutarne l'adeguatezza rispetto allo scopo, dovuta alla non misurabilità dei suoi effetti: con affermazione fortemente criticata nell'opinione dissenziente della giudice Sotomayor, la maggioranza afferma in particolare che l'interesse perseguito sarebbe *inescapably imponderable*. In secondo luogo, sulla base di una lettura molto rigida (e riduttiva ai limiti del caricaturale, come si vedrà) della sentenza *Grutter v. Bollinger*, la Corte afferma che la misura viola il XIV emendamento anche sotto il profilo dell'assenza di un *logical end point*: essa, in altri termini, non prevede un termine finale per la sua efficacia. Ciò confermerebbe indirettamente, peraltro, la stessa non misurabilità degli effetti dell'azione affermativa²⁷.

La decisione appare criticabile e preoccupante non solo e non tanto per il merito – giacché non è da escludere che le università possano continuare a perseguire l'obiettivo dell'integrazione evitando l'esplicita classificazione in base alla razza – quanto piuttosto per il modo in cui interpreta la *Equal Protection Clause* e declina la *colorblindness*. In entrambi i casi, si tratta di un approccio di tipo eminentemente formale, e scisso dalla considerazione delle concrete esperienze di disuguaglianza e della loro componente strutturale; e in entrambi i casi, il rapporto tra diritto e costruzione dell'eguaglianza è interpretato in termini (quantomeno) scettici

²⁶ E cioè fondamentalmente, oltre che della richiamata sentenza *Bakke*, delle decisioni *Grutter v. Bollinger* (539 U. S. 306, 2003) e *Fisher II* (*Fisher v. University of Tex. at Austin*, 579 U. S. 365, 2016. Sul punto v. B. Watson, *Did the Court in SFFA Overrule Grutter?*, in *Notre Dame Law Rev. Refl.*, 2023, p. 113 ss.

²⁷ Cfr. le pp. 30 ss. dell'opinione di maggioranza.

e tende – nel bilanciamento tra libertà ed eguaglianza – a privilegiare decisamente la prima.

4. *Le origini del canone della diversity e la sua fragilità*

Al centro della decisione vi è, come accennato, il definitivo superamento del canone della *diversity* come ragione sufficiente per giustificare azioni affermative, pur nel severo quadro di uno scrutinio stretto. Un canone, quello della *diversity*, che emerge per la prima volta nella richiamata decisione *Bakke*, come catalizzatore delle tensioni interne alla Corte e che – tuttavia – affonda le proprie radici nei decenni precedenti (e proprio come giustificazione di *policy* inclusive da parte delle Università)²⁸.

Le ragioni – per così dire – compromissorie dell'individuazione nella *diversity* dell'unica possibile giustificazione del ricorso ad azioni affermative in ambito universitario – pur avendo, come meglio si dirà, contribuito a depotenziare la portata trasformativa delle azioni affermative²⁹ – non hanno impedito che, successivamente, della *diversity* siano state enfatizzate implicazioni sistemiche, soprattutto con riferimento alla sfera della libertà accademica (e, più in generale, della libertà di espressione in uno spazio pubblico plurale: si pensi alla decisione *Metro Broadcasting*³⁰) e, ancora più avanti, con riferimento alla sfera del riconoscimento e della protezione del pluralismo identitario. Va però sottolineato che la costruzione in termini via via più ampi e comprensivi del canone della *diversity* deve essere letta anche alla luce dell'esigenza – fortemente avvertita da gran parte della dottrina –

²⁸ Sul punto, cfr. A.S. Chen, L.M. Stulberg, *Before Bakke: The Hidden History of the Diversity Rationale*, in *Univ. of Chicago Law Rev. Online*, 2020, p. 78 ss., che fanno il punto sull'origine di questa *ratio* di giustificazione delle azioni affermative in ambito universitario. In particolare, gli autori contestano – da un punto di vista storico e sociologico – che l'emersione della *diversity* sia da ricondurre esclusivamente a *Bakke* o che, addirittura, la stessa sia emersa come giustificazione *post factum* di politiche orientate a logiche – invece – di giustizia compensativa strutturale (e cioè non orientata alla mera compensazione di puntuali dinamiche di *passata* discriminazione). L'interesse per la diversità della comunità accademica sarebbe piuttosto maturato già negli anni Sessanta, e non solo in relazione all'appartenenza razziale.

²⁹ All'indomani della decisione, anche Posner osservò che, se la Corte non aveva travolto – con la sentenza – la legittimità delle *reverse discrimination*, sicuramente aveva gettato una pesante ombra su di esse (R.A. Posner, *The Bakke case*, cit., p. 172).

³⁰ *Metro Broadcasting, Inc. v. FCC*, 497 U. S. 547 (1990), oggetto di *overruling* – come meglio vedremo – nella successiva decisione *Adarand Constructors, Inc. v. Peña* (515 U.S. 200, 1995).

di “fare quadrato” attorno alle azioni affermative, di fronte a una giurisprudenza fragile e sottoposta – via via – ad attacchi sempre più incisivi³¹.

La scelta del giudice Powell in *Bakke* fu giustificata, in particolare, dalla necessità di consentire a una Corte profondamente divisa di giungere a una decisione che fosse sufficientemente mite per essere accolta positivamente nello spazio pubblico e che, allo stesso tempo, potesse portare un qualche frutto sul piano delle virtualità inclusive e pro-egualitarie delle azioni affermative in ambito universitario. Come è stato efficacemente ricostruito, la costruzione dell'*opinion* del giudice Powell – in grado di controllare l'esito della decisione organizzando una complessa *plurality* di opinioni³² – fu l'esito di un serrato lavoro di negoziazione interna alla Corte, la cui analisi mantiene un fortissimo interesse anche sul piano dell'indagine dei rapporti tra costruzione retorica degli argomenti e percorsi di integrazione della comunità degli interpreti e della stessa comunità politica³³, anche a partire dalla relazione tra Corte e spazio pubblico³⁴.

È dunque vero che, da un lato, l'origine compromissoria del canone della *diversity* si lega sin dall'inizio alla preoccupazione di neutralizzare posizioni che – come quella riconducibile alla componente progressista e *race-conscious* della Corte (Brennan, Marshall, Blackmun e White) –

³¹ Ciò ha consentito ad alcune – come R.F. Moran, *Bakke's Lasting Legacy: Redefining the Landscape of Equality and Liberty in Civil Rights Law*, in *U.C. Davis Law Review*, 2019, p. 2569 ss. – di concludere che, ad esempio «*academic freedom has been affirmative action's safe harbor*» (p. 2626).

³² La decisione nel caso *Bakke* risulta dal complesso intrecciarsi dell'opinione del giudice Powell (condivisa dal giudice White, con riferimento alle Parti I, III-A, and V-C; e dai giudici Brennan, Marshall e Blackmun con riferimento alle parti I e V-C) e di ben cinque opinioni separate: a) dei giudici Brennan, White, Marshall e Blackmun (in parte concorrente e in parte dissenziente); b) delle distinte opinioni separate dei giudici White, Marshall e Blackmun; c) dell'opinione del giudice Stevens (cui aderiscono il *Chief Justice* Burger e i giudici Stewart e Rehnquist) in parte concorrente e in parte dissenziente. La maggioranza dei giudici concordò con Powell sulla legittimità – in astratto – delle azioni affermative mentre le opinioni separate riguardarono, in sintesi, l'individuazione del fattore di giustificazione, il tipo di scrutinio da preferirsi (se *strict* ovvero *intermediate*) ma anche la stessa opportunità di portare il giudizio non sul piano della compatibilità delle azioni affermative con la Costituzione bensì sulla valutazione delle stesse alla luce del compendio legislativo in materia. Che l'opinione di Powell fosse *controlling* e, dunque, fosse idonea a stabilire un precedente vincolante sarà chiarito, come noto, solo con la decisione *Grutter* del 2003.

³³ Suggestiva, sul punto, la lettura di M. Kelly Carr, *The Rhetorical Invention of Diversity. Supreme Court Opinions, Public Argument and Affirmative Action*, East Lansing, Michigan, 2018.

³⁴ Sul tema v. A. Sperti, *Constitutional Courts, Media and Public Opinion*, Oxford, 2023 nonché Ead., *Corte costituzionale e opinione pubblica*, in *Dir. soc.*, 2019, p. 791 ss.

sostenevano una più decisa legittimazione delle azioni affermative quali strumenti di contrasto della *societal discrimination* con conseguenti effetti di riequilibrio degli assetti gerarchici e di subordinazione che caratterizza(va)no le relazioni tra maggioranza bianca e minoranze non bianche. Ma è altrettanto vero che la posizione del giudice Powell appariva coerente con i tempi, sia sotto il profilo di consentire un qualche (moderato) avanzamento sul piano dell'inclusione delle persone nere nell'ambito dell'educazione superiore sia, più in profondità, sotto il profilo della coerenza con il *pragmatic conservatism*³⁵ della Corte Burger. Una Corte, peraltro, frammentata e dagli orientamenti complessi: da un lato, essa ha segnato aperture sul piano delle interpretazioni della *privacy*³⁶ ma dall'altro – sul piano delle politiche razziali – ha accompagnato il processo di progressivo depotenziamento di *Brown* spostando il fuoco, nell'interpretazione del XIV emendamento, da un approccio di tipo integrazionista ad uno di tipo anticlassificatorio e antidiscriminatorio³⁷.

Non a caso, la sentenza *Bakke* viene pronunciata dopo che nel 1974 la Corte aveva evitato di decidere – sulla base della sopravvenuta *mootness* – l'analogo caso *DeFunis*³⁸. Come osservato da primi autorevoli commentatori, allora, le ambiguità di *Bakke* paiono coerenti con l'atteggiamento ambivalente tenuto dalla Corte sulle azioni affermative nel corso degli anni Settanta³⁹. Questo atteggiamento si giustifica senz'altro nel

³⁵ Così M. Kelly Carr, *The Rhetorical Invention*, cit., p. 193.

³⁶ Seppur controverse e non costanti nel tempo: si pensi solo alla celebre *Roe v. Wade* (410 U. S. 113, 1973), e al ben diverso atteggiamento assunto ad esempio dalla Corte, poco più di dieci anni dopo, in *Bowers v. Hardwick* (478 U.S. 186, 1986).

³⁷ La controversia sull'interpretazione della sentenza *Brown* e della sua *legacy* è al centro anche del serrato confronto tra maggioranza e minoranza in *SFFA*. Dal punto di vista storico, un primo orientamento interpretativo – che valorizzava il nesso tra *Brown* e politiche per l'integrazione – sarebbe stato sostituito (anzitutto nella giurisprudenza della Corte) da un ritorno a un paradigma anti-classificatorio declinato in senso formale: proprio la giurisprudenza degli anni Settanta in materia di azioni affermative nelle università rappresenta un passaggio fondamentale di tale processo di progressivo depotenziamento delle implicazioni trasformative della sentenza *Brown* (che si lega strettamente, a sua volta, alla codificazione delle regole di *scrutiny*). Per una ricostruzione di tale processo, si v. J.M. Balkin, *Plesky, Brown, and Grutter: A Play in Three Acts*, in *Cardozo Law Rev.*, 2005, p. 1689 ss., specie 1710 ss.

³⁸ *DeFunis v. Odegaard*, 416 U.S. 312 (1974).

³⁹ Di “*ambivalence*” – che, peraltro, «*dramatically recognized and proclaimed the existence of legitimate moral and constitutional claims on both sides of the issue*» – parla espressamente P.J. Mishkin, *Uses of Ambivalence: Reflections on the Supreme Court and the Constitutionality of Affirmative Action in Bakke*, in *Univ. of Pennsylvania Law Rev.*, 1982, p. 907 ss., 917.

quadro del dibattito sul ruolo della Corte Suprema⁴⁰; allo stesso tempo, può leggersi però anche come tentativo – da parte della Corte – di lasciare aperta una possibilità sia a successivi sviluppi interpretativi che al processo politico di dare un più organico assetto alla materia⁴¹. In altri termini, anche prima di *Bakke* era avvertita dalla Corte la necessità di non intervenire direttamente in una questione controversa e oggetto di processi socio-culturali potenzialmente trasformativi ma ancora altamente conflittuali⁴².

Le decisioni in materia di *affirmative action* – e, in particolare, *Bakke* – si pongono dunque all'intersezione tra il compito della Corte Suprema di legittimare le proprie decisioni alla luce del rispetto dei principi e dei canoni argomentativi che le sono propri e la consapevolezza dell'impatto che le proprie decisioni hanno sui “*broad societal problems*” implicati dalle questioni sottoposte al suo esame⁴³. Da un lato, allora, lo “*strategic compromise*”⁴⁴ da cui nasce l'*opinion* di Powell ha dato luogo a una decisione *mite*, forse anche sulla scorta dell'eco polemico di decisioni ben più nette della stessa Corte Burger, a partire da *Roe v. Wade*⁴⁵. D'altro canto, ciò avviene alle spese di una profonda trasformazione nell'approccio della Corte Suprema nell'interpretazione della *Equal Protection Clause*, almeno rispetto alle aperture degli anni Cinquanta e Sessanta⁴⁶.

⁴⁰ Sviluppatisi a partire dalle contrapposte posizioni di Wechsler e Bickel (H. Wechsler, *Toward neutral principles of Constitutional Law*, in *Harvard Law Rev.*, 1959, p. 1 ss. e A.M. Bickel, *The least dangerous Branch*, Indianapolis – New York, 1962).

⁴¹ Cenni in questo senso già in P.J. Mishkin, *Uses of Ambivalence*, cit., p. 918.

⁴² Lo osservò già – prima di *Bakke* – Ely, richiamando le virtù del *denial of review*, (cfr. J.H. Ely, *The Constitutionality of Reverse Racial Discrimination*, in *Univ. Chicago Law Rev.*, 1974, p. 723 ss., specie pp. 738-741). Peraltro, anche V. Barsotti, *L'arte di tacere. Strumenti e tecniche di non decisione della Corte suprema degli Stati Uniti*, Torino, 1999 considera ampiamente la giurisprudenza in materia di *affirmative action* in ambito universitario (e non solo) nel quadro della propria analisi delle cd. virtù passive della Corte Suprema USA e mette in luce come una delle chiavi di lettura per comprendere la grande complessità delle decisioni in materia di *affirmative action* stia non solo nella grande delicatezza del tema (e, corrispondentemente, della controversia sulle diverse declinazioni dell'eguaglianza) ma anche sul piano del *self restraint*. La Corte, in altri termini, avrebbe adottato decisioni “aperte” – a partire dalla decisione *Bakke* – anche per favorire il dibattito pubblico ed eventualmente prese di posizione da parte del legislatore, diversamente da quanto aveva fatto – ad esempio – in *Roe v. Wade* (p. 117 ss. e 257 ss.).

⁴³ Così P.J. Mishkin, *Uses of Ambivalence*, cit., p. 907.

⁴⁴ Così M. Kelly Carr, *The Rhetorical Invention*, cit., p. 4.

⁴⁵ Lo nota P.J. Mishkin, *Uses of Ambivalence*, cit., p. 923.

⁴⁶ Ne è ad esempio consapevole – nella dottrina italiana che commentò la decisione – S. Nespore, *Il caso Bakke: eguaglianza e accesso all'istruzione superiore in una recente decisione della Corte Suprema Federale degli Stati Uniti*, in *Riv. trim. diritto pubblico*, 1979, p. 224 ss., il quale mette in luce i limiti della decisione proprio nella prospettiva delle diverse declinazioni

Il passaggio dall'eguaglianza alla diversità nella giustificazione delle azioni affermative si risolve cioè, come è stato efficacemente affermato, in una curvatura dell'interpretazione della clausola di eguale protezione «*toward a more limited, ahistorical understanding of the Equal Protection Clause*» con la conseguenza di preconstituire la separazione delle azioni affermative dalle loro «*justificatory roots in reparative equality*»⁴⁷. Non è allora possibile leggere il riferimento alla *diversity* – il quale pure conserva un suo intrinseco pregio – e, soprattutto, la sua sorte recente, se non se ne considerano le origini e le implicazioni sul piano più generale delle comprensioni dell'eguaglianza. In questa prospettiva, l'elaborazione del canone tende da un lato a compensare le rigidità dell'approccio anti-classificazione (nella misura in cui articola lo *strict scrutiny* in modo tale da legittimare azioni affermative e *race-conscious*) ma – dall'altro – perde di vista il profilo delle asimmetrie e il contatto con le concrete e vissute esperienze di diseguaglianza⁴⁸ così confermando, ad esempio nella lettura di Reva Siegel, che il paradigma anticlassificazione – se interpretato in modo formalistico – rischia inevitabilmente di risolversi in una cristallizzazione dello *status quo* e quindi in una neutralizzazione del paradigma anti-subordinazione⁴⁹.

5. *Alle radici dell'alternativa: promuovere la diversità o incidere sulle condizioni della disuguaglianza?*

Che il ricorso alla *diversity* non fosse, d'altra parte, l'unico possibile fattore di giustificazione per l'uso benevolo di classificazioni razziali era

dell'eguaglianza e nel prisma dell'opinione separata di Marshall (cfr. pp. 232-233) e riconosce molto lucidamente i rischi di impatto della decisione sulle politiche di integrazione portate avanti dal Governo statunitense, tese a «comporre i valori [...] dell'eccellenza competitiva con quelli dell'egualitarismo sociale» (p. 234). Ancor più esplicitamente, nella dottrina statunitense, R.B. Siegel, *Equality Talk*, cit., parla (in prospettiva critica) della *diversity* come di un «*master compromise*» che avrebbe consentito – da un lato – la prosecuzione di limitati e volontari tentativi *race-conscious* di desegregazione, senza pregiudicare la *neutralità* razziale della Costituzione (p. 1532). In questa prospettiva, «*the anticlassification principle that Justice Powell deployed in Bakke was not the ground of the Brown decision, but instead is the residuum of conflicts over enforcing Brown*» (p. 1533).

⁴⁷ Così M. Kelly Carr, *The Rhetorical Invention*, cit., p. 17 (corsivo aggiunto).

⁴⁸ Ivi, p. 192. Secondo l'A., Powell «*privileged the commitment to diversity, broadly defined, over the commitment to social justice*» e, con ciò, ha determinato l'approfondimento del «*gap between the consideration of racial identity and the struggle for social equality*».

⁴⁹ Cfr. R.B. Siegel, *Equality Talk*, cit., p. 1537.

chiaro sia all'interno della Corte Suprema⁵⁰ che, più in generale, nel dibattito immediatamente successivo alla sentenza *Bakke*⁵¹. Anzi, la forte polarizzazione tra l'*opinion* di Powell e l'*opinion* concorrente di Brennan, Marshall, White e Blackmun (così come quella individuale di Marshall) segna, fin dalle origini, il confine tra due interpretazioni profondamente diverse non solo delle azioni affermative ma anche – forse soprattutto – della *colorblindness*, cioè della (necessaria) indifferenza della Costituzione rispetto alla razza e, conseguentemente, dello stesso rapporto tra eguaglianza e diritto: due interpretazioni che, come vedremo, sono ancora al centro della stessa fortissima contrapposizione tra maggioranza e minoranza in *SFFA*. Secondo i quattro giudici progressisti – che pure aderirono all'*opinion* di Powell almeno con riferimento all'esito concreto del giudizio e, in particolare, alla possibilità di far riferimento all'appartenenza razziale nelle *policy* di ammissione all'università – le azioni affermative dovrebbero poter trovare giustificazione, peraltro nel quadro di uno *standard* di scrutinio *intermediate* e non *strict*⁵²:

«if the purpose of such programs is to remove the disparate racial impact its actions might otherwise have and if there is reason to believe that the disparate impact is itself the product of past discrimination, whether its own or that of society at large»⁵³.

In altri termini, l'uso della razza è giustificabile se il suo scopo è quello (non solo) di contrastare le discriminazioni esistenti ma anche (soprattutto) di invertire la tendenza della struttura sociale verso di esse (*reversing societal discrimination*). Un criterio di valutazione, quest'ultimo, che già Powell definì “*amorphous*” e che la Corte non avrebbe mai accolto, se non in alcune – e ben circoscritte – eccezioni⁵⁴; e che si lega, come evidente proprio nelle

⁵⁰ Per la ricostruzione del dibattito, v. ancora M. Kelly Carr, *The Rhetorical Invention*, cit., p. 141 ss., 165 ss.

⁵¹ Sottolinea questo aspetto P.J. Mishkin, *Uses of Ambivalence*, cit., p. 922.

⁵² Lo osserva T. Jones, *The Diversity Rationale: A Problematic Solution*, in *Stanford Journal of Civil Rights & Civil Liberties*, 2005, p. 171 ss., 193 e lo sottolineava già R.A. Posner, *The Bakke case*, cit., p. 184.

⁵³ *Regents of the Univ. of California v. Bakke*, cit., *opinion* separata di Brennan et al., p. 369.

⁵⁴ Simile *rationale* è stato accolto – ad esempio – in *Fullilove v. Klutznick* (448 U.S. 448, 1980) con riguardo ad azioni affermative poste in essere dal Congresso per rimediare la *past societal discrimination*, ma che in *City of Richmond v. J. A. Croson Co.* (488 U.S. 469, 1989) per quel che riguarda l'azione degli stati e tuttavia nel quadro di uno scrutinio stretto e dunque di una severissima valutazione dell'esistenza del *compelling interest* e dell'adeguatezza del mezzo rispetto all'obiettivo.

opinioni separate dei giudici progressisti in *Bakke*, a una ben precisa precomprensione dell'eguaglianza, la quale implica l'apertura in senso strutturale e sistemico della funzione delle azioni affermative.

Così, Brennan è molto chiaro nell'affermare che il carattere *colorblind* della Costituzione non può tramutarsi in una forma di miopia rispetto al fatto che – nonostante la proclamazione di formale eguaglianza contenuta nella stessa Dichiarazione di indipendenza – molte persone sono state trattate, nella storia e nel presente degli Stati Uniti, «*as inferior both by the law and by their fellow citizens*»⁵⁵. E Marshall può fargli eco affermando – suggestivamente – che una lettura del XIV emendamento sensibile alla storia (e, ritiene, alla stessa giurisprudenza della Corte) non può escludere la possibilità per un'università di compensare i «*cumulative effects of society's discrimination*» considerando l'appartenenza razziale nelle *policy* di ammissione⁵⁶; e questo, poiché è l'evidenza storica stessa a dimostrare che il razzismo è stato ed è strutturale nella società statunitense, anche a causa del marchio di inferiorità che il diritto ha impresso molto a lungo (e anche dopo l'abolizione della schiavitù) sulla popolazione nera⁵⁷. Con chiarezza ancora maggiore – e parole la cui eco riecheggia ancora nelle opinioni dissenzienti in *SFFA* – Blackmun afferma infine che:

*«In order to get beyond racism, we must first take account of race. There is no other way. And in order to treat some persons equally, we must treat them differently. We cannot – we dare not – let the Equal Protection Clause perpetuate racial supremacy»*⁵⁸.

Accanto a una decisa opzione per un'interpretazione contestuale – condizionata cioè storicamente e alla luce delle concrete esperienze – del XIV emendamento, la posizione dei giudici progressisti in *Bakke* sembra quindi optare, più in profondità, per una ben precisa declinazione del rapporto tra eguaglianza e diritto nel senso dell'affermazione della capacità e del potere del diritto stesso di incidere sulle condizioni strutturali della disuguaglianza, (posizione ben lontana dalla sfiducia della maggioranza in *Plessy* che, come già ricordato, aveva affermato che nulla può la legislazione di fronte a disuguaglianze e pregiudizi radicati).

Quest'impostazione resterà minoritaria e, anzi, la Corte intraprenderà un percorso di progressivo restringimento dei margini di operatività delle

⁵⁵ *Regents of the Univ. of California v. Bakke*, cit., opinione separata di Brennan et al., p. 327.

⁵⁶ Ivi, opinione separata di Marshall, p. 396.

⁵⁷ Ivi, p. 400.

⁵⁸ Ivi, opinione separata di Blackmun, p. 407.

azioni affermative basate sulla razza, caratterizzato da una sempre maggiore aderenza delle regole di *scrutiny* (e della loro rigidità) alla razionalizzazione di un «*evolving system of social stratification*»⁵⁹. In altri termini, la possibilità di giustificare azioni affermative in ambito universitario è stata progressivamente ristretta dalla Corte – a partire dal canone della *diversity*, la cui effettività idoneità a incidere sull'inclusione razziale appare progressivamente sempre più limitata⁶⁰, e dal rifiuto del carattere *rimediale* delle azioni affermative – così ignorando che l'azione affermativa ha, invece, anche lo scopo di realizzare l'eguaglianza *come compito*, trasformando la realtà.

Il rifiuto di riconoscere le ragioni strutturali dell'azione affermativa e – più in generale – delle politiche per l'integrazione, unito al ripiego sulla «*diversity distraction*»⁶¹ ha progressivamente logorato lo stesso *rationale: strict scrutiny* e crescente impalpabilità dei fattori di giustificazione concorrono progressivamente, in altri termini, a depotenziare le azioni affermative *race-conscious*, come diverrà evidente – ad esempio – con la sentenza *Adarand* del 1995, su cui subito si tornerà. Un obiettivo coerente, peraltro, con la moderazione di Powell⁶² e con la preoccupazione di evitare il conflitto razziale e la frammentazione sociale⁶³.

⁵⁹ Così J.M. Balkin, *Plessy, Brown, and Grutter*, cit., p. 1721.

⁶⁰ Ivi, p. 1722.

⁶¹ L'uso di questa espressione – in chiave polemica – risale a D. Bell, *Diversity's Distractions*, in *Columbia Law Rev.*, 2003, p. 1622 ss. Altri, seppur nella prospettiva della *critical race theory*, avevano riconosciuto nella *diversity* una limitata occasione di riconoscimento del valore culturale dell'appartenenza razziale: così ad esempio – anche in relazione ad esempio all'uso della *diversity* nella decisione *Metro Broadcasting* in chiave di promozione di uno spazio pubblico pluralistico – N. Gotanda, *A Critique of Our Constitution is Color-Blind*, in *Stanford Law Review*, 1991, p. 44 ss., 56-57, il quale comunque osserva che, tuttavia: «*Without a clear social commitment to rethink the nature of racial categories and abolish their underlying structure of subordination, the politics of diversity will remain incomplete*» (p. 61, enfasi aggiunta).

⁶² Lo stesso Powell aveva infatti affermato, in *Bakke*, che «*Disparate constitutional tolerance of such classifications well may serve to exacerbate racial and ethnic antagonisms rather than alleviate them*» (*Regents of Univ. of California v. Bakke*, op. Powell, p. 298).

⁶³ Su questi passaggi, proprio a partire dalla posizione di Powell, v. R.B. Siegel, *From Colorblindness to Antibalkanization: An Emerging Ground of Decision in Race Equality Cases*, in *Yale Law Journal*, 2011, p. 1278 ss., 1293 ss. In particolare, il paradigma *antibalkanization* – che Siegel vede emergere nelle posizioni dei giudici che, via via, hanno sostenuto posizioni moderate e di compromesso – unisce l'attenzione al contesto storico e sociale (che deriva dal paradigma anti-subordinazione), declinando la *Equal Protection* «*purposely and structurally*» (pp. 1300-1301), con la conferma di un atteggiamento piuttosto rigido sulle classificazioni razziali, la cui ragionevolezza viene però valutata anche alla luce della necessità di promuovere coesione sociale evitando la frammentazione (p. 1314). Secondo Siegel, in particolare, anche la posizione del giudice Powell in *Bakke* e di O'Connor in *Grutter* andrebbe letta in questa chiave (p. 1355: sulle posizioni della Corte in *Grutter*, ma anche in

Il rifiuto di riconoscere la promozione dell'eguaglianza quale possibile fattore di giustificazione delle *reverse discrimination*⁶⁴ si iscrive, peraltro, nel quadro della complessa evoluzione della giurisprudenza della Corte Suprema in relazione agli *standard* del giudizio di eguaglianza. Nel corso degli anni Ottanta, nonostante alcune iniziali aperture nella sentenza *Fullilove*⁶⁵ – nella quale la Corte parve riconoscere al Congresso un più arioso margine di manovra nell'articolare azioni affermative *race-conscious* in ambito lavorativo – la giurisprudenza si sarebbe infatti orientata in senso progressivamente restrittivo sia con riferimento all'individuazione del modello di scrutinio sia con riferimento all'individuazione dei fattori di giustificazione. Ciò avvenne, dapprima, con riferimento all'articolazione dello *standard* di giudizio in relazione all'applicazione della clausola di *Equal Protection* del XIV emendamento, dunque in relazione alla legislazione statale: sarà, in particolare, la sentenza *Croson* a fissare definitivamente in questi casi lo *standard* dello *strict scrutiny* e, dunque, la necessità di individuare un *compelling interest* idoneo a giustificare il trattamento differenziato⁶⁶. Più complessa, ma egualmente chiara nella direzione di sviluppo, la giurisprudenza relativa agli *standard* di giudizio relativi al sindacato di eguaglianza sulla legislazione federale (dunque alla luce dei profili di *Equal Protection* desumibili – secondo le linee di uno sviluppo storico assai più complesso⁶⁷ – dal V emendamento). In questo ambito, le iniziali aperture desumibili dalla richiamata sentenza *Fullilove* sarebbero state successivamente confermate dalla sentenza *Metro Broadcasting*⁶⁸: tale decisione, in particolare, aveva assunto l'obiettivo di assicurare una

Gratz, si v. in particolare N.S. Siegel, *Race-Conscious Student Assignment Plans: Balkanization, Integration, and Individualized Consideration*, in *Duke Law Journal*, 2006, p. 781 ss. e R.C. Post, *Fashioning the Legal Constitution: Culture, Courts, and Law*, in *Harv. Law Rev.*, 2003, p. 4 ss., 74-75). Tuttavia, come ben nota Reva Siegel, il paradigma *antibalkanization* non riesce a superare la necessità di uno *standard* di giudizio stretto (*strict scrutiny*), con la conseguenza che – indebolendo le azioni affermative – finisce comunque per alimentare il risentimento razziale (p. 1353 ss.).

⁶⁴ Come esplicitamente riconosciuto, invece, dal giudice Stevens nella propria opinione dissenziente in *Adarand*: «*Remedial race-based preferences reflect the opposite impulse: a desire to foster equality in society*» (*Adarand Constructors, Inc. v. Peña*, 515 U.S. 200, 1995, Stevens, *dissenting*, p. 243, corsivo aggiunto).

⁶⁵ *Fullilove v. Klutznick* (448 U.S. 448, 1980).

⁶⁶ K.T. Bartlett, *Affirmative Action and Social Discord*, cit., polemicamente osserva che si tratta dello stesso *standard of review* «*applied to rules and practices that discriminate against minorities*» (p. 2315).

⁶⁷ Che aveva trovato un primo consolidamento già in *Bolling v. Sharpe*, 347 U.S. 497 (1954).

⁶⁸ *Metro Broadcasting v. FCC*, 497 U.S. 547 (1990).

significativa “*broadcast diversity*” quale fattore idoneo a giustificare una misura affermativa *race-conscious*, anche alla luce del rilievo assunto, in materia, da fondamentali interessi legati al Primo Emendamento. Tuttavia, nella nota sentenza *Adarand*⁶⁹ la Corte – mediante esplicito *overruling* di *Fullilove* e *Metro Broadcasting* – non solo fisserà lo standard di *strict scrutiny* anche in relazione alla valutazione delle azioni affermative *race-conscious* introdotte dalla legislazione federale ma chiarirà che nessuna distinzione è possibile operare tra classificazioni benigne e malevole⁷⁰. In altri termini, come è stato affermato, il definitivo consolidamento dello *strict scrutiny* sulle azioni affermative motivate dalla razza – sia in relazione alla legislazione degli Stati (in *Croson*) che a quella federale (in *Adarand*) – ha finito sostanzialmente per accomunare tutte le classificazioni razziali, siano esse subordinanti o emancipanti⁷¹.

6. *Rielaborazioni della diversity: tra libertà accademica, letture identitarie e costruzione della cittadinanza*

Questo è, quindi, il contesto nel quale la Corte Suprema sarebbe tornata a pronunciarsi – nel 2003 – sulle azioni affermative *race-conscious* in ambito universitario con le due sentenze *Grutter v. Bollinger* e *Gratz v. Bollinger*⁷², la prima delle quali redatta – peraltro – dalla stessa giudice O'Connor che aveva redatto le opinioni di maggioranza in *Croson* (peraltro giungendo a controllare una Corte molto frammentata) e *Adarand*. Entrambe le decisioni – pur divergenti nella decisione del caso concreto (alla luce delle diverse caratteristiche delle *policy* di ammissione sottoposte a scrutinio)⁷³ – confermano: a) che le azioni affermative *race-conscious* in ambito

⁶⁹ *Adarand Constructors, Inc. v. Peña*, 515 U.S. 200 (1995).

⁷⁰ Con toni solo parzialmente diversi nell'opinione di maggioranza – redatta dalla giudice O'Connor – e nell'opinione concorrente del giudice Thomas, il quale esplicitamente afferma che: «I believe that there is a “moral [and] constitutional equivalence” [...] between laws designed to subjugate a race and those that distribute benefits on the basis of race in order to foster some current notion of equality. Government cannot make us equal; it can only recognize, respect, and protect us as equal before the law» (*Adarand Constructors*, Thomas, *dissenting*, p. 240).

⁷¹ Lo sottolinea, con toni molto accesi, T.P. Crocker, *Equal Dignity, Colorblindness, and the Future of Affirmative Action beyond Grutter v. Bollinger*, in *William & Mary Law Rev.*, 2022, p. 1 ss. laddove osserva, proprio a proposito di *Croson* e *Adarand*, che «in one stroke, in terms of judicial analysis, the Court equated Jim Crow and remedial affirmative action programs» (p. 32).

⁷² *Grutter v. Bollinger*, 539 U.S. 306 (2003) e *Gratz v. Bollinger*, 539 U.S. 244 (2003).

⁷³ Nel caso di cui alla decisione *Gratz*, in particolare, la considerazione positiva dell'appartenenza razziale si traduceva nell'automatica attribuzione di un punteggio e ciò

universitario devono essere sottoposte a uno *strict scrutiny*; b) che l'obiettivo di raggiungere un *diverse student body* costituisce – coerentemente con l'*opinion* del giudice Powell in *Bakke* – un ammissibile fattore di giustificazione della considerazione dell'appartenenza razziale nelle *policy* di ammissione purché c) esse siano adeguate allo scopo (*narrowly tailored*) e d) assoggettate a un preciso termine temporale di conclusione (*logical end point*).

Pur non prendendo esplicitamente posizione sulla natura di precedente vincolante dell'*opinion* di Powell in *Bakke*, le due sentenze si pongono chiaramente sulla scia di tale decisione – specie per quel che riguarda l'individuazione del fattore di giustificazione – e delineano con precisione ancora maggiore (e maggiore severità) le condizioni ulteriori alle quali le misure affermative devono attenersi per essere considerate coerenti con la *Equal Protection Clause*. In particolare, come meglio si dirà, proprio l'enfasi posta sul termine temporale di esaurimento delle misure fornirà alla Corte – nel 2023, e sulla base di una lettura riduttiva e alquanto enfatica proprio di *Grutter* – l'occasione per negare la legittimità delle azioni affermative *race-conscious* nell'accesso alle università, assieme a una altrettanto riduttiva interpretazione del canone della *diversity*.

6.1 La rilettura della *diversity* in *Grutter v. Bollinger* : un safe harbor⁷⁴?

Proprio a tale riguardo, invece, l'*opinion* di maggioranza in *Grutter* deve essere più attentamente considerata, in quanto – rispetto alle precedenti considerazioni di Powell – fornisce importanti ulteriori indicazioni per la piena comprensione del concetto di *diversity* e delle sue implicazioni.

Come *Bakke*⁷⁵, in particolare, la decisione *Grutter* sembra pienamente consapevole dell'attinenza della promozione della *diversity* alla sfera, costituzionalmente protetta, della libertà accademica: ma, con accenti più netti rispetto a Powell, O'Connor sottolinea che tale esercizio di libertà

venne ritenuto non conforme allo *standard* di scrutinio stretto sotto il profilo della adeguatezza della misura rispetto al raggiungimento dell'obiettivo (la misura, cioè, non parve alla Corte "*narrowly tailored*" rispetto allo scopo di assicurare un corpo studentesco differenziato e plurale). Al contrario, tale limite non venne riscontrato in relazione alla *policy* posta in essere dalla *Law School* dell'Università del Michigan, sottoposta a giudizio nel caso *Grutter*.

⁷⁴ L'espressione, già ricordata, è di R.F. Moran, *Bakke's Lasting Legacy*, cit., p. 2626.

⁷⁵ Sulle diverse sfumature nella comprensione della *diversity* tra *Bakke* e *Grutter v. R.C. Post*, *Fashioning the Legal Constitution*, cit., p. 59 ss.

accademica è funzionale, da un lato, ad assicurare benefici sostanziali («*not theoretical, but real*»⁷⁶) in termini di integrazione e costruzione di un sistema equilibrato di relazioni tra diverse soggettività e, dall'altro, rinvia più in profondità alla promozione del nesso costitutivo che lega educazione e cittadinanza. In questa prospettiva – significativamente citando la sentenza *Brown* – la Corte ribadisce che «*education [...] is the very foundation of good citizenship*»⁷⁷ e mette in luce il legame tra promozione della *diversity* nelle università e legittimazione della classe dirigente⁷⁸.

Pur riproducendo i limiti legati all'adozione di un paradigma puramente anti-classificatorio e, quindi, al persistere della rinuncia a considerare il più ampio contesto delle condizioni strutturali della disuguaglianza⁷⁹, la recezione del *diversity rationale* in *Grutter* assume una portata più ampia e comprensiva e, soprattutto, ne viene messo in luce il legame con l'allargamento della partecipazione e l'irrobustimento della cittadinanza. Allo stesso tempo, come è stato osservato, il superamento della subordinazione resta implicito⁸⁰: è, dunque, la scissione tra paradigma anticlassificazione e paradigma anti-subordinazione – ovvero, in altri termini, la declinazione non solo *color-* ma *history-* and *reality-* blind del paradigma anticlassificazione – a impedire alla Corte di aprire i propri percorsi argomentativi nella direzione di una compiuta tematizzazione delle implicazioni strutturali delle azioni affermative.

D'altra parte, come pure è stato messo in luce⁸¹, nel passaggio da *Bakke* a *Grutter* e negli ulteriori sviluppi della giurisprudenza della Corte Suprema in materia si è consolidata una linea di frattura tra le posizioni critiche di stampo conservatore – che continuavano (e continuano oggi) a vedere nelle azioni affermative una inammissibile discriminazione in base alla razza, indipendentemente dal loro carattere benigno – e le posizioni favorevoli che, però, tendevano a concentrare i loro argomenti prevalentemente sulla difesa della libertà accademica e dell'obiettivo di

⁷⁶ *Grutter v. Bollinger*, cit., op. magg., p. 330.

⁷⁷ *Ivi*, p. 331.

⁷⁸ Cfr. *ivi*, p. 332: «*In order to cultivate a set of leaders with legitimacy in the eyes of the citizenry, it is necessary that the path to leadership be visibly open to talented and qualified individuals of every race and ethnicity*».

⁷⁹ Lo sottolinea R.B. Siegel, *Equality Talk*, cit. p. 1540.

⁸⁰ *Ivi*, pp. 1538-1540.

⁸¹ Ad es. da R.F. Moran, *Bakke's Lasting Legacy*, cit., pp. 2604-2605.

favorire il consolidamento di una comunità studentesca composita e attraversata da diversità⁸².

Queste posizioni – che pure hanno avuto il merito di sostenere, ispessendone la portata, il canone della *diversity* sia nella prassi che nella giurisprudenza successiva a *Grutter*⁸³ – hanno determinato una perdita di prospettiva sul senso ultimo delle *affirmative action*, le quali dovrebbero essere rivolte alla costruzione di eguaglianza non secondo una logica puntuale (cioè meramente riparativa) bensì secondo una logica strutturale e, dunque, inserite in una più ampia cornice di trasformazione delle *condizioni* della disuguaglianza nell'accesso all'istruzione superiore.

Dunque, paradossalmente è proprio il *constitutional framework* di *Bakke* – e il suo consolidamento in *Grutter v. Bollinger* – ad aver fatto perdere di vista le profonde implicazioni egualitarie della questione dell'accesso all'università; implicazioni che, d'altro canto, erano già presenti e chiare nell'*opinion* di Brennan, Marshall, White e Blackmun, ricordata in precedenza. In questa prospettiva, allora, si è parlato del *diversity rationale*, nei termini di un *constitutional camouflage*⁸⁴ e si è sottolineato che l'adozione e la conferma del canone della *diversity* hanno consentito alla Corte di evitare un "racial justice rationale"⁸⁵. Promuovere e garantire il pluralismo, in altri termini, non significa di per sé arginare i processi di razzializzazione né, tantomeno, trasformare le condizioni strutturali della disuguaglianza, pur potendo contribuire a preconstituire le condizioni per processi che vadano in questa direzione. L'elaborazione del canone della *diversity* appare dunque problematica soprattutto alla luce del suo raffronto con quelle logiche di giustizia compensativa (o di concreta costruzione di eguaglianza) che sono – o dovrebbero essere – alla base delle azioni affermative.

6.2 Identità, eguaglianza sostanziale e giustizia razziale

⁸² Per l'esplicita affermazione che il *diversity rationale* elaborato da Powell è «rooted in institutional autonomy», cfr. R.F. Moran, *The Unbearable Emptiness of Formalism: Autonomy, Equality, and the Future of Affirmative Action*, in *North Carolina Law Rev.*, 2022, p. 785 ss., 792.

⁸³ E in particolare nella già citata decisione *Fisher II*, nella quale la Corte aveva validato il programma di ammissione della University of Texas at Austin, ritenendo che lo stesso rispettasse il *compelling interest* di favorire la *diversity* dell'ambiente di apprendimento – anche alla luce dei dati forniti dalla stessa Università – e che, in particolare, l'adeguatezza del mezzo risultava anche dal fatto che l'Università prevedeva una revisione periodica e costante del programma di ammissione.

⁸⁴ Così R.B. Siegel, *Equality Talk*, cit., p. 1540.

⁸⁵ Cfr. K.T. Bartlett, *Affirmative Action and Social Discord*, cit., p. 2307.

Un ulteriore profilo di fragilità del canone emerge tuttavia – proprio alla luce di alcune implicazioni di *Grutter* e, soprattutto, *SFFA* – dal suo intrecciarsi con la possibilità di letture del riferimento all'appartenenza razziale in chiave identitaria: un simile approccio appare in parte coerente con una delle radici del riferimento alla *diversity* nella giurisprudenza della Corte e cioè la tendenza, più volte resa evidente, a schiacciare la *Equal Protection Clause* sulla sua componente individualistica. Tale sottolineatura discende però, quantomeno in *SFFA*, dall'enfatizzazione negativa del canone della *diversity* che – sulla base di un suo profondo (e probabilmente voluto) fraintendimento – conduce la maggioranza a ridurre la *diversity* al solo profilo identitario (ove non addirittura meramente estetico), ben oltre la caratterizzazione che ne aveva dato la stessa Corte in *Grutter*, riconoscendo come si è visto più ariose implicazioni della *diversity*.

Tuttavia, non può tacersi che – nell'attuale contesto di ripresa di una forte critica (per quanto entro certi termini giustificata⁸⁶) alle politiche dell'identità – la *diversity* finisca per mostrare il fianco a fraintendimenti della sua (sia pur limitata) portata pro-egualitaria e pro-coesione. Infatti, come ben dimostrano per contrasto proprio alcuni argomenti utilizzati dalla Corte in *SFFA*, una declinazione della *diversity* in chiave *esclusivamente* identitaria rischierebbe di assolutizzare o essenzializzare la razza, come profilo identitario dell'individuo e, conseguentemente, di dimenticare che la considerazione della razza ha senso non come presidio di tutela di profili identitari bensì piuttosto come punto terminale di una storia di subalternità, cioè come presupposto ed esito di processi di razzializzazione. Se una qualche attinenza della razza a profili identitari può essere assunta, questa non può in altri termini prescindere dalle storie personali e dall'intreccio tra appartenenza razziale e processi di subordinazione sociale: e, peraltro, solo a patto che questi nessi non vengano ridotti secondo una logica stereotipica ma calati nelle concrete condizioni di esistenza ed esperienza personale e sociale delle persone⁸⁷.

⁸⁶ Nel dibattito degli ultimi anni cfr. almeno M. Lilla, *L'identità non è di sinistra*, Venezia, 2018 e F. Fukuyama, *Identity. Contemporary Identity Politics and the Struggle for Recognition*, New York-Londra, 2018; più di recente S. Neiman, *Left is not Woke*, Hoboken – Cambridge, 2023 e, in Italia, G. Serughetti, *La società esiste*, Roma-Bari, 2023, p. 73 ss., specie 76-77. Per una sottolineatura delle due linee di conflitto sociale (socio-economica e legata alle “soggettività altre”) attorno alle quali si organizza il dibattito contemporaneo sull'eguaglianza, cfr. la lucida ricostruzione di A. Di Martino, *Dimensioni costituzionali dell'eguaglianza e linee di conflitto sociale*, cit.

⁸⁷ Nel senso che «*race-conscious admissions policies invite all students to tell their whole story, inclusive of their race, ethnicity, and lived experiences, in addition to their academics*», cfr. ad esempio M.F. Crusto, *A Plea for Affirmative Action*, in *Harv. Law Rev.*, 2023, p. 205 ss. p. 221.

I termini della questione sono ben evocati proprio nell'acceso confronto tra l'opinione di maggioranza e l'opinione dissenziente di Sotomayor in *SFFA*. L'opinione di maggioranza, infatti, stigmatizza le procedure di ammissione di Harvard e UNC – tra l'altro – ritenendo che le stesse favoriscano dinamiche di stereotipizzazione⁸⁸, basandosi sul presupposto che l'appartenenza razziale minoritaria di una persona possa apportare un valore aggiunto alla comunità studentesca. Di ciò è pienamente consapevole Sotomayor, secondo cui però – tutto al contrario – riconoscere che «*young people's experiences are shaded by a societal structure where race matters*»⁸⁹ non equivale affatto a stereotipare ma sia invece coerente con una valutazione che – come afferma anche la giudice Jackson nella propria opinione dissenziente – si apra alla considerazione delle esperienze vissute di subordinazione razziale⁹⁰. Sullo sfondo di questo vero e proprio dialogo tra sordi⁹¹ si intravedono di nuovo due concezioni radicalmente incompatibili non solo dell'eguaglianza ma, più in profondità, dello stesso rapporto tra eguaglianza e diritto.

In questo senso, occorre ricordare che le azioni affermative – specie in ambito educativo, ma non solo – non sono state esenti da critiche anche da parte progressista, nonché nell'ottica di un approccio critico e

⁸⁸ *SFFA*, cit., op. magg. p. 29. Sul punto, molto netta anche la posizione del giudice Thomas nella propria opinione concorrente.

⁸⁹ *SFFA*, cit., Sotomayor, *dissenting*, pp. 48-49.

⁹⁰ *SFFA*, cit., Jackson, *dissenting*, p. 29.

⁹¹ Che assume, in *SFFA* toni che paiono trascendere in asprezza la pur marcata distanza tra le posizioni dei due gruppi di giudici: si pensi, solo per fare un esempio, al modo in cui l'opinione di maggioranza attacca le due opinioni dissenzienti, accusando la minoranza *liberal* di essere portatrice di una ben precisa politica costituzionale (e legislativa); o ancora ai toni irridenti che la maggioranza riserva all'opinione della *Justice* Jackson alle pp. 39 ss., in relazione alle divergenti letture dell'opinione dissenziente di Harlan nella decisione *Plessy c. Ferguson*. Allo stesso modo, l'opinione dissenziente di Sotomayor non risparmia attacchi molto pesanti all'opinione concorrente del giudice Thomas, accusandolo di basarsi su minimi riferimenti di letteratura e, soprattutto, sull'esclusiva autorità delle opinioni da lui stesso firmate in passato; e si pensi ancora al passaggio in cui Sotomayor accusa l'opinione di maggioranza di voler ipocritamente temperare gli effetti della propria decisione – attribuendo residua limitata rilevanza ai riferimenti alla razza eventualmente contenuti negli *application essay* – imbellettando, testualmente, un maiale («*is nothing but an attempt to put lipstick on a pig*»: Sotomayor, *dissenting*, p. 47). Se pure il confronto acceso tra diverse posizioni non è nuovo nella giurisprudenza della Corte, pare di essere molto lontani – ormai – dal *respectful dissenting* che aveva caratterizzato storiche contrapposizioni (come quella, ad esempio, tra Antonin Scalia e Ruth Bader Ginsburg) e, soprattutto, pare di poter riconoscere in toni così aspri la traccia della contesa in atto sul ruolo della Corte Suprema e sulla crisi della sua legittimazione in un contesto di forte polarizzazione della società statunitense.

intersezionale alle questioni razziali. Per un verso, infatti, le sole azioni affermative non sono parse idonee a trasformare radicalmente un sistema educativo che rimane strutturalmente diseguale, soprattutto per quel che riguarda le disuguaglianze reddituali (e sarebbe addirittura lecito attendersi un impatto scarso o nullo del loro superamento sulle reali condizioni di eguaglianza⁹²). Per altro verso, è stato osservato che l'azione affermativa – rischiando di standardizzare l'appartenenza della persona a un gruppo razziale o etnico – inevitabilmente tenderebbe a stereotipare, oltre che a validare implicitamente posizioni teoriche tendenti a riconoscere un qualche intrinseco rilievo all'etnicità o addirittura alla “razza”⁹³, laddove invece un approccio coerentemente egualitario dovrebbe risvegliare la consapevolezza che la subordinazione strutturale non consegue alla “razza” ma a processi storici di razzializzazione; e che – accanto alle azioni affermative – è necessario porre in essere misure trasformative che, intervenendo sulle condizioni strutturali della disuguaglianza, rendano effettive tanto la libertà quanto l'eguaglianza.

La razza, insomma, non può essere considerata identitaria in sé, ma in quanto punto di emersione di processi storici di razzializzazione e subordinazione: l'uso stesso della parola *razza*, fin dal titolo di questo lavoro, è giustificato unicamente in questa chiave, cioè come termine che reca la traccia e l'impronta di tali processi storici. La considerazione della razza, in questa prospettiva, può quindi attenersi alla pari dignità *sociale* solo quando è considerata per emancipare, promuovere, trasformare la realtà: ma non già come valore identitario/dignitario in sé. In questo senso – avvertendo cioè sulla necessità di evitare letture in chiave esclusivamente identitaria – possono leggersi alcune recenti ricostruzioni proposte nel dibattito statunitense, che vanno nel senso di sostituire alla *diversity* – come *compelling interest* idoneo a giustificare le azioni affermative – l'obiettivo di garantire la *equal dignity*⁹⁴.

Secondo tali posizioni, la *colorblindness* – nella sua declinazione formalistica⁹⁵ – diviene non (soltanto) indifferenza rispetto alla razza intesa come profilo identitario (astrattamente considerato) dell'individuo ma

⁹² In questo senso, ad esempio, E. McDonough, *The Limits of Equality: A People's History of Affirmative Action*, in *Harvard Law & Policy Review*, 2022, p. 43 ss., 70 ss.

⁹³ Ivi, p. 61 ss.

⁹⁴ È la proposta di T.P. Crocker, *Equal Dignity, Colorblindness, and the Future of Affirmative Action*, cit.

⁹⁵ Nel quadro di una interpretazione conservatrice di tale concetto, inteso «come netta eguaglianza formale e neutralità» (così A. Di Martino, *Dimensioni costituzionali dell'eguaglianza*, cit., p. 167).

anche – e soprattutto – indifferenza rispetto al modo in cui «*social context relates to personal identity*»: in altri termini, «*to be blind to race is [...] to be blind to social structures*»⁹⁶. Considerare l'identità, cioè, non come profilo dell'esperienza individuale curvato esclusivamente sulla dimensione simbolico-spirituale bensì come fattore di individuazione condizionato da relazioni e contesti potrebbe invece consentire di aprire decisamente l'argomentazione proprio a questi contesti, senza per ciò stesso attribuire alla razza un *valore* intrinseco, potenzialmente inopportuno: si tratta, piuttosto, di declinare la stessa identità personale come concetto più ampio che include l'*esperienza* personale, sociale e storica dell'appartenenza razziale (e delle sue conseguenze in termini di subordinazione)⁹⁷.

Allo stesso tempo, calibrare le azioni affermative sulla pari dignità intesa anche nella sua dimensione relazionale e sociale consentirebbe di tenere assieme in chiave intersezionale diversi aspetti dell'identità e della storia *di quella persona* senza limitarsi a considerarne solo alcuni in via tendenzialmente esclusiva, evitando così i rischi di stereotipizzazione⁹⁸ e considerando apertamente gli effetti – sulle vissute esperienze – di strutture sociali che potrebbero aver perpetuato forme di subordinazione⁹⁹. In altri termini, far riferimento alla *equal dignity* – in linea con una giurisprudenza che pure aveva fatto riferimento alla mortificazione della dignità personale come elemento rilevante nell'interpretazione di *Due Process* e *Equal Protection Clause*¹⁰⁰ – può funzionare solo se i “contesti” vengono interpretati come contesti non meramente identitari – in prospettiva puramente individualistica – ma come contesti di *razzialisazione*, da considerare in ottica oppositiva: se, cioè, l'appartenenza razziale è considerata tratto identitario esclusivamente in relazione all'interpretazione della razza come costruito sociale¹⁰¹.

⁹⁶ Cfr. T.P. Crocker, *Equal Dignity, Colorblindness, and the Future of Affirmative Action*, cit., pp. 41-42.

⁹⁷ Ivi, pp. 51-52.

⁹⁸ Ivi, pp. 74-75, ma anche 78.

⁹⁹ Ivi, p. 77.

¹⁰⁰ Si tratta, in particolare, della linea di decisioni che da *Planned Parenthood v. Casey* (505 U.S. 833, 1992) conduce a *Lawrence v. Texas* (39 U.S. 558, 2003) e, soprattutto, a *Obergefell v. Hodges* (576 U.S. ____, 2015). Sul punto, cfr. A. Schillaci, *Nel cono d'ombra di Dobbs*, cit., specie p. 603 ss.

¹⁰¹ Lo sottolinea in modo molto efficace A. Onwuachy-Willig, *Roberts's Revisions: A Narratological Reading of the Affirmative Action Cases*, in *Harv. Law Rev.*, 2023, p. 192 ss., 212 («given how structural and attitudinal racism operate in society, race frequently shapes who a person is», enfasi aggiunta), peraltro dimostrando al tempo stesso – nel quadro di una suggestiva rilettura di *SFFA* nel prisma dei *critical race studies* e della narratologia – come la

Giustizia razziale non è – insomma – indifferenza della Costituzione e dell'ordinamento rispetto all'appartenenza razziale (*colorblindness*) e nemmeno cristallizzazione della razza in termini identitari, bensì piuttosto eguaglianza sostanziale¹⁰².

Ad essere problematico, in questa prospettiva, non è allora lo strumento dell'azione affermativa in sé considerato, bensì il rifiuto – radicato nella giurisprudenza della Corte Suprema – di riconoscerne la funzione trasformativa come profilo centrale anche sul piano della sua giustificazione razionale. Curvare l'azione affermativa sulla *diversity*, allontanandola dalla sua più profonda funzione sovversiva di equilibri di potere consolidati, ha finito per trasformarla in qualcosa di diverso, enfatizzando i suoi profili di contatto con le politiche dell'identità (più ancora che con il paradigma antidiscriminatorio) piuttosto che – appunto – su più solide politiche per l'uguaglianza e per l'integrazione, capaci di unire il profilo identitario con la considerazione delle concrete condizioni di vita¹⁰³.

Aver preferito il “*conciliatory language of diversity*” allo “*emancipatory language of justice*”¹⁰⁴ avrebbe dunque determinato, in definitiva, lo scollamento dell'inquadramento giuridico delle azioni affermative non solo dalle origini profonde del razzismo strutturalmente presente negli Stati Uniti ma dalle stesse radici della disuguaglianza¹⁰⁵. La *diversity* – in altri termini – non ha nulla a che vedere con le più profonde ragioni strutturali della razzializzazione delle persone non bianche¹⁰⁶, specie se di essa si

declinazione neutra e formalistica dell'eguaglianza in *SFFA* sia in realtà l'altra faccia della medaglia di una «*transparent racial lens*» (p. 201) vale a dire della «*tendency of Whites to not think about their whiteness; to not consider how norms, behaviors, perspectives, and expectations in our society have all been built around and defined around the experiences of Whites; and to fail to appreciate how those norms, perspectives, and expectations are then imposed upon people of color in ways that systemically disadvantage people of color and routinely advantage white people*» (p. 202).

¹⁰² Cfr. E. McDonough, *The Limits of Equality*, cit., p. 74.

¹⁰³ Ciò chiama in causa, evidentemente, le diverse comprensioni dell'eguaglianza e dunque i diversi canoni interpretativi della *Equal Protection Clause*. Sul punto, cfr. L.C. Bollinger, *What Once Was Lost Must Now Be Found: Rediscovering an Affirmative Action Jurisprudence Informed by the Reality of Race in America*, in *Harv. Law Rev.*, 2016, p. 281 ss. il quale osserva come – in conseguenza di tale approccio – a risultare distorta sia la stessa funzione della Clausola che, da «*shield protecting the less powerful and the historically oppressed*» diviene «*a sword in the service of maintaining the status quo*» (pp. 284-285).

¹⁰⁴ È la sintesi, molto efficace, di Y. Joshi, *Racial Equality Compromises*, in *California Law Rev.*, 2023, p. 529 ss., 577.

¹⁰⁵ Così, ancora, L.C. Bollinger, *What Once Was Lost Must Now Be Found*, loc. ult. cit.

¹⁰⁶ Lo osserva C.S. Diver, *From Equality to Diversity: The Detour from Brown to Grutter*, in *Univ. of Illinois Law Rev.*, 2004, p. 691 ss. In particolare, al termine di una serrata critica

assecondano letture riduttive e meccanicistiche. Tale complesso di limiti è confermato proprio da *SFFA*, il cui percorso argomentativo appare condizionato, peraltro, da una lettura del tutto riduttiva del canone della *diversity* e dall'integrazione – nella costruzione dello *standard* di adeguatezza – del criterio della misurabilità che la maggioranza ricava dall'opinione dissenziente di Justice Alito nella decisione *Fisher II*. In altri termini – e qui risiede forse il nodo decisivo e forse il più significativo elemento di novità della decisione – non è più sufficiente che le misure affermative siano *narrowly tailored* rispetto all'obiettivo: l'adeguatezza deve essere valutata alla luce della misurabilità dell'obiettivo stesso e, dal momento che lo stesso è *inescapably imponderable*, risulta impossibile assicurare uno *standard of review*. Un aspetto, quest'ultimo, che si lega – meccanicamente – alla altrettanto rigida interpretazione del termine temporale di venticinque anni evocato da O'Connor in *Grutter*.

Tanto la questione della misurabilità quando l'enfasi posta sui limiti temporali delle azioni affermative deriva – peraltro – da una lettura alquanto riduttiva della sentenza *Grutter* e della declinazione della *diversity* che essa aveva fornito. In particolare, rispetto a *Grutter* la Corte ignora completamente tanto i nessi tra la *diversity* e la libertà accademica quanto – e ciò se possibile è ancor più grave, ferma restando la strutturale fragilità del canone – il suo rapporto con il nesso tra educazione e costruzione della cittadinanza (sull'educazione, cioè, come dispositivo di integrazione della comunità politica): un nesso che Sotomayor, molto condivisibilmente, fa risalire a *Brown* (come in parte notato già dalla giudice O'Connor nell'opinione di maggioranza proprio in *Grutter*). La riduzione della *diversity* – in *SFFA* – quasi a mero fattore estetico ne determina, per un verso, lo schiacciamento su paradigmi di lettura in termini identitari (che la rendono, se possibile, ancora più fragile) e, d'altro canto, è funzionale ad assottigliarne ulteriormente – fino a renderlo impercettibile – il rapporto con la promozione dell'eguaglianza anche in senso sostanziale. Non stupisce, allora, che critica della misurabilità e riaffermazione acritica del *logical end point* si tengano in un approccio alle azioni affermative – e all'eguaglianza – radicalmente refrattario rispetto ai contesti e alle condizioni strutturali della

dei limiti del ricorso alla *diversity* come giustificazione del trattamento differenziato e degli obiettivi proclamati come sottesi ad esso (dal favorire la pluralità dei punti di vista, al valore della razza in sé, al profilo della legittimazione della classe dirigente fino alla libertà accademica), Diver conclude affermando che non solo la *diversity* è criterio del tutto inadeguato (p. 712) ma soprattutto che esso «sanctions the use of race for instrumental reasons nominally divorced from the historical conditions that made race so toxic a criterion for allocating governmental benefits and burdens» (p. 722, enfasi aggiunta).

disuguaglianza¹⁰⁷. Ciò risulta con particolare evidenza nell'opinione concorrente del giudice Thomas, in cui la riduzione della *diversity* in termini quasi caricaturali discende direttamente dalla critica serrata del paradigma antisubordinazione e dalla sostanziale neutralizzazione della *Equal Protection Clause*. La Corte nega quindi – per bocca della maggioranza e del giudice Thomas – qualunque virtualità rimediale e trasformativa della *Equal Protection Clause*: l'idea, cioè, che la costruzione di eguaglianza (anche attraverso azioni affermative) possa rispondere a logiche di tipo aspirazionale (lo sottolinea esplicitamente la giudice Jackson nella sua opinione dissenziente) e, appunto, trasformativo. Secondo Thomas, l'unica possibile lettura del XIV emendamento – in chiave originalista – è invece quella che dà adito a una *colorblindness* di carattere formale¹⁰⁸.

In questa prospettiva – come sostiene l'opinione di maggioranza – eliminare le discriminazioni razziali significa eliminarle completamente (*all of it*). Nessun trattamento differenziato è, insomma, ammissibile, «*whether intended to help or to hurt*»¹⁰⁹. Simile ricostruzione viene accusata, dalla

¹⁰⁷ La rigida interpretazione del termine dei venticinque anni – come osservato anche da S. Leone, *Costituzione americana e razza ancora allo specchio*, p. 47 (in nota) – deriva direttamente dall'opinione separata (in parte concorrente e in parte dissenziente) di Thomas nella stessa decisione *Grutter*. I rischi del riferimento contenuto nell'opinione di maggioranza al termine temporale furono colti da Ruth Bader Ginsburg che, nella sua opinione concorrente (dedicata esclusivamente a tale profilo della decisione) osservò – sulla base di una passionata considerazione del contesto di persistente subordinazione della popolazione non bianca negli Stati Uniti – che la prospettazione di un termine temporale poteva al più essere interpretata in termini di mero auspicio («*one may hope, but not firmly forecast*», Ginsburg, *concurring*, p. 346). L'incoerenza della fissazione del termine rispetto a una esigente (e non ipocrita) considerazione dello stesso concetto di promozione della *diversity* è ben sottolineata da J.M. Balkin, *Plessey, Brown, and Grutter*, cit., p. 1725-1726 (in nota). In altri termini, anche l'insistenza sul termine temporale – come dimostra proprio *SFFA* – conferma che, come osservato da D. Bell, *Diversity's Distractions*, cit., pp. 1626-1627, il ricorso e il consolidamento del canone della *diversity* sia stato funzionale a neutralizzare la portata delle *affirmative action*.

¹⁰⁸ Thomas – seguito in questo dall'opinione concorrente di Gorsuch – ritiene di ricavare tale lettura direttamente dall'opinione dissenziente di Harlan nella decisione *Plessey v. Ferguson* del 1896; ciò attira le critiche serrate dei dissenzienti, che contestano radicalmente la lettura in chiave formalistica di una opinione – quella di Harlan – che mirava a criticare la regola del *separate but equal* anzitutto a partire dai concreti assetti di subordinazione nelle relazioni tra razze, insistendo – in aperta contrapposizione con la maggioranza – proprio sulla capacità della Costituzione (e della legislazione) di trasformare e sovvertire tali assetti.

¹⁰⁹ *SFFA*, cit. Thomas, *concurring*, p. 2. In modo non dissimile, già Roberts in *Parents Involved in Community Schools v. Seattle School Dist. No. 1*, 551 U.S. 701 (2007) aveva osservato

minoranza, di superficialità e di *flatness*¹¹⁰. La *Equal Protection Clause*, sostiene la minoranza, va letta in chiave trasformativa, attenta cioè alla correzione dei processi storici di razzializzazione – e cioè di concreta subordinazione e umiliazione – della popolazione nera: e in questa declinazione della *Equal Protection Clause* è riconosciuto un profilo di continuità che lega *Brown v. Board of Education*, *Grutter* e *Fisher*. Costruire l'eguaglianza richiede il riconoscimento delle disuguaglianze e il loro superamento, e non certo la loro cancellazione in termini formali.

7. Azioni affermative e trasformazione della realtà. Un cammino inconcluso

La distanza, come si vede, non potrebbe essere maggiore e nasconde – a ben vedere – opzioni radicalmente diverse in merito alla stessa formula di convivenza. Da una parte, l'affermazione di un'eguaglianza solo formale, che affida il superamento delle disuguaglianze ai meriti individuali: ciò che importa non sono le barriere che i neri incontrano sul loro cammino, ma il modo in cui decidono di affrontarle¹¹¹. Dall'altra, una ben più esigente articolazione del rapporto tra eguaglianza ed esperienza giuridica (e politica), in cui coesione e giustizia sociale sono l'esito di una positiva azione politica, tradotta in strumenti giuridici efficaci e adeguatamente sintonizzati sulla realtà¹¹².

Più in particolare, l'intreccio tra ostilità alle azioni affermative e opzione per una *colorblindness* declinata in senso esclusivamente formale si basa – come ben dimostra l'opinione concorrente di Thomas – sul malinteso presupposto di far prevalere la libertà dei singoli sul (presunto) paternalismo insito nelle politiche per l'eguaglianza o, nei termini usati dai conservatori, di assicurare una *equality of opportunities* piuttosto che una *equality of results*¹¹³.

Si tratta, a ben vedere, di una contrapposizione fuorviante. Da un lato, infatti, schiacciare le *affirmative action* sull'eguaglianza di risultati è riduttivo e poco coerente con l'effettiva articolazione delle politiche per l'eguaglianza, rivolte piuttosto a favorire la rimozione di ostacoli; dall'altro, la *equality of*

che «*the way to stop discrimination on the basis of race is to stop discriminating on the basis of race*» (p. 748).

¹¹⁰ *SFFA*, cit., Jackson, *dissenting*, p. 25.

¹¹¹ *SFFA*, cit., Thomas, *concurring*, p. 51.

¹¹² *SFFA*, cit., Sotomayor, *dissenting*, p. 48.

¹¹³ Sul punto v. R.B. Siegel, *Race-Conscious but Race-Neutral: The Constitutionality of Disparate Impact in the Roberts Court*, in *Alabama Law Rev.*, 2015, p. 653 ss., 663.

opportunities non può essere a sua volta schiacciata sul dato della libertà formale ma, semmai, tenere conto dei contesti e delle condizioni strutturali in cui la libertà si esercita e sui quali il diritto può e deve intervenire in chiave di promozione dell'eguaglianza. L'alternativa non è dunque tra libertà e paternalismo, né è possibile declinare la promozione dell'eguaglianza esclusivamente in chiave di limitazione della libertà: tale impostazione appare piuttosto funzionale, storicamente e nell'attualità, a posizioni di stampo neo-conservatore che – proprio come avvenuto in *SFFA* – fanno premio su una declinazione formalistica dell'eguaglianza per cristallizzare, facendosi scudo della protezione della libertà, squilibri e assetti strutturalmente diseguali secondo la logica di una “*reactionary colorblindness*”¹¹⁴.

La faticosa ricerca di un «*broader contextualized standard of review*»¹¹⁵ si lega infine alla ricerca – altrettanto faticosa e, per il momento, destinata a non trovare ascolto da parte della Corte Suprema, proprio a causa dell'ostinata declinazione in senso formale delle interpretazioni della *Equal Protection Clause*, quantomeno in relazione alla *colorblindness*¹¹⁶ – di un efficace modello giuridico di inquadramento dell'uso (diversificato) della razza quale possibile criterio di orientamento di politiche per l'eguaglianza. In questa prospettiva, pare ancora assai suggestiva l'opinione dissenziente di Ruth Bader Ginsburg in *Gratz v. Bollinger* – che, non a caso, viene citato nell'opinione dissenziente di Sotomayor in *SFFA* – nel quale si sottolinea la necessità di distinguere, in sede di valutazione della giustificazione del trattamento differenziato, a seconda del modo in cui la razza è usata: di considerare cioè in modo diverso politiche di inclusione (finalizzate a garantire una *full citizenship stature*) e di esclusione¹¹⁷ sulla base di una adeguata *sintonizzazione* del giudizio di eguaglianza sulla realtà. La stessa qualificazione della razza come categoria sospetta non va interpretata in termini assoluti, bensì storicizzata e – quindi – curvata sulla premessa che, nella storia degli Stati Uniti, la razza è stata usata per subordinare: e quindi, «*the Constitution is*

¹¹⁴ In questo senso, e anche per una efficace ricostruzione storica, si v. E. McDonough, *The Limits of Equality*, cit., specie p. 58 ss.

¹¹⁵ Così N. Gotanda, *A Critique of Our Constitution is Color-Blind*, cit., p. 46 ss., 61.

¹¹⁶ Atteggiamento già stigmatizzato, ad esempio, da R.F. Moran, *The Unbearable Emptiness of Formalism*, cit., p. 830 («*Because the Court emphasizes categorical labels rather than histories of discrimination and persistent inequities, it has no way to distinguish between benign and malign uses of race*»).

¹¹⁷ *Gratz*, cit., Ginsburg, *dissenting*, p. 301.

color conscious to prevent discrimination being perpetuated and to undo the effects of past discrimination»¹¹⁸.

Il problema, in altri termini, non è la considerazione della razza in sé ma la direzione in cui muove quell'uso e cioè, ancora una volta, il rapporto tra uso della razza e superamento delle dinamiche di razzializzazione. Questo tentativo va collocato nel passaggio – lento, faticoso e soprattutto recessivo nel quadro statunitense – da una declinazione intenzionale e “agent-centered”¹¹⁹ della discriminazione a una comprensione delle disuguaglianze in senso sostanziale e strutturale. Allo stesso tempo esso si lega – come dimostrano anche le opinioni dissenzienti in *SFFA* – alla scelta di storicizzare e contestualizzare il giudizio di eguaglianza, e cioè di curvarlo non solo verso il concreto vissuto di diseguaglianza ma anche – e soprattutto – sul contesto storico-sociale che lo ha reso possibile e confermato nel tempo: in una parola, operare il giudizio di eguaglianza alla luce dei processi storici di razzializzazione e subordinazione favorendo una coscienza – che si vorrebbe sempre più raffinata – del nesso tra politiche per l'eguaglianza e trasformazione delle esperienze e dei contesti.

In questa prospettiva, la Costituzione non è sempre *color-blind* o sempre *color-conscious* ma, piuttosto, assume queste due diverse coloriture – nell'interpretazione – a seconda del tipo di *situazione* che ha occasionato il giudizio di eguaglianza. Non stupisce allora che la posizione opposta – che poi è quella della maggioranza in *SFFA* e, ancor di più, dell'opinione concorrente di Thomas – unisca a una declinazione formalistica del giudizio di eguaglianza – e dello stesso criterio della *colorblindness* – il rifiuto di riconoscere il portato dei processi di razzializzazione, quindi, la tendenza a disconnettere le classificazioni razziali dal loro concreto significato

¹¹⁸ Ivi, p. 302, corsivo aggiunto. Sul punto cfr. anche R. Bader Ginsburg (con D.J. Merritt), *Affirmative Action: An International Human Rights Dialogue*, in *Journal of Const. Law*, 2020, p. 9 ss. Tale posizione si lega – come emerge in parte già nell'opinione dissenziente di Ginsburg in *Adarand* – anche a una più equilibrata declinazione del rapporto con il processo politico e, in particolare, alla considerazione del tipo di decisione (politica) all'esame della Corte: altro è, cioè, che la maggioranza decida di discriminare componenti minoritarie, altro è – invece – che la maggioranza decida di imporre «*incidental costs on the majority of their constituents in order to provide a benefit to a disadvantaged minority*» (così l'opinione dissenziente del giudice Stevens nella sentenza *Adarand*). In prospettiva non dissimile già Ely aveva invitato a considerare il quadro più ampio delle motivazioni che inducono la maggioranza bianca a prendere in considerazione la razza; se lo fa per includere, anche pregiudicando sé stessa, non si può ascrivere all'uso della razza un intento razzista e, dunque, contrario alla *Equal Protection Clause* (J.H. Ely, *The Constitutionality of Reverse Racial Discrimination*, cit., p. 734 ss.).

¹¹⁹ Così M. Kelly Carr, *The rhetorical invention*, cit. p. 39.

sociale¹²⁰. Appare dunque cruciale riflettere su libertà ed eguaglianza “in situazione”, vale a dire sulle concrete condizioni in cui la libertà si esercita e, quindi, sulla sua effettività anche al fine di tematizzarne compiutamente e in concreto il nesso con l'eguaglianza: «*baselines in the United States are still not race-neutral*»¹²¹ ed è per questo che la *colorblindness* può al più rappresentare una aspirazione la quale – proprio per questo – ben può giustificare azioni affermative.

In questo quadro, una troppo rigida polarizzazione tra eguaglianza di opportunità ed eguaglianza di risultati rischia di depotenziare la consapevolezza – pur presente, come si è visto, nel dibattito statunitense – che l'azione affermativa non esaurisce la propria funzione in una logica puntualmente rimediabile ma può avere effetti trasformativi¹²², nella misura in cui essa non si muove nel vuoto ma in un preciso contesto di discriminazioni strutturalmente condizionate e storicamente condizionate¹²³. Ancor più in profondità, ad essere in gioco è in definitiva la

¹²⁰ Sul complesso rapporto tra classificazioni razziali e processi di subordinazione della popolazione non bianca v. ancora N. Gotanda, *A Critique of Our Constitution is Color-Blind*, cit., p. 43 ss. Nel senso che una riflessione sulla razza non possa che essere – al tempo stesso – una riflessione sul potere e che, quindi, non possa esservi spazio per una neutralizzazione delle classificazioni in base alla razza (qualunque ne sia la motivazione), v. G. Zanetti, *Critical Race Theory*, cit., p. 44.

¹²¹ Così R.B. Siegel, *Race-Conscious but Race-Neutral*, cit. p. 688.

¹²² La distinzione tra rimedi *affermativi* e rimedi *trasformativi* è prospettata da R.B. Siegel, *From Colorblindness to Antibalkanization*, cit., p. 1358 – peraltro in dialogo con Nancy Fraser – e mette in luce, ancora una volta, la necessità di politiche rivolte alla costruzione di eguaglianza mediante un intervento di trasformazione e sovversione delle condizioni strutturali della disuguaglianza. Ciò è particolarmente evidente proprio con riferimento al sistema universitario statunitense (si v. sul punto le interessanti considerazioni di E. Grande, *Affirmative action: game over per la SCOTUS*, in *Questione Giustizia*, 4 luglio 2023, questionegiustizia.it): in quel contesto, non è infatti detto che favorire in termini affermativi l'accesso a un sistema intrinsecamente diseguale (a partire dall'asse del reddito) possa considerarsi misura di trasformazione delle condizioni della disuguaglianza. Sul punto v. ora, anche per gli intrecci con il paradigma meritocratico e la critica ad esso, le considerazioni di A. Di Martino, *Accesso all'università e aporie dell'eguaglianza*, cit., specie par. 2.2. L'alternativa tra rimedi affermativi e rimedi trasformativi non deve tuttavia condurre a sottovalutare l'impatto potenzialmente trasformativo delle stesse azioni affermative che – come osservato da Ruth Bader Ginsburg – hanno un potenziale strutturalmente rimediabile, insito nella loro capacità di «*redress historic and lingering deprivations of the basic civil right to equality*», la quale non esclude una dimensione trasformativa proprio perché l'azione affermativa è anche «*means to advance the economic and social well-being of women, racial minorities, and others born into groups or communities that disproportionately experience poverty, unemployment, and ill health*» (così Ead., *Affirmative Action*, cit., p. 10).

¹²³ Cfr. M.F. Crusto, *A Plea for Affirmative Action*, cit., p. 207.

Angelo Schillaci

*Inequality is not inevitable. Comprensioni dell'eguaglianza, razza
e azioni affermative nell'esperienza costituzionale statunitense*

stessa *fiducia* nelle possibilità del diritto – compresa la legislazione¹²⁴ – di trasformare le condizioni strutturali della disuguaglianza, assumendo l'eguaglianza come compito rivolto non a favorire chi intraprende un determinato percorso di vita e di esperienza, ma a riparare gli ostacoli strutturali – le “*damaged lanes*” – che rendono quel percorso, per alcune persone, più accidentato¹²⁵.

¹²⁴ Una certa deferenza verso la capacità del processo politico (a livello federale) di articolare efficaci politiche di promozione dell'eguaglianza era presente nell'opinione dissenziente di Ginsburg in *Adarand*. Si tratta di una posizione peraltro significativa, che ricorda – per certi versi – la critica rivolta dalla stessa Ginsburg alla sentenza *Roe v. Wade* nel noto intervento del 1985 sulla *North Carolina Law Review* (*Some Thoughts on Autonomy and Equality in Relation to Roe v. Wade*, in *North Carolina Law Rev.*, 1985, pp. 375 ss.).

¹²⁵ Come afferma infatti K.W. Crenshaw, *Framing Affirmative Action*, cit.: «*the problem affirmative action seeks to address is not damaged runners, but damaged lanes that make the race more difficult for some competitors to run than others*» (p. 132, enfasi aggiunta).

Angelo Schillaci

Inequality is not inevitable. Comprensioni dell'eguaglianza, razza e azioni affermative nell'esperienza costituzionale statunitense

ABSTRACT: The paper analyzes the case-law of the Supreme Court of the United States regarding race-conscious affirmative actions, with reference to university admissions, highlighting its implications on the different understandings of equality in the United States. Specifically, the paper shows how the configuration of the equality judgment in formal terms has been accompanied – in the case of university admissions – by the identification of diversity as a rationale, avoiding any consideration of racial justice. Any acknowledgment of the deeper causes and implications of preferential treatments is therefore excluded, together with the possibility of the interpretation of the Equal Protection Clause to contribute to the transformation of the structural conditions of inequality.

KEYWORDS: Equal Protection Clause, Race – Affirmative Action – Supreme Court – University admissions

Angelo Schillaci – Professore associato di Diritto pubblico comparato, Sapienza - Università di Roma (angelo.schillaci@uniroma1.it)

How Greedy They Are: un discorso sui costi della higher education negli Stati Uniti dal New Deal ai giorni nostri*

Lorenzo Serafinelli

SOMMARIO: Sommario: 1. Premessa. – 2. Una fuggevole parentesi dell'*higher education* come bene pubblico: il varo del G.I. Bill dopo la Seconda guerra mondiale. – 3. La svolta di Truman, lo stile paranoide e l'anti-comunismo: l'affermazione dell'*higher education* come bene privato. – 4. Una vicenda paradigmatica: la professione forense anti-comunista e l'abbozzo di un sistema di prestiti per finanziare l'educazione dei giuristi statunitensi. – 5. La corsa allo spazio e lo sguardo all'insù: come la Guerra Fredda ha plasmato l'educazione e l'approvazione del National Defense Student Loan Program. – 6. La dichiarazione di guerra alla povertà: Johnson, l'Higher Education Act del 1965 e il conio del sistema dei prestiti d'onore. 7. Tra modernizzazione e valori identitari: Nixon e i dilemmi del finanziamento dell'*higher education*. – 8. Un biennio cruciale (1978-1979): Carter e l'iniziativa del Middle Income Student Assistance Act. – 9. L'agenda liberista come patrimonio culturale statunitense: Ronald Reagan e i *greedy college*. – 10. Una breve digressione sulla *legal education* negli anni '80: tra particolare e generale. – 11. La dissoluzione dell'Unione Sovietica e l'avvento del capitalismo selvaggio: ovvero dell'acquisizione del monopolio del mercato sull'*higher education*. – 12. Clinton sancisce definitivamente la fine del *Big Government*, ma non nella gestione dei costi dell'*higher education*. – 13. La coesistenza di due programmi paralleli per il finanziamento dell'*higher education* ricorrendo ai prestiti federali. – 14. La generazione del debito: gli anni zero, l'esplosione del debito studentesco e l'adozione di interventi cosmetici come cura del problema. – 15. Il popolo più istruito della Terra: Obama e la riforma dell'*higher education* nel più ampio quadro della sua agenda politica. – 16. *Annus horribilis* 2011: la *legal education* quale cartina di tornasole delle criticità sistemiche in materia di istruzione. – 17. Da Trump a Biden, passando per la COVID-19: tra misure sospensive dei prestiti d'onore e di remissione dei debiti. – 18. Debito studentesco e giustizia razziale: lo sfondo del dibattito sull'annunciato giubileo dei prestiti d'onore. – 19. La scure della Corte Suprema statunitense sul piano di Biden di cancellazione dei debiti dovuti per l'*higher education*: «la questione non è se qualcosa vada fatto, ma chi abbia il potere di agire». – 20. A mo' di conclusione.

* L'articolo è stato sottoposto, in conformità al regolamento della Rivista, a *double-blind peer review*. L'articolo è parte del focus monografico "Corte Suprema statunitense, università, eguaglianza".

1. Premessa

Con il pronunciamento del 30 giugno 2023 reso dalla Corte Suprema degli Stati Uniti nel caso *Biden v. Nebraska*¹, in cui i *justice* hanno ravvisato un eccesso di potere nel programma di Biden di remissione generalizzata dei debiti studenteschi, la tematica del finanziamento dell'*higher education*² ha riacquisito centralità. Il presente saggio vuole offrire una ricostruzione del fenomeno dei costi dell'istruzione nell'esperienza giuridica indagata assumendo precise linee di analisi, che si servono del binomio "comparazione e storia"³ combinato con alcune metodologie di fondo mutate dall'intersezionalità⁴.

¹ 600 U.S. ____ (2023).

² Giova sin da subito una precisazione terminologica: con *higher education* ci riferiamo sia alla formazione universitaria al *college* sia a quella post-universitaria, quale ad esempio la frequenza di *law school* e *medical school*. Nel prosieguo, dunque, utilizzeremo la formula *higher education* come onnicomprensiva di tutti quei programmi di formazione per i quali opera il sistema dei prestiti d'onore per come concepito dall'Higher Education Act del 1965 e sue successive modifiche e integrazioni.

³ Cfr. M. Brutti, A. Somma (a cura di), *Diritto: storia e comparazione – Nuovi propositi per un binomio antico*, Frankfurt am Main, 2018 (su cui si v. pure le interessanti riflessioni svolte da P. Moreno Cruz, *Recensione a Diritto: storia e comparazione. Nuovi propositi per un binomio antico*, Massimo Brutti, Alessandro Somma (eds.), Berlin Max Planck Institute for European Legal History, in *Quaderni Fiorentini*, 2019, p. 642 ss.). Il connubio tra comparazione giuridica e storia costituisce, com'è noto, un *topos* nella letteratura comparatistica: già Gino Gorla rilevava che «storia e comparazione del diritto sono molto vicine. ... (N)on si può conoscere appieno ciascun termine della comparazione senza conoscerne ... la storia» (cfr. G. Gorla, voce *Diritto comparato*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XII, Milano, 1964, p. 930). Com'è altrettanto noto, questa formula è il rovescio del motto di Maitland secondo cui «History implies comparison» (v. F.W. Maitland, *Why the History of English Law is not Written*, in H.A.L. Fisher (ed.), *The Collected Papers of William Maitland*, vol. I, Cambridge, 1911, p. 488). Per ulteriori approfondimenti sul tema, senza pretesa di completezza, v. M. Graziadei, *Comparative Law, Legal History, and the Holistic Approach to Legal Cultures*, in *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, 1999, p. 531 ss.; J.-L. Halpérin, *Droit comparé et histoire du droit*, in *Quaderni Fiorentini*, 2001, p. 803 ss.; A. Somma, *Giochi senza frontiere. Diritto comparato e tradizione giuridica*, in *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 2004, p. 169 ss.; B. Sordi (a cura di), *Storia e diritto – Esperienze a confronto*, Milano, 2013, *passim*; P. Grossi, in M. Timoteo, *Grammatiche del diritto. In dialogo con Paolo Grossi*, Bologna, 2020, p. 57 ss.; da ultimo, G.F. Ferrari, *Comparazione e storia*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2021, p. 281 ss. Sul nesso tra storia e comparazione nello specifico contesto dell'esperienza giuridica statunitense, cfr. E. Grande, *Comparazione dinamica e sistema giuridico statunitense: analisi di una circolazione incrociata di modelli*, in *Quaderni Fiorentini*, 2000, p. 173 ss., spec. p. 186 ss.

⁴ Espressione coniata, com'è noto, da K. Crenshaw, *Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory and Antiracist Politics*, in *1 University of Chicago Legal Forum*, 1989, 1, p. 139 ss. e originariamente volta a fornire un apparato analitico critico attraverso il quale decostruire le regole

La coppia comparazione e storia, e dunque l'assunzione di una prospettiva diacronica nella disamina dell'esperienza giuridica statunitense rispetto ai costi della formazione superiore, è utile sotto un duplice punto di vista.

In ottica “orizzontale” (con ciò intendendosi il susseguirsi dei fatti che hanno portato dall'introduzione del sistema dei prestiti d'onore sino ai giorni nostri), l'osservazione del fenomeno lungo il suo arco temporale di sviluppo fornisce un supporto per dimostrare come le problematiche che attanagliano oggi l'*higher education* statunitense rappresentino la sedimentazione di deliberate scelte adottate e di determinate vicende avvenute nel corso del tempo, le quali si legano in maniera indissolubile con il quadro più ampio della storia statunitense e dei conflitti sociali di quel Paese.

In ottica “verticale”, invece, l'analisi ha consentito di guardare a ciascuna delle partizioni storiche cimentandosi con la presa in considerazione dei differenti attori e delle diverse spinte ideologiche, politiche, economiche, dunque giuridiche, che hanno contribuito a plasmare il meccanismo del debito privato per l'accesso alla formazione universitaria e post-universitaria. Sempre in questa prospettiva verticale, che dal generale della storia giuridica statunitense scende nelle sue pieghe particolari, abbiamo deciso di riportare alcuni precisi accadimenti che hanno coinvolto la professione forense e la *legal education*.

Tale scelta, oltre che determinata – come è intuibile – dall'interesse immediato nutrito in quanto giuristi, è altresì stata funzionale talvolta come caso di studio per confermare la validità di alcune proposizioni generali avanzate rispetto all'assetto complessivo statunitense, talaltra per dimostrare come i dibattiti svolti in quel particolare recinto del sapere si siano rivelati premonitori di tendenze che si sarebbero successivamente generalizzate a tutti gli altri ambiti. Il tutto nella presa di coscienza che ancora oggi la professione forense costituisce il motore immobile, l'“aristocrazia naturale” per dirla con Alexis de Tocqueville⁵, della classe dirigente negli Stati Uniti.

giuridiche per dimostrare come il *focus* posto sulle diverse identità, nella specie di “donna” e di “nera”, conducesse alla sistematica subordinazione delle donne. Sugli sviluppi e sullo stato dell'arte dell'analisi intersezionale, cfr. per tutti G. Marini, *Intersezionalità: genealogia di un metodo giuridico*, in *Rivista critica del diritto privato*, 2021, p. 473 ss.

⁵ È celeberrimo il passaggio in A. de Tocqueville, *La democrazia in America* (1835-1840), Milano, 2011, p. 272: «Se mi chiedessero dove metto l'aristocrazia in America, risponderei senz'altro: “non fra i ricchi ... ma nel banco degli avvocati o sul seggio dei giudici”».

Dal canto suo, il punto di vista intersezionale⁶ ci pare fornire un adeguato strumentario per dimostrare come l'intero costruito giuridico ricreato in materia di debito studentesco negli Stati Uniti abbia rappresentato la perpetuazione di alcune strutture di potere quali il razzismo e la stratificazione di classe, in una combinazione che ha reso, e continua a rendere, più vulnerabili alcuni individui rispetto ad altri. Specie se appartenenti ai gruppi storicamente discriminati.

Il richiamato punto di osservazione fornisce un angolo visuale privilegiato per indagare le vicende di una società, quella degli Stati Uniti, che pretende di essere post-razziale, e dove le linee della marginalizzazione vanno oramai ricercate nei molteplici rivoli di differenze etniche, culturali, sociali e politiche tortuosi e a geometria variabile. Nell'assunto di fondo dell'impossibilità di adottare una visione monodimensionale sulle regole operazionali che non tenga conto dell'analisi del potere, delle disparità sistemiche, delle condizioni strutturali e dei diversi interessi in gioco che – di volta in volta e nei diversi momenti storici – contribuiscono a rinforzare la soggiogazione di gruppi di individui nel dato contesto oggetto della ricerca. In ciò, il contributo dell'intersezionalità è indubbiamente utile: svolgendosi tutta sul piano della redistribuzione della forza giuridica, e cercando di comprendere quindi quali siano le asimmetrie e le disuguaglianze che il diritto contribuisce a nascondere e a riproporre, ci aiuta a gettare luce sul complesso di regole, su come vengono individuati i giocatori, sulla perimetrazione del terreno su cui il gioco si svolge e quale siano le poste in palio⁷.

Ma vi è di più: il metodo d'indagine prescelto è oltremodo utile poiché, in quanto strumento dinamico di scomposizione degli assi lungo cui si snodano le disuguaglianze, vale a dare forma ai nodi problematici per la loro consistenza storica data, contribuendo all'edificazione della sfera privata e alla delimitazione dei suoi contorni. Da qui la saldatura, imprescindibile, appunto con il binomio diritto e storia.

⁶ Cfr. G. Marini, *Intersezionalità*, cit., p. 475 ss., il quale parla appunto di «punto di osservazione», di «modo di pensare», di «condurre l'analisi dei problemi legati agli schemi dell'identità/differenza», e afferma come non sia esatto definire l'intersezionalità una teoria o un metodo.

⁷ V. in particolare ivi, p. 487, spec. nota 27, ove si fa constare come le regole di diritto siano in grado di determinare vincitori e vinti nei capillari conflitti presenti in società. Si v. pure le riflessioni svolte da M. Xifaras, *Il ruolo del diritto secondo la teoria critica: il caso della proprietà e dei beni comuni (I parte)*, in *Rivista critica del diritto privato*, 2021, p. 163 ss. e (*II parte*), ivi, p. 323 ss., nonché A. Negri, M. Hardt, *Una replica a Mikhail Xifaras*, ivi, p. 347 ss.

2. *Una fuggevole parentesi dell'higher education come bene pubblico: il varo del G.I. Bill dopo la Seconda guerra mondiale*

Occorre muovere i primi passi nel discorso sui costi della *higher education* partendo da alcune considerazioni di fondo che ci riportano agli anni del Secondo conflitto mondiale. In quel frangente, gli Stati Uniti erano una potenza in forte espansione industriale che si sarebbe tradotta di lì a poco in espressione di potenza geopolitica. Lo sviluppo tecnologico rendeva – con crescente pressione – necessario lo sviluppo di figure professionali in grado di gestire la transizione industriale. Tuttavia, nel 1940, i centri di formazione di tali figure, ovvero i *college* e i corsi di formazione *post-graduate* (*law school* incluse), erano scarsamente frequentati. Nel 1940, come riportano alcuni dati⁸, mentre la metà degli adolescenti statunitensi terminava la *high school*, solo il 9% si iscriveva al *college*. Questo stato di cose era destinato a mutare radicalmente in un ristretto arco di tempo.

Centrali furono alcune precise congiunture che si legavano allo sforzo bellico posto in essere dagli Stati Uniti. Negli anni che avevano preceduto l'entrata in guerra, l'idea di una formazione universitaria e post-universitaria quale viatico per il perseguimento dell'*American Dream* era sostanzialmente inesistente. All'indomani della crisi del 1929, la preoccupazione principale dell'Amministrazione federale era stata di fronteggiare la disoccupazione dilagante che aveva ampiamente superato la soglia psicologica del 20%⁹. Nel delineato quadro, la *higher education* rimaneva appannaggio di pochi, un percorso elitario perlopiù concentrato nelle aree metropolitane del New England.

Se ciò è vero, non va sottostimato come sotto la Presidenza di Franklin Delano Roosevelt vennero attuati degli strumenti capaci di accrescere la centralità della formazione collegiale nel discorso pubblico statunitense. Per come si dirà, l'obiettivo del meccanismo congegnato durante il New Deal non era tanto rivolto a profili emancipativi, ma aveva quale fine ultimo quello di limitare le rivolte sociali nell'ottica di pacificazione sociale. Benché esuli dal presente scritto un'analisi dettagliata della parentesi storica di cui si sta trattando, non può sottacersi come l'epoca rooseveltiana sia stata contraddistinta non tanto dalla predisposizione di

⁸ T.D. Snyder, *120 Years of American Education*, U.S. Department of Education – Office of Educational Research and Improvement, 1993, p. 76, reperibile su: <https://nces.ed.gov/pubs93/93442.pdf>.

⁹ R.A. Margo, *Employment and Unemployment in the 1930s*, in *7 Journal of Economic Perspectives*, 1993, 2, p. 41 ss., spec. p. 43.

misure che rispondessero a una visione di insieme della società da plasmare per fuoriuscire dalla crisi, quanto da interventi selettivi funzionali, da un lato, a rendere sempre più manifesta la corrispondenza biunivoca tra inclusione sociale e inclusione nel mercato, dall'altro, ad assicurare la pace sociale¹⁰. Come è stato convincentemente affermato, nel New Deal non c'era alcuna filosofia o approccio coerenti alla base della forma di interventismo di Stato e di azione politica intrapresa¹¹.

Quanto posto in risalto ci aiuta a meglio comprendere le dinamiche sottese all'approvazione di una prima forma di politica scolastica, ancorché limitata ai veterani di ritorno dalla guerra. Nelle sue linee essenziali, il Servicemen's Adjustment Act¹², comunemente chiamato G.I. Bill¹³, perseguiva l'obiettivo di assicurare loro l'accesso alla *higher education* ad un costo pressoché nullo. Il programma era particolarmente generoso in termini di spettro di spese coperte. Ciascun beneficiario riceveva degli assegni di disoccupazione, delle garanzie federali per l'accensione di mutui e 500 dollari da destinare alla formazione, nonché una somma mensile per il sostentamento (che oscillava dai 50 ai 75 dollari). Essenzialmente, quindi, con le rette e con le altre spese pagate, i veterani potevano avere accesso al mondo del lavoro senza dover onorare alcun debito.

In effetti, per la prima volta negli Stati Uniti i *college* e le scuole *post-graduate* erano diventate accessibili alle masse, a prescindere dalla loro estrazione sociale. Sul punto, si rendono necessarie due precisazioni. La prima riguarda le questioni razziali. Molti afroamericani, infatti, vennero esclusi, come riporta Jill Lepore, dal momento che numerose realtà universitarie situate in particolar modo nel Sud del Paese si rifiutavano di ammetterli. Solo uno su cinque, al 1946, si vide accolta la richiesta¹⁴. La seconda attiene alla questione di genere, dal momento che un numero

¹⁰ Sul punto, per meglio approfondire, cfr. E. Mostacci, A. Somma, *Gli Stati Uniti e il loro diritto*, Torino, 2024, p. 87-99 e la bibliografia ivi riportata.

¹¹ Cfr. K. Patel, *New Deal – Una storia globale* (2016), Torino, 2018, p. 155.

¹² Servicemen's Readjustment Act, Publ. L. 78-346, 58 Stat. 284 (1944). Per tutti, onde trarre una panoramica di insieme sul tema, cfr. M. Bennett, *When Dreams Come True: The GI Bill and the Making of Modern America*, Washington, 1996, *passim* e K. Frydl, *The GI Bill*, Cambridge, 2009, *passim*.

¹³ La sigla G.I., che originariamente designava il materiale impiegato per la produzione delle attrezzature militari, il *galvanized iron*, si è nel tempo accreditata come formula per indicare genericamente i soldati statunitensi. Cfr. H. Rawson, *Why Do We Say "G.I."?*, in 57 *American Heritage*, 2006, 2, reperibile su: https://web.archive.org/web/20080829172935/http://americanheritage.com/articles/magazine/ah/2006/2/2006_2_15.shtml.

¹⁴ J. Lepore, *These Truths: A History of the United States*, New York, 2020, p. 527 ss.

ridotto di donne poté godere dei benefici del piano. Quantunque queste avessero servito durante la guerra, la nomenclatura bellica definiva le loro unità come «civili», così di fatto facendo venire meno il requisito di base del G.I. Bill¹⁵. Di nuovo, ciò non stupisce, e – anzi – rafforza la validità della tesi sull'assenza nelle politiche del New Deal di qualsivoglia proposito emancipatore: insomma, un modello di governo che poneva l'accento su interventi selettivi nella perpetuazione di una certa idea di *élite* composta da uomini bianchi, anglosassoni e protestanti¹⁶.

Sia come sia, e sebbene l'idea ispiratrice fosse che l'educazione doveva considerarsi un bene pubblico¹⁷, molteplici erano gli scopi che animavano Roosevelt. In primo luogo, voleva placare gli animi dei *forgotten men*¹⁸ e scongiurare il ripetersi delle rivolte avvenute all'indomani della Prima guerra mondiale, quando i veterani disoccupati marciarono su Washington rivendicando a gran voce i bonus che il Governo aveva promesso, ma non erogato¹⁹. In secondo luogo, il G.I. Bill, oltre che dispositivo di conservazione della pace sociale, era uno strumento di salvataggio delle realtà universitarie dal fallimento, altrimenti inesorabile stante la penuria di studenti determinata dal conflitto. È indubbio che il proposito fu raggiunto: nel 1946, sui due milioni di statunitensi iscritti ai *college* e alle scuole *post-graduate*, la metà era rappresentata da veterani²⁰. Al riguardo, va riportato come effetto collaterale dell'imponente stanziamento federale (pari a 14,5 miliardi di dollari) fu la proliferazione di scuole *for-profit* nelle più disparate materie e fondate da investitori disinvolti alla ricerca di facili guadagni, come certificato da un'indagine del Congresso realizzata nel 1952²¹.

¹⁵ *Ibidem*.

¹⁶ Così K. Patel, *New Deal*, cit., p. 28 ss. e 104 ss.

¹⁷ Al riguardo, S. Daniels, *The Perennial (and Stubborn) Challenge of Cost, Affordability, and Access in Legal Education: "We Will Continue to Muddle Through"*, in M. Deo, M. Lazarus-Black, E. Mertz (eds.), *Power, Legal Education, and Law School Cultures*, Abingdon-New York, 2020, p. 126 ss.

¹⁸ In merito all'influenza dei veterani sul confezionamento delle politiche del *New Deal*, cfr. S.R. Ortiz, *Beyond the Bonus March and GI Bill: How Veterans Shaped the New Deal Era*, New York, 2010, spec. p. 66 ss.

¹⁹ La vicenda è riportata in *Bonus Expeditionary Forces March on Washington*, in *National Park Service*, reperibile su: <https://www.nps.gov/articles/bonus-expeditionary-forces-march-on-washington.htm#:~:text=In%20May%201932%2C%20jobless%20WWI,they%20really%20needed%20the%20money.>

Sui timori dell'Amministrazione federale, cfr. J. Mitchell, *The Debt Trap – How Students Loan Became a National Catastrophe*, New York, 2021, p. 15.

²⁰ V. *ivi*, p. 16.

²¹ House Select Committee to Investigate Educational, Training, and Loan Guaranty Programs under GI Bill, House Report no. 1375, 82nd Congress, 2nd Session,

I rilievi fin qui svolti valgono altresì per il comparto della *legal education*, che – in quegli anni – aveva subito una enorme contrazione degli iscritti. Esemplicativi di tale tendenza sono alcuni studi i quali, ancorché limitino il loro campo di indagine a specifiche realtà, rendono bene l'idea dell'impatto sull'educazione dei giuristi. Ad esempio, la Baylor's Law School in Texas riaprì nel 1946 sperimentando una rapida crescita del numero di iscritti, passando dai 102 di quell'anno a 402 nel 1949²². L'Iowa nel 1943 ne aveva registrati 23, passati nel 1947 a più di 500. Già nel 1950 il numero di studenti si era stabilizzato a 400. Secondo la storia ufficiale dell'Università le iscrizioni crebbero così tanto grazie al G.I. Bill²³. Un'indagine maggiormente strutturata è stata condotta sul Boston College e ha rilevato che l'Università era stata travolta dalla guerra: nel giugno del 1945, gli iscritti alla *law school* erano sei e la scuola si apprestava a dichiarare bancarotta²⁴. L'immediato dopoguerra, però, risollevò le sue sorti: i veterani di ritorno, provvisti di denaro ricevuto dall'Amministrazione federale, finanziarono di fatto l'ambiziosa trasformazione del Boston College Law School da realtà locale a istituzione a vocazione nazionale²⁵.

L'analisi sulla *legal education* conferma pure l'affermazione secondo cui il G.I. Bill fu strumentale al salvataggio di molte realtà che sarebbero state diversamente costrette alla chiusura. Ancora una volta, ciò trova conferma nel caso del Boston College: nel 1941 le sue riserve ammontavano a 32.000 dollari; nel 1943 erano scese a 1.693 dollari. L'innalzamento delle rette, pagate con i fondi del G.I. Bill, a 350 dollari, nel 1947, e a 400 nell'anno successivo, consentì di risanare abbondantemente la situazione economica, al punto da registrare nel 1948 un patrimonio di 162.000 dollari.

A differenza, tuttavia, dei corsi generalisti, dove – come accennato poco sopra – il G.I. Bill innescò la diffusione di scuole private da parte di investitori interessati a trarre profitto dai finanziamenti pubblici, nel contesto della formazione del giurista si verificò l'effetto opposto. Indirettamente, il Governo favorì selettivamente le *law school* riconosciute dall'American Bar Association, così accrescendo il potere di quest'ultima relativamente alla gestione dell'organizzazione della professione forense.

1952, reperibile su: <https://vetsedsuccess.org/wp-content/uploads/2018/10/1952-house-committee-report-gi-bill-fraud.pdf>.

²² V. *Baylor Law History*, in <https://law.baylor.edu/why-baylor-law/about/history>.

²³ Dati tratti da N. William Hines, *Law School History and Milestones*, reperibile su: <https://law.uiowa.edu/about/law-school-history-and-milestones>.

²⁴ B. Bigelow, *The impact of the GI Bill on Legal Education: A Case Study of Boston College Law School, 1949-1959*, in *Law School Publications*, 2004, Paper n. 51, p. 1 ss.

²⁵ Ivi, p. 3 ss. e 14.

Non si vedeva motivo, difatti, per iscriversi alle *proprietary law school*, scelte in precedenza per i loro costi inferiori, funzionali ad assicurare alle minoranze e alle donne di diventare avvocati. Nel 1947, erano 36.999 gli studenti iscritti in programmi di *law school* a tempo pieno, 407 a corsi pomeridiani, e 6.313 nelle scuole serali (111 in totale) accreditate all'American Bar Association (ABA)²⁶. Per converso, 47 erano le scuole non accreditate e i loro studenti rappresentavano ormai una porzione ridotta e in continua diminuzione: il 14.3%, per un totale di 7.296 studenti, 6.082 dei quali impegnati alle serali.

La contrazione del numero delle scuole *part-time* sarà nel lungo periodo uno dei fattori che produrrà l'innalzamento dei costi della *legal education*, in una pura logica di mercato di diminuzione dell'offerta dipendente dall'aumento dei costi. Negli anni dell'immediato dopoguerra, non era questa una preoccupazione avvertita: i sussidi federali avevano sterilizzato, pur se solo temporaneamente, il problema dei costi. L'esperimento del G.I. Bill era riuscito, ma la sua limitata portata avrebbe avuto profonde ricadute sull'avvenire dell'*education* negli Stati Uniti. L'idea che la formazione fosse un *public good* sarebbe di lì a poco divenuta recessiva, e su di essa si sarebbero abbattute la scure del maccartismo e la retorica dell'anti-comunismo, entrambi fenomeni imperanti negli anni '50 dello scorso secolo.

3. *La svolta di Truman, lo stile paranoide e l'anti-comunismo: l'affermazione dell'higher education come bene privato*

La stagione dell'educazione come bene pubblico, con la conseguente esigenza di misure congegnate da uno Stato interventore, era destinata quindi a risolversi in una breve parentesi. L'avvento di Harry Truman alla presidenza degli Stati Uniti aveva sancito la chiusura del capitolo New Deal e l'inizio di una fase della storia del Paese dove i timori del comunismo erano a tal punto pervasivi da permeare tutti gli ambiti della vita dei cittadini.

Sul versante internazionale, del resto, la Casa Bianca reagì all'istituzione del Comecon e alla conclusione del Patto di Varsavia con l'elaborazione della dottrina Truman, a mente della quale l'U.R.S.S. aveva mire espansionistiche alla cui neutralizzazione dovevano attendere gli Stati

²⁶ Cfr. R.B. Stevens, *Law School: Legal Education in America from the 1850s to the 1980s*, Chapel-Hill (NC), 1983, p. 205; J.T. Tinnelly, *Part-time Legal Education: A Study of the Problems of Evening Law Schools*, Brooklyn, 1957, *passim*; C. Kelso (ed.), *Study of Part-Time Legal Education*, Washington-D.C., 1972, *passim*.

Uniti d'America²⁷. La lotta al comunismo non veniva condotta solo al di fuori dei confini della Federazione. Vi era, altresì, un fronte interno, non meno caldo, che trovava linfa vitale nel sentimento viscerale anti-sovietico saldatosi con le paure di un conflitto nucleare²⁸. Il tutto aveva già condotto a detenzioni, licenziamenti, misure restrittive della libertà di espressione e di organizzazione dei gruppi discriminati e dei lavoratori, i quali si trovarono a dover rinunciare a gran parte dei benefici acquisiti in virtù del New Deal²⁹. A onor di cronaca, deve essere riportato come alcuni provvedimenti di marca espressamente anti-socialista vennero introdotti già durante l'era rooseveltiana.

È ad esempio il caso dell'Alien Registration Act del 1940³⁰, più noto – dal nome del deputato che se ne fece promotore – come Smith Act. La disciplina in questione era volta a sanzionare i comportamenti di chi promuoveva o incoraggiava il rovesciamento dell'ordine costituito e fu impiegato quale meccanismo di disapplicazione del I emendamento per reprimere la libertà di parola degli oppositori politici³¹. Non solo lo Smith Act faceva aleggiare sugli Stati Uniti lo spettro del maccartismo prim'ancora del suo avvento, ma anche il Labor Management Relations Act³² e l'Internal Security Act³³, rispettivamente del 1947 e del 1950, contribuirono significativamente ad accrescere la paura rossa. Il primo, meglio conosciuto come Taft-Hartley Act, venne adottato dopo un'ondata di scioperi nel biennio 1945-1946 ed era funzionale a limitare le libertà sindacali ottenute durante la Presidenza Roosevelt, introducendo – tra l'altro – l'obbligo per le dirigenze sindacali di fare pubblica dichiarazione di estraneità alle organizzazioni comuniste. Il secondo provvedimento, noto pure come McCarran Act, aveva invece introdotto l'obbligo di registrazione per tutte le organizzazioni ritenute comuniste e aveva istituito una commissione deputata alla sorveglianza delle loro attività (il Subversive Activities Control

²⁷ Il tutto, sulla scorta delle teorie sviluppate da G.F. Kennan, *The Source of Soviet Conduct*, in 25 *Foreign Affairs*, 1947, 4, p. 566 ss.

²⁸ Per approfondimenti, v. E. Mostacci, A. Somma, *Gli Stati Uniti e il loro diritto*, cit., p. 115-119.

²⁹ Senza pretese di esaustività, si rinvia a R.O. Boyer, H.M. Morais, *Storia del movimento operaio negli Stati Uniti 1861-1955* (1955), Bari, 1974, p. 505 ss.

³⁰ Alien Registration Act, Publ. L. 76-670, 54 Stat. 670, Ch. 439 (1940).

³¹ In argomento, M.A. Jones, *Storia degli Stati Uniti d'America. Dalle prime colonie inglesi ai giorni nostri*, 2° ed., Milano, 1995, p. 454 ss.

³² Labor Management Relations Act, Publ. L. 80-101, 61 Stat. 136 (1947).

³³ Internal Security Act, Publ. L. 81-831, 64 Stat. 987 (1950).

Board), occupata in particolare a scovare chi avesse promosso con qualsiasi mezzo la «dittatura totalitaria».

Come tutto quanto riportato faccia il paio con il tema della *higher education* e dei suoi costi è presto detto. Nella temperie culturale che abbiamo descritto succintamente, il Presidente Truman costituì nel 1946 un gruppo di lavoro con il fine manifesto di redigere uno schema per il finanziamento della frequenza del *college*. Truman si rivolse a tal fine a George Zook, uno dei più importanti lobbisti nel settore, nominandolo a capo della commissione incaricata³⁴. Il *report* finale realizzato etichettava la formazione come un diritto di nascita minacciato dalle rette universitarie troppo elevate che stavano rendendo impossibile l'iscrizione al *college* per gli studenti provenienti da famiglie a basso reddito. Concludeva raccomandando al governo di rendere gratuiti i primi due anni di formazione collegiale e di offrire un numero contenuto di borse di studio per gli studenti durante il restante biennio³⁵.

La reazione del Congresso fu lapidaria: la rivalità con l'Unione Sovietica, difatti, chiudeva le porte a ogni misura che solo lontanamente potesse essere in odore di socialismo. L'era del *Big Government* di rooseveltiana memoria aveva subito una definitiva battuta di arresto. I repubblicani, che detenevano la maggioranza in Parlamento, avevano vinto la competizione elettorale con argomenti a favore del mondo libero contro il comunismo. Va da sé che tacciassero gli aiuti federali alla formazione come a una misura socialista³⁶. Il tutto non stupisce: nel giro di pochi anni, il discorso pubblico e la politica statunitense, come sostenuto da Richard Hofstadter, avrebbero assunto uno stile paranoide, con ciò intendendosi le

³⁴ Su queste dinamiche, cfr. J. Mitchell, *The Debt Trap*, cit., p. 17.

³⁵ Il testo integrale del *report*, intitolato *Higher Education for American Democracy – A Report of the President's Commission on Higher Education*, pubblicato nel 1947 in sei volumi, è accessibile al seguente indirizzo: <https://archive.org/details/in.ernet.dli.2015.89917/page/n355/mode/2up>. Sui lavori della Commissione si è formata una certa letteratura: senza pretese di completezza, cfr. G. Gilbert, D.E. Heller, *The Truman Commission and its Impact on Federal Higher Education Policy From 1947 to 2010*, in 84 *Journal of Higher Education*, 2013, 3, p. 417 ss. e la bibliografia ivi citata; N.M. Strohl, *The Truman Commission and the Unfulfilled Promise of American Higher Education*, Ph.D. Thesis unpublished, Madison, 2018, reperibile al seguente indirizzo <https://www.proquest.com/docview/2268337923?sourcetype=Dissertations%20&%20Theses>; da ultimo, E.W. Ris, *Higher Education Deals in Democracy: The Truman Commission Report as a Political Document*, in 54 *Change*, 2022, 1, p. 17 ss.

³⁶ Spunti in merito si ritrovano in J. Mitchell, *The Debt Trap*, cit., p. 17.

qualità di esagerazione, sospettosità e fantasia cospiratoria con cui gli statunitensi vedevano il mondo e si esprimevano³⁷.

In particolare, i repubblicani avevano elaborato una serie di teorie stando alle quali era in atto una grande trama comunista per smantellare le istituzioni e lo stile di vita americani. Alcuni, appunto, credevano all'esistenza di una cospirazione moderna, perpetuata anche da cittadini statunitensi a danno dei compatrioti. Eminentissime figure pubbliche erano considerate parte di questo ordito: lo stesso Roosevelt, Frankfurter, Warren, il Segretario di Stato Marshall. Proprio il New Deal, per la destra paranoide, avrebbe costituito l'apice di un progetto atto a portare l'economia statunitense sotto l'egida del Governo federale per così, poi, con l'indebolimento del sistema capitalistico, aprire le porte al socialismo e al comunismo³⁸. Altri ritenevano che i comunisti avessero penetrato i più alti ranghi burocratici, al punto che la politica nel suo complesso risultava dominata da figure sinistre che avevano svenduto gli Stati Uniti. Infine, altri ancora credevano che il Paese fosse stato infiltrato da una vasta rete di agenti comunisti capillarmente diffusa nell'apparato governativo, nell'istruzione, nelle istituzioni religiose, nella stampa e nei mezzi di comunicazione.

Ciò che documenta meglio il periodo che stavano attraversando gli Stati Uniti è l'accusa presentata dal senatore McCarthy in Senato il 14 giugno del 1951, rimaneggiata e pubblicata in un secondo momento con il titolo *The America's Retreat from Victory: The Story of George Catlett Marshall*, dove l'autore descrive il Segretario di Stato come l'eminenza grigia di un grande piano socialista³⁹. Gli Stati Uniti sarebbero entrati di lì in avanti in un vortice di isteria collettiva, ben simboleggiata dell'uscita nel 1953 dell'opera di Arthur Miller, *The Crucible*.

4. *Una vicenda paradigmatica: la professione forense anti-comunista e l'abozzo di un sistema di prestiti per finanziare l'educazione dei giuristi statunitensi*

Abbiamo menzionato in apertura del lavoro come il contesto della *legal education* metta a disposizione un punto di vista privilegiato dal quale osservare le dinamiche dei costi nell'istruzione statunitense. Il momento storico in esame non fa eccezione e, ancora una volta, certifica la

³⁷ R. Hofstadter, *Lo stile paranoide nella politica americana* (1964), Milano, 2021, p. 11 ss.

³⁸ Ivi, p. 48 ss.

³⁹ Ivi, p. 49 ss.

compenetrazione tra storie particolari e storia generale nell'esperienza giuridica indagata.

Fatta la doverosa premessa, conviene volgere la nostra attenzione ad alcune iniziative che la professione forense, sotto l'egida dell'ABA, intraprese e che furono ispirate dallo stesso sentimento di caccia alle streghe che aveva mobilitato la destra paranoide. Alcune di queste iniziative si ponevano in diretta linea di continuità con il contesto generale, altre – al contrario – si presentavano come anticipatrici di alcune traiettorie che sarebbero state imboccate non molto tempo dopo a livello nazionale. Ma andiamo con ordine.

Per quanto attiene alle prime, basti qui citare il fatto che, mentre nei teatri veniva messa in scena per la prima volta l'opera di Miller, l'allora Attorney General Herbert Brownell espresse all'ABA l'esigenza di sopprimere l'associazione concorrente, la National Lawyers Guild, poiché reputata un covo di comunisti⁴⁰.

Per quanto concerne le seconde, l'ABA elaborò ben prima dell'Amministrazione federale il convincimento di una relazione positiva esistente tra un più facile accesso alla *legal education* e il programma di prestiti. Programma che, da un lato, rispondeva alle esigenze anti-comuniste, dall'altro, non sacrificava eccessivamente il desiderio di emancipazione sociale ben presente nelle fasce più deboli della società dell'epoca. Nell'arduo tentativo di trovare un equilibrio tra tensione di salvaguardia capitalistica e propositi di pacificazione delle masse devono essere inquadrate le iniziative dell'Associazione.

Nell'immediato secondo dopoguerra, l'eccessiva uniformità della professione forense aveva stimolato alcune sue riflessioni. Per ricostruire lo stato dell'arte, era stato istituito un comitato *ad hoc* con il compito di analizzare il problema dei costi e del finanziamento per la frequenza delle *law school*. La commissione formulò il seguente ammonimento: «La gente di questa Nazione non accetterà standard alcuno che conduca a produrre avvocati provenienti da classi *well-to-do* o *socially-elect*. Un risultato simile sarebbe fatale per una moderna democrazia come la nostra, che intende dar voce a tutti e nella quale l'avvocato svolge una funzione pubblica»⁴¹.

⁴⁰ J.S. Auerbach, *Unequal Justice – Lawyers and Social Change in Modern America*, New York, 1976, p. 234 ss.

⁴¹ ABA Special Committee on the Conference on Personal Finance Law, *Loans for Law School Students*, in 5 *Journal of Legal Education*, 1952-1953, 3, p. 312 ss., spec. p. 314.

Il passaggio certifica come la stessa ABA fosse già in quegli anni consapevole delle criticità che attanagliavano la *legal education*. Conscia lo era pure del fatto che in tanto sarebbe stato possibile democratizzare la professione, in quanto si fossero attuati meccanismi di supporto finanziario per i meno abbienti onde consentire loro di studiare diritto. Come efficacemente riassunto, anche i figli del barbiere⁴² e dei calzolai siciliani⁴³ avrebbero dovuto avere le stesse opportunità di quelli dell'intermediario finanziario metropolitano. Le risultanze, a ben guardare, non si discostano molto da quelle della commissione Zook incaricata da Truman.

E – analogamente alle reazioni che seguirono a quest'ultima – anche la professione forense prese una chiara posizione in ordine al fatto che tutto ciò non avrebbe potuto comportare la predisposizione di un sistema pubblico di *welfare* dal momento che la *legal education* rappresentava un bene privato la cui allocazione sarebbe dovuta avvenire nel mercato e in regime di concorrenza. Rilievo quest'ultimo alquanto singolare, se si considera che la stessa ABA era delegata del potere di accreditare le *law school* e di determinare, con criteri fissati dalla stessa Associazione, quali dovessero essere le titolari di rilasciare validi diplomi utilizzabili per fare domanda di accesso alla professione di avvocato. Insomma, dietro all'invocazione del regime concorrenziale si annidava l'implicita volontà di salvaguardare il proprio controllo esercitato su un mercato che era a tutti gli effetti un settore amministrato.

Appunto il *report* dell'ABA non aveva avanzato ipotesi di finanziamento pubblico, ma aveva affermato a chiare lettere come la modalità migliore per risolvere il crescente problema dei costi della *legal education* fosse di ricorrere ai prestiti emessi dalle *law school*, che gli studenti avrebbero poi ripagato una volta entrati nel mondo del lavoro. L'*American Dream* dei ragazzi poveri, capaci e ambiziosi di emanciparsi dalla loro condizione di provenienza e diventare avvocati andava supportato con strumenti di facilitazione di accesso al credito, e di inclusione nel mercato⁴⁴.

Il *report* sottolineava altresì l'incapacità delle *law school* di far fronte a tali esigenze con delle borse di studio per i migliori studenti. Se, da un lato, difatti, si era registrato un graduale aumento di accantonamenti da destinare alle *scholarship*, dall'altro, questi erano sufficienti a coprire solamente una ristretta porzione di studenti meritevoli, lasciandone sprovvista la stragrande

⁴² W.T. Dean, *Who Pays the Bills? The Costs of Legal Education and How to Meet It*, in 16 *Journal of Legal Education*, 1964, 4, p. 416 ss., spec. p. 419.

⁴³ T.G. Barnes, *Hastings College of the Law: The First Century*, San Francisco, 1978, p. 229.

⁴⁴ ABA, *Loans for Law Students*, cit., p. 312 e 314 ss.

maggioranza. Pochissime scuole avevano avviato, al contempo, dei prestiti interni⁴⁵.

Nel delineato quadro, il comitato speciale rilevava però un bisogno di avvocati a causa della penuria determinata dalla Seconda guerra mondiale. La misura principale a tal fine sarebbe stata la creazione per l'appunto di un sistema di prestiti tale da assicurare alle *law school* di espandersi, di aumentare gli stipendi per i propri docenti, e contemporaneamente di assicurare ai più bisognosi e meno abbienti di studiare. Rilievo degno di nota è che il *report* dettagliava analiticamente tutti gli aspetti relativi alla configurazione di questi prestiti: somme, interessi e piani di riparto degli importi da restituire. Nel documento si ritrova anche una certa lungimiranza per la deriva che avrebbe potuto prendere un programma indiscriminato di prestiti non corredato da adeguati controlli: secondo l'ABA il regime dei finanziamenti non avrebbe dovuto esporre i giovani a pericoli morali e finanziari perché «se il debito è troppo grande, può lacerare l'anima»⁴⁶.

Ora, è di tutta evidenza che non solo il *report* assume una prospettiva antitetica all'assetto del G.I. Bill, ma anche che il documento costituisce una reazione, di chiusura, a qualsiasi coinvolgimento del Governo nel settore della *legal education*⁴⁷. Letto in questo contesto, quanto concepito dall'ABA per la predisposizione di prestiti agli studenti si colora politicamente di anti-comunismo e di esigenza di allontanamento del Governo federale dall'economia e dal mercato. Si legge in un passaggio che l'eventuale perpetuazione di strumenti come il G.I. Bill in situazioni non emergenziali, in quanto misure socialiste per loro natura, avrebbe finito con il sopprimere la libera iniziativa individuale, distruggere la fiducia di sé stessi e compromettere l'integrità degli individui⁴⁸. Più precisamente, se l'alternativa ai prestiti gestiti privatamente fosse stata lo stanziamento da parte del Governo dei fondi necessari, si sarebbe giunti alla socializzazione della professione forense, o quantomeno della *legal education*, in una torsione totalitarista⁴⁹. L'intervento dell'Amministrazione, ancora, avrebbe portato alla distruzione del sistema di formazione del giurista con le sue libertà di pensiero, di espressione e spirituale⁵⁰.

Volendo riassumere la posizione dell'ABA, possiamo individuare tre componenti fondamentali: *i. l'American Dream* come appiattimento

⁴⁵ Ivi, p. 312 e 316.

⁴⁶ Ivi, p. 318.

⁴⁷ S. Daniels, *The Perennial and Stubborn Challenge*, cit., p. 135 ss.

⁴⁸ Cfr. ABA, *Loans for Law Students*, cit., p. 315.

⁴⁹ *Ibidem*.

⁵⁰ Ivi, p. 316.

dell'inclusione sociale nell'inclusione nel mercato; *ii.* gli ideali anti-comunisti alla base dell'esigenza di limitare lo spettro di intervento dello Stato; *iii.* al contempo, l'esigenza di aumentare il numero di avvocati. Essa è preconcizzatrice di uno stato di cose che diverrà generale. Le stesse componenti contribuiranno, infatti, a edificare l'impalcatura dell'Higher Education Act del 1965 promosso dal Presidente Lyndon B. Johnson, alle cui dinamiche ci dedicheremo nei paragrafi seguenti.

5. *La corsa allo spazio e lo sguardo all'insù: come la Guerra Fredda ha plasmato l'educazione e l'approvazione del National Defense Student Loan Program*

Il 4 ottobre 1957, il lancio dello Sputnik aveva destato diffuse preoccupazioni in particolare tra gli scienziati statunitensi. L'allora Presidente Eisenhower aveva incontrato un loro gruppo nello studio ovale, benché non si dicesse particolarmente preoccupato del balzo in avanti sovietico nella corsa allo spazio. Anzi, aveva liquidato la vicenda affermando che i sovietici avevano lanciato un palloncino in aria⁵¹. Fu invece Johnson a convincersi che la corsa allo spazio, nell'ambito della guerra non convenzionale con la Russia, poteva essere vinta dando slancio e incentivando la *higher education*. La Guerra Fredda imponeva sforzi non convenzionali, non solo bellici ma anche scientifici: di qui l'esigenza di più ingegneri e scienziati. Dunque, di più diplomati al *college*⁵².

Il 1957 segnò una svolta nel discorso pubblico statunitense. All'epoca, le Università si dolevano di non avere sufficienti fondi. I datori di lavoro, dal canto loro, lamentavano di non riuscire a trovare lavoratori dotati delle competenze richieste dal progresso industriale. La classe media era preoccupata dai costi in continua crescita della *higher education*. Più in generale, la Nazione era avviluppata in un'ansia e un'angoscia montanti rispetto al ruolo degli Stati Uniti nello scacchiere internazionale. Il tutto evidentemente acuito dal proseguire della Guerra Fredda. Sicché, in questa congerie, andò assumendo forma l'idea di un diritto universale alla

⁵¹ «The Russians have only put one small ball in the air»: cfr. *One Small Ball in the Air: October 4, 1957 November 3 1957*, NASA's Origins and the Dawn of the Space Age, Monograph in Aerospace History #10, reperibile su: <https://www.nasa.gov/history/monograph10/onesmlbl.html#:~:text=Seeking%20to%20calm%20Congress%20and,space%2C%20Eisenhower%20said%20that%20%22no.>

⁵² Per meglio approfondire, cfr. L.B. Johnson, *The Vantage Point: Perspectives of the Presidency, 1963-1969*, New York, p. 272.

educazione e della formazione al *college* come garanzia per condizioni di vita migliori. Ciò doveva, tuttavia, essere tenuto insieme con la granitica convinzione del *limited Government*: da cui l'emersione su larga scala del convincimento per cui tale diritto doveva essere assicurato ampliando le possibilità di accesso al credito, e facendo dunque leva sul debito privato. Era ripreso a circolare un documento realizzato dallo U.S. Department of the Interior nel 1929 indirizzato alla popolazione statunitense secondo il quale «Tutto, dalle ruote delle automobili alla proprietà immobiliare può essere acquistato facendo ricorso ai prestiti. La *higher education* non fa eccezione»⁵³.

Il fallimentare lancio del satellite statunitense fece sì che Johnson poté sfruttare il proprio ruolo di Presidente del Senate's Preparedness Investigating Subcommittee nell'ambito del quale tenne delle audizioni sul *missil gap* esistente con la Russia. Gli scienziati chiamati a testimoniare in quella sede rivendicarono il loro ruolo chiave per accelerare la corsa statunitense allo spazio. Ricorda ancora Johnson che «ci stavamo finalmente rendendo conto che la nostra difesa nazionale si estendeva anche alle aule delle scuole e delle Università»⁵⁴.

Tutti questi avvenimenti – la corsa allo spazio e la presenza di un nemico straniero da sconfiggere – avevano avuto l'effetto di ricompattare il fronte interno: tanto i democratici quanto i repubblicani convergevano ora sulla necessità di predisporre dei programmi di aiuti per la frequenza della *higher education*. Sulle modalità operative di come questo sarebbe dovuto avvenire, però, le posizioni divergevano radicalmente.

Nel panorama statunitense si ritrovavano diversi meccanismi di facilitazione di accesso all'istruzione universitaria. Ad esempio, le Università di Stanford e quella del Minnesota avevano da tempo predisposto un sistema interno di prestiti ai propri studenti. Ben presto alcune banche e organizzazioni filantropiche iniziarono a far credito a chi avesse dato prova di onestà, carattere, industriosità e abilità⁵⁵: non va dimenticato che lo stesso Johnson, di umili origini, accedette alla Southwest Texas State University e poi alla *law school* grazie al prestito di una banca locale⁵⁶.

Faceva eccezione solo la California che aveva, sin dal XIX secolo, introdotto un sistema di *college* gratuiti. Che la posizione californiana sarebbe risultata recessiva fu però subito chiaro. Un numero crescente di voci si

⁵³ W.J. Greenleaf, *Self-Help for College Students*, Department of the Interior, Washington D.C., 1929, p. 11.

⁵⁴ L.B. Johnson, *The Vantage Point*, cit., p. 275.

⁵⁵ W.J. Greenleaf, *Self-Help for College Students*, cit., p. 11.

⁵⁶ Sul punto, v. R. Caro, *Means of Ascent*, New York, 1990, p. 142 ss.

andava orientando con sempre maggior forza in senso favorevole a traslare i costi della *higher education* e dei programmi *post-graduate* sugli studenti anziché sulla fiscalità generale. Si è già detto del *report* confezionato dall'ABA nel 1952-1953. Due anni più tardi, nel 1955, Milton Friedman pubblicò un saggio dove sosteneva come gli studenti avrebbero dovuto essere qualificati alla stregua di società commerciali e da considerare i prestiti effettuati loro in guisa di investimenti in *equity* che gli studenti medesimi avrebbero poi ripagato con i loro futuri guadagni⁵⁷. Qualche mese prima del lancio dello Sputnik, una commissione nominata da Eisenhower aveva raccomandato la predisposizione di un programma di prestiti garantiti dallo Stato: il capo del gruppo di lavoro, Devereux Josephs, dichiarò che ciò avrebbe promosso l'indipendenza e la responsabilità degli studenti⁵⁸.

Eisenhower si ritrovava stretto in una morsa: per un verso, reputava che i prestiti avrebbero posto un eccessivo onere sulle spalle delle giovani generazioni desiderose di andare al *college*, per un altro, non era nella condizione di erogare borse di studio federali per tutti, poiché ciò avrebbe apertamente contraddetto la filosofia del *limited Government* alla base della sua azione di governo. La risultante fu l'adozione, nel gennaio del 1958, di un timido piano di 10.000 borse di studio all'anno per quattro anni per gli studenti che avessero deciso di intraprendere dei percorsi di formazione in materie scientifiche⁵⁹.

Il concreto impulso riformatore provenne, poco dopo, non già dall'Esecutivo, ma da Carl Elliott, deputato democratico e a capo dell'House Subcommittee on Special Education. Costui propose un massiccio sistema di prestiti, strategicamente inserito in una proposta di legge denominata National Defense Education Act. Ai beneficiari dei prestiti era fatto obbligo di firmare un giuramento di lealtà agli Stati Uniti, così placando gli animi, e finanche riscuotendo il consenso, dei Repubblicani intrisi di maccartismo⁶⁰. Nel settembre 1958 fu varato il primo National Defense Student Loan Program: l'*higher education*, dietro la retorica della sicurezza nazionale⁶¹, diventava per legge un costo di cui gli studenti avrebbero dovuto farsi carico.

⁵⁷ M. Friedman, *The Role of Government in Education*, in R. Solo (ed.), *Economics and Public Interest*, New Brunswick, 1955, p. 123 ss.

⁵⁸ *Colleges Are Too Cheap*, in *Fortune*, settembre 1957.

⁵⁹ D.D. Eisenhower, *Special Message to the Congress on Education*, 17 gennaio 1958, testo integrale reperibile su: <https://www.presidency.ucsb.edu/documents/special-message-the-congress-education-2>.

⁶⁰ Per meglio approfondire, cfr. J. Mitchell, *The Debt Trap*, cit., p. 19 ss.

⁶¹ National Defense Education Act, Publ. L. 85-864, 72 Stat. 1580 (1958).

Nel corso del primo anno di operatività le realtà scolastiche fecero richieste che superavano del doppio gli stanziamenti governativi. Benché in molti nutrissero dubbi e perplessità in ordine alla correttezza di questi comportamenti, Eisenhower non poté porre in essere alcuna misura poiché era la stessa disciplina a fare divieto di qualsiasi ingerenza governativa sulle modalità di spesa da parte delle scuole dei fondi pubblici ricevuti⁶².

Da più parti si levarono voci di denuncia circa l'insufficienza delle risorse stanziare a fare fronte alla reale domanda della popolazione. Johnson propose una riforma per consentire che sempre più studenti della classe media potessero accedere ai prestiti. La proposta venne rifiutata dal Congresso, ma la pressione ricreata lo spinse ad accrescere i fondi destinati al National Defense Student Loan Program⁶³. Tutto ciò produsse l'effetto di far aumentare sensibilmente il numero di iscritti al *college*. In quel frangente i decisori politici non si curavano dei problemi associati alla effettiva capacità degli studenti di onorare i prestiti accesi. Piuttosto, la principale tra le preoccupazioni, per la difesa e sicurezza nazionali, era di ampliare quanto più possibile il loro numero, e – prospetticamente – quello degli scienziati del Paese.

6. *La dichiarazione di guerra alla povertà: Johnson, l'Higher Education Act del 1965 e il conio del sistema dei prestiti d'onore*

L'assassinio del Presidente John Fitzgerald Kennedy aveva fatto sì che il suo vice, Johnson, prendesse le redini del Paese. Con il suo avvento, il quadro in materia di istruzione era destinato a cambiare per sempre. Dobbiamo iniziare con il dire che, quanto a impronta lasciata sugli Stati Uniti, la sua Presidenza non ha nulla da invidiare a quelle di Abraham Lincoln e di Franklin Delano Roosevelt⁶⁴. Sul fronte interno, gli anni di Johnson trasformarono il Paese e la politica presidenziale determinò una svolta di paradigma nell'ottica del recupero di un ruolo maggiormente penetrante dello Stato nel mercato.

Il tutto lungo tre linee direttrici fondamentali⁶⁵. In primo luogo, gli anni '60 si sono contraddistinti per un profondo processo di modernizzazione, avviato dall'impetuoso sviluppo economico, pervasivo

⁶² Ivi, sect. 102.

⁶³ Per una sintesi delle vicende citate, cfr. J. Mitchell, *The Debt Trap*, cit., p. 21 ss.

⁶⁴ Cfr., per un bilancio, R.A. Divine, *Assessing Lyndon Johnson*, in 6 *Wilson Quarterly*, 1982, 3, p. 142 ss.

⁶⁵ Cfr. E. Mostacci, A. Somma, *Gli Stati Uniti e il loro diritto*, cit., p. 150.

questo di gran parte delle strutture su cui si regge la stessa società statunitense. In secondo luogo, Johnson è intervenuto sulla posizione della minoranza afroamericana: nella seconda metà degli anni '60, la sua piena integrazione politica e sociale scalò l'agenda politica dell'Amministrazione, lasciando intravedere scorci dell'ideale di eguaglianza sostanziale⁶⁶. In terzo luogo, l'ultima delle linee direttrici ruota attorno alla sintesi tra, da un lato, la guerra alla povertà (War on Poverty), dall'altro, alla costituzione di un più moderno sistema di *welfare* organizzato e gestito dal potere federale.

Quali siano i punti di caduta pratici delle traiettorie menzionate è facile a dirsi. Esse si tradussero in: *i.* un nuovo attivismo del potere pubblico nel contesto socio-economico; *ii.* nella reiezione della visione protestante della povertà (non più considerata come una colpa, ma prodotto e risultato delle condizioni di svantaggio dinanzi alle quali l'impegno individuale risulta fatalmente recessivo); *iii.* nel ripensamento dell'*American Dream* in chiave realista⁶⁷.

Non v'è dubbio che il lascito principale della politica johnsoniana sia costituito dai più che positivi risultati ottenuti nell'ambito della Great Society⁶⁸: come dimostrano alcuni dati, le persone che vivevano sotto la soglia di povertà passarono dall'essere più del 20% nel 1963 a 12.5% nel 1970. Nello stesso arco temporale, il numero delle famiglie afroamericane posizionate al di sotto della soglia finì con il dimezzarsi⁶⁹.

Nel delineato quadro, non stupisce che il servizio scolastico fosse stato caricato di un ruolo chiave nelle politiche non solo di integrazione della minoranza afroamericana, ma anche per la fuoriuscita dalla povertà e come strumento imprescindibile per l'affermazione degli Stati Uniti quali potenza egemone su scala internazionale. Le evoluzioni si spiegano anche in ragione di alcune vicende personali che hanno riguardato Johnson: della sua emancipazione grazie alla frequenza del *college* prima e della *law school* poi abbiamo già detto. A ciò si aggiunga che aveva svolto per un periodo della sua vita la professione di insegnante e in quella sede aveva maturato a pieno

⁶⁶ È definita *ivi*, p. 160, come una «fugace tentazione» quella dell'eguaglianza sostanziale nel periodo johnsoniano.

⁶⁷ Cfr. *ivi*, p. 150.

⁶⁸ Così, *ivi*, p. 151, nonché p. 189-192.

⁶⁹ Per quanto concerne i tassi di povertà all'inizio degli anni '60, v. M. Harrington, *The Other America: Poverty in the United States* (1962), New York, 1997, *passim*. Per il resto, cfr. i dati dello U.S. Census per come rielaborati da R. Morrill, *50 Years of US Poverty: 1960 to 2010*, reperibile al seguente indirizzo: <https://www.newgeography.com/content/004852-50-years-us-poverty-1960-2010>.

la convinzione dell'istruzione come poderoso strumento per sconfiggere la povertà.

Nel 1965 si rivolgerà al Congresso affermando in modo sicuro che «la *higher education* non è più un lusso, ma una necessità»⁷⁰. Ed è sulla scorta di tali convincimenti che creò un collegamento tra l'*education* e il movimento per i diritti civili: in un celeberrimo discorso tenuto alla Howard University, realtà universitaria popolata in maggioranza da afroamericani e che rappresentava il laboratorio per eccellenza in materia di diritti civili⁷¹, ebbe modo di rilevare che dopo centinaia di anni di schiavitù e oppressione rispetto ai bianchi gli statunitensi afroamericani si trovavano in una «competizione sociale che avevano iniziato molto indietro rispetto alla linea di partenza»⁷². Johnson denunciava come difettassero di istruzione e competenze, annunciando di conseguenza l'esigenza di un investimento di portata nazionale che avrebbe contribuito a colmare questo divario.

La sterzata che si voleva imprimere era nei fatti epocale: l'istruzione non era più solamente lo strumento a difesa degli interessi nazionali per vincere la confrontazione con la Russia sovietica, ma si faceva meccanismo emancipatorio funzionale a sconfiggere le diseguaglianze razziali ed economiche⁷³. L'obiettivo, negli ideali del Presidente, voleva essere perseguito mediante un poderoso stanziamento di fondi pubblici da configurare come borse di studio. In questi suoi propositi non era solo, giacché negli anni '60 si ritrovavano posizioni sovrapponibili al suo modo di intendere la *higher education* e quella *post-graduate*.

Ancora una volta, è interessante notare l'intreccio esistente tra il discorso generale e quello particolare ricreatosi in seno alla *legal education*. Nel 1964 era stata avanzata una proposta da un professore di Cornell, William Tucker Dean, che sottendeva la qualificazione della *legal education* come un

⁷⁰ L.B. Johnson, *Special Message to the Congress: The American Promise*, 15 marzo 1965, testo integrale reperibile su: <https://www.presidency.ucsb.edu/documents/special-message-the-congress-the-american-promise>.

⁷¹ Per approfondimenti sulla Howard University, e sulle figure di spicco che ha laureato, si rinvia per tutti a M. Bloomfield, *American Lawyers in a Changing Society, 1776-1876*, Cambridge (MA), 1976, p. 302 ss.; R.W. Logan, *Howard University: The First Hundred Years, 1867-1967*, New York, 1969, p. 48 ss. e R. Stevens, *Law School*, cit., p. 80.

⁷² L.B. Johnson, *Commencement Address at Howard University: "To Fulfill These Rights."*, 4 giugno 1965, testo integrale reperibile su: <https://www.presidency.ucsb.edu/documents/commencement-address-howard-university-fulfill-these-rights>.

⁷³ Sulla saldatura tra contrasto alla discriminazione razziale e lotta alla povertà, cfr. per tutti L. Miller, *Race, Poverty, and the Law*, in 54 *California Law Review*, 1966, 2, p. 386 ss., spec. p. 393.

bene pubblico. Costui muoveva dalla premessa per cui, essendo l'avvocato parte di una professione avente funzione e rilevanza pubbliche (con delle specifiche responsabilità in una società democratica), era di imprescindibile importanza che beneficiasse di quante più risorse disponibili per assolvere ai propri compiti. Se, per un verso, Dean era favorevole all'idea che il figlio dell'intermediario finanziario e del barbiere dovessero poter accedere allo studio del diritto alle medesime condizioni, per un altro, criticava aspramente i prestiti d'onore. Reputava infatti che avrebbe dovuto essere il Governo federale a sostenere la spesa e stanziare i fondi necessari affinché i giovani di tutte le classi sociali potessero aspirare a diventare avvocati. Secondo Dean una professione forense (e quindi una classe dirigente) ben motivata e aperta a tutti i gruppi sociali poteva solo che essere un vantaggio e un fattore di crescita della società statunitense⁷⁴.

Difficile dubitare che le aspirazioni di Johnson fossero tutto fuorché modeste, intendendo risolvere problemi complessi quali la disegualianza razziale e quella economica con robusti interventi statali. Dopo essersi scontrato con le altre forze politiche, dovette pertanto ripiegare a soluzioni di compromesso meno radicali rispetto agli originari propositi. Ne scaturì uno schema duplice. Nel 1965 venne approvato l'Higher Education Act⁷⁵, che racchiudeva una doppia anima, prevedendo borse di studio per i poveri e un meccanismo di prestiti, denominato Guaranteed Student Loan Program, per la classe media.

Il programma dei prestiti aveva di fatto direzionato un imponente quantitativo di risorse pubbliche in favore di enti pubblici e privati che statutariamente perseguivano l'obiettivo di prestare garanzie sull'adempimento degli studenti e dunque assicurando a questi ultimi l'accesso alle linee di credito emesse dalle banche e dagli altri istituti operanti nel settore. Il Guaranteed Student Loan Program era congegnato in modo tale che a ciascuno studente fosse consentito di prendere a prestito annualmente una somma massima di 1000 dollari per il *college* e di 1500 dollari per la frequenza di una scuola *post-graduate*.

Il contratto di prestito era sottoscritto congiuntamente dallo studente e dagli enti che intervenivano come garanti. Nel caso di inadempimento, questi ultimi avrebbero rimborsato l'intero ammontare (capitale e interessi maturati) al soggetto erogatore. A quel punto, gli enti stessi sarebbero stati rimborsati a loro volta dall'Amministrazione federale fino a concorrenza dell'80% del solo capitale. Il Congresso aveva stabilito il tasso di interesse

⁷⁴ W.T. Dean, *Who Pays the Bills?*, cit., p. 416 ss.

⁷⁵ Higher Education Act of 1965, Publ. L. 89-329, 79 Stat. 1219 (1965).

per questa tipologia di prestiti a sei punti percentuali: il Governo avrebbe pagato gli interessi maturati mentre lo studente frequentava il percorso formativo. Decorsi nove mesi dall'ottenimento del diploma, sarebbe poi stato lo studente medesimo a farsene carico. Questo beneficio era ad ogni modo limitato ai soli individui che provenivano da famiglie con un reddito annuo non superiore a 15.000 dollari.

Tracciate nelle sue linee essenziali la misura di nuovo conio, è opportuno fornire alcune coordinate di fondo che portarono al distanziamento, significativo, rispetto alle idee originarie di Johnson. La disputa politica tra democratici e repubblicani si era attestata sul rischio di uno sfioramento dei limiti imposti dal *budget* federale. Nel più ampio progetto presidenziale di politiche pubbliche numerose erano già state le misure che avevano richiesto l'infusione di ingenti risorse pubbliche. La spesa federale aveva sfiorato i centomila miliardi di dollari ed era destinata a crescere negli anni a venire. Si temeva, pertanto, che un ulteriore deficit avrebbe indisposto gli investitori nei titoli di stato statunitensi, accrescendo gli interessi sul debito e, in questo modo, producendo una contrazione del volume di liquidità in entrata.

Va precisato che, sulla base delle regole di bilancio applicate in quel periodo dalla burocrazia federale, anche i programmi di prestito erogati direttamente dallo Stato erano considerati spesa pubblica, sicché un eventuale ingente investimento in forme di prestito statale avrebbe condotto all'aumento del deficit di una pari somma. Da qui la spiegazione per cui Johnson fu infine costretto a rivolgersi alle banche quali interlocutori, seguendo un modello rodato che in passato aveva persuaso gli istituti di credito a emettere prestiti per l'acquisto di abitazioni. Durante il New Deal era stata creata la Federal Housing Administration per assicurare e garantire i mutui accesi dai privati: lo Stato si faceva garante dell'adempimento e interveniva solo in caso di mancata restituzione della somma presa a mutuo da parte delle famiglie. Attraverso lo stratagemma il Tesoro non erogava risorse immediatamente, e il *budget* federale non subiva alterazioni.

L'idea iniziale di Johnson era, al contrario, che i *college* avrebbero preso in prestito il denaro dalle banche a un tasso di interesse del 4.5% per poi prestarlo a loro volta agli studenti a un tasso del 5%. Le istituzioni scolastiche avrebbero incassato una metà del pagamento, mentre l'altra metà sarebbe stata accantonata e versata in un fondo di garanzia, in parte alimentato anche da risorse pubbliche per far fronte a un eventuale *default* degli studenti. Nonostante ciò, quello che fuoriuscì dal dibattito parlamentare fu un meccanismo diverso, di compromesso, che eliminava

come abbiamo visto la descritta triangolazione di salvaguardia banche-enti di formazione-studenti: erano questi ultimi ora a doversi interfacciare direttamente con le prime, con le agenzie federali a fare da garanti⁷⁶.

A ben guardare, la proposta originaria di Johnson aveva il pregio di prevenire e contenere pratiche scorrette da parte delle istituzioni scolastiche: il fatto che fossero queste a prendere materialmente in prestito il denaro sterilizzava l'eventualità di un eccessivo innalzamento delle rette che avrebbe esposto gli studenti al rischio di insolvenza. Essendo loro stesse a prestare i soldi agli studenti, le strutture collegiali erano indotte a non esasperare i costi per non correre il rischio di non essere in grado di recuperare le somme prestate. Al contrario, la disintermediazione creata dall'Higher Education Act poneva le scuole in una posizione di sicurezza e al riparo da eventuali incapacienze e sofferenze degli studenti, consentendo loro al contempo di alzare il prezzo da pagare per l'istruzione senza incorrere in inconvenienti di segno particolare.

Le paure nutrite da Johnson si sarebbero in effetti materializzate. Sotto un primo profilo, dietro la pressione delle banche il Congresso innalzò i tassi di interesse dei prestiti: nel 1968, portandoli al 7% e specificando come la disciplina si sarebbe applicata anche in quegli Stati che fissavano dei tassi di usura più bassi⁷⁷; e nel 1969, riconoscendo altresì ulteriori tre punti percentuali come indennità speciale versata dall'Amministrazione nei confronti dei finanziatori, così di fatto stabilendoli al 10%⁷⁸. Sotto un secondo profilo, le Università aumentarono le rette tra il 1965 e il 1970 a una media annuale del 5.5%⁷⁹, mentre nello stesso torno temporale l'inflazione si era attestata a una media del 3.3%⁸⁰. Con l'Higher Education Act si era quindi ricreato un fenomeno noto: la crescita della domanda, stimolata dai fondi e dalle garanzie pubblici, aveva determinato un innalzamento dei prezzi.

Di fronte a questo preoccupante scenario, Johnson decise di incaricare l'economista Alice Rivlin di predisporre un piano, sotto forma di

⁷⁶ Sul ruolo delle agenzie federali durante la Presidenza Johnson, cfr. M.S. March, *Coordination of the War on Poverty*, in 31 *Law & Contemporary Problems*, 1966, 1, p. 114 ss.

⁷⁷ An Act to extend for 2 years certain programs providing assistance to students at institutions of higher education, to modify such programs, and to provide for planning, evaluation, and adequate lead-time in such programs, Publ. L. 90-460, 82 Stat. 634 (1968).

⁷⁸ An Act to strengthen the educational resources of our colleges and universities and to provide financial assistance for students in post-secondary and higher education, Publ. L. 89-329, 79 Stat. 1219 (1969).

⁷⁹ Dati su: <https://educationdata.org/average-cost-of-college-by-year#1960>.

⁸⁰ Dati su: <https://www.macrotrends.net/countries/USA/united-states/inflation-rate-cpi>.

report, attraverso il quale ridisegnare la politica statunitense in materia di istruzione negli anni a venire⁸¹. La Rivlin segnalò due criticità principali: in primo luogo, erano ancora troppo poche le iscrizioni di studenti provenienti da famiglie a basso reddito e afroamericane; in secondo luogo, nella stragrande maggioranza dei casi, gli studenti in questione non riuscivano ad accedere alle scuole più prestigiose, dovendosi accontentare dei *community college*. Tuttavia, il *report* tenne fermo il meccanismo dei prestiti, aderendo alla visione del consumo come principale strumento di miglioramento dello stile di vita statunitense, e reputando che il regime di mercato avrebbe portato i *colleges* a concorrere e, in ultima analisi, ad abbassare i costi. In tutto questo, l'analisi di Rivlin era favorevole all'espunzione delle banche dal circuito dei prestiti universitari, i quali sarebbero stati emessi e gestiti da un'agenzia federale *non-profit*. Il documento venne consegnato poco prima dell'insediamento del successore di Johnson, Richard Nixon. Il suo *staff* raccolse i risultati del lavoro della Rivlin, in questo senso ponendosi in ottica di continuità con la precedente Amministrazione. Ma andiamo con ordine.

7. Tra modernizzazione e valori identitari: Nixon e i dilemmi del finanziamento dell'higher education

Con l'avvento di Nixon, gli Stati Uniti entravano in una stagione politica, che durerà circa cinque lustri, contraddistinta da una molteplicità di iniziative di marca eminentemente conservatrice, pervasive del sentimento comune e tutte incentrate su assunti economici e politici protesi ad esasperare la retorica dell'inopportunità dell'intervento pubblico quale strumento conformativo dell'ordine economico. Da cui le critiche feroci nei confronti di misure assistenziali e la celebrazione della superiorità dei meccanismi concorrenziali del libero incontro tra domanda e offerta rispetto a misure più o meno dirigiste⁸².

Com'è noto, l'ascesa di Nixon – altro ad essere dipesa da fattori congiunturali (la decisione di Johnson di non ricandidarsi dopo le critiche ricevute per la gestione della guerra in Vietnam e l'assassinio di Robert Francis Kennedy, reputato l'unico in grado di ricompattare il fronte democratico) – si deve eminentemente all'insofferenza e al disagio provati

⁸¹ *Toward a Long-Range Plan for Federal Financial Support for Higher Education: A Report to the President*, Washington-D.C., 1969.

⁸² Per meglio approfondire, E. Mostacci, A. Somma, *Gli Stati Uniti e il loro diritto*, cit., p. 289

dall'America profonda durante gli sconvolgimenti degli anni '60. Il che aiuta a spiegare la ragione per la quale, pur nel delineato contesto di svolte mercatiste, la neo-entrante Amministrazione non abbandonò affatto le iniziative della precedente in merito alla guerra alla povertà. Con una differenza notevole, però: queste ultime vennero caricate in termini valoriali di un certo conservatorismo intenzionale a prendere le distanze dalle istanze emancipatrici del decennio appena concluso⁸³.

Per quanto detto, dunque, non sorprende come anche Nixon fosse persuaso che l'ampliamento dell'accesso alla *higher education* avrebbe assicurato condizioni di vita migliori alle persone e al Paese di prosperare. Analogamente a quanto creduto da Johnson, pure il 37° Presidente degli Stati Uniti intendeva rendere gratuita la frequenza ai *college* per i più poveri, al contempo assicurando che la classe media pagasse, almeno in parte, attraverso il ricorso ai prestiti. Sistema dei prestiti che stava attraversando una fase oltremodo problematica, in ragione di alcune criticità derivanti dal più generale andamento dei mercati finanziari. Gli investitori stavano perdendo fiducia nella remunerosità di investimenti nel comparto *education*: benché, come riportato più sopra, il Congresso avesse aumentato significativamente i tassi di interesse, ciò non era ritenuto sufficiente dal momento che i saggi dei finanziamenti sui prestiti di liquidità si attestavano al 12% a fronte dei dieci punti percentuali pagati dallo Stato per i prestiti di onore⁸⁴.

Di qui l'acquisizione da parte dei consiglieri del Presidente delle proposte contenute nel *report* della Rivlin rispetto all'opportunità di creare un'agenzia federale erogatrice dei prestiti e che si sarebbe sostituita al sistema bancario. L'Amministrazione avrebbe potuto, così, cogliere l'occasione per espungere le banche e gli altri enti finanziatori dal circuito dei prestiti per l'istruzione, mettersi al riparo dalle fluttuazioni dei mercati, riportando, di fatto, la configurazione del sistema statunitense a uno stato più aderente a quello immaginato originariamente da Johnson⁸⁵.

I banchieri, nonostante tutto, potevano contare su un alleato assai influente: Charles E. Walker, Sottosegretario al Tesoro, il quale redasse un memorandum aspramente critico nei confronti della proposta e dove si ribadiva la necessità di mantenere le banche nel circuito del credito. Nello

⁸³ Per ulteriori informazioni, cfr. *ivi*, p. 291 ss. e R. Lapman, *Nixon's Family Assistance Plan*, Institute for Research on Poverty Discussion Paper, novembre 1969, reperibile su: <https://www.irp.wisc.edu/publications/dps/pdfs/dp5769.pdf>.

⁸⁴ Sul punto, J. Mitchell, *The Debt Trap*, cit., p. 39.

⁸⁵ Al riguardo, C.E. Finn Jr., *Education and the Presidency*, Lexington (MA), 1977, p. 57-9.

stesso memorandum si avanzò una controproposta: creare una società finanziata con la fiscalità generale e funzionale a mettere a disposizione liquidità agli istituti di credito per rilasciare i prestiti. La struttura sarebbe stata modellata su quella della Fannie Mae, ente con analoghe funzioni in materia di mutui immobiliari. Uno dei più stretti collaboratori di Nixon, Chester E. Finn Jr., ebbe modo di scrivere con riferimento alla vicenda menzionata che: «Alcuni membri del gruppo di lavoro sospettavano che il Tesoro fosse maggiormente preoccupato degli interessi dei banchieri che non di quelli degli studenti dei *colleges*»⁸⁶.

Sia come sia, il Congresso si lasciò persuadere da Walker e nel 1972, con lo stesso atto che introdusse le borse di studio per i più poveri denominate Pell Grants⁸⁷, istituì la Student Marketing Loan Association⁸⁸, pubblicizzata con il nomignolo di Sallie Mae, che evocava idealmente le sembianze graziose di una innocua zia nell'intento di offrire ai propri nipoti una fetta di torta di mele⁸⁹. La sua creazione riposava sulla speranza di fondo che una società in mano pubblica sarebbe stata in grado di bilanciare gli antagonisti interessi del mercato e dell'ampiamiento della platea dei soggetti che si iscrivevano al *college* e ai corsi *post-graduate*.

La commistione pubblico-privato non era certamente nuova: si è già richiamato il precedente esperimento nel settore dei mutui immobiliari realizzato con la nascita di un'omologa società, la Fannie Mae. La compagine azionaria della Sallie Mae era costituita da capitale privato – proveniente da banche e Università –, mentre il consiglio di amministrazione rifletteva la presenza pubblica nella sua gestione: un terzo dei 21 membri era nominato dal Governo, la restante parte in misura pari da parte delle banche e delle Università.

Inizialmente, la Sallie Mae non era legittimata ad erogare prestiti direttamente agli studenti, ma doveva fungere come mercato secondario e da deposito dei prestiti medesimi, nonché quale istituto di iniezione della liquidità necessaria per consentire al relativo mercato di operare. L'immissione di liquidità sarebbe avvenuta con due modalità. Nell'ottica di

⁸⁶ *Ibidem*.

⁸⁷ An Act to amend the Higher Education Act of 1965, the Vocational Education Act of 1963, and for other purposes, Publ. L. No. 92-318, spec. sectt. 131, 401, 411, 413A–D, §401, 86 Stat. 235, 247-253 (1972).

⁸⁸ Ivi, sec. 133(a), §439 ora codificata in 20 U.S.C. 1087-2 (Student Loan Marketing Association). Per ulteriori approfondimenti, cfr. J.R. Brooks, A.J. Levitin, *Redesigning Education Finance: How Student Loans Outgrew the "Debt" Paradigm*, in 109 *Georgetown Law Journal*, 2020, 1, p. 5 ss.

⁸⁹ Così J. Mitchell, *The Debt Trap*, cit., p. 40.

mercato secondario, la Sallie Mae poteva acquistare i prestiti che le banche avevano emesso nei confronti degli studenti, in modo che gli istituti di credito avrebbero avuto nuova liquidità per generare nuovi prestiti. La seconda modalità, e qui il ruolo di deposito dei prestiti, era quello di concedere liquidità alle banche a condizione che queste avessero fornito come garanzia l'esistenza dei prestiti a studenti. In questo modo, si assicurava che gli istituti di credito, per ottenere la liquidità, fossero effettivamente inclini a emettere prestiti d'onore.

Al netto di queste due funzioni, ve ne era una terza, implicita, che la Sallie Mae era chiamata a svolgere e tesa a soddisfare la stessa esigenza alla base dell'approvazione dell'Higher Education Act. Ovverosia, di occultare gli investimenti governativi nell'istruzione al fine di salvaguardare la consistenza del *budget* federale. Mediante la sua creazione si era infatti data l'apparenza che il Governo non fosse in alcun modo coinvolto negli investimenti in materia di istruzione. Per poter operare, *va da sé*, la società aveva bisogno di denaro, così il Tesoro stanziò una dotazione iniziale di 5 milioni di dollari. Il resto sarebbe dovuto provenire dagli altri azionisti privati: come si diceva, la stessa legge istitutiva precisava che essa sarebbe stata finanziata esclusivamente con fondi privati⁹⁰.

Sebbene ne fosse declamata la natura privata, ben presto la Sallie Mae ottenne un beneficio che le attribuiva un vantaggio competitivo di tutto segno nel mercato dei prestiti. Nel 1973, con il Federal Financing Bank Act⁹¹, il Congresso diede vita a una società in mano pubblica assoggettata alla vigilanza del Ministero del Tesoro, appunto la Federal Financing Bank. Questa era incaricata di erogare prestiti alle agenzie federali e alle altre entità riconducibili allo Stato, prevedendo un tasso di interesse di poco superiore a quello pagato dallo Stato americano sui titoli del debito pubblico. In buona sostanza, la Sallie Mae, in quanto Government-Sponsored Enterprise (GSE), poteva disporre di una linea di credito a tassi irrisori pur mantenendo la propria natura di società privata, il tutto consentendole di abbattere notevolmente i costi di gestione e di ottenere un migliore posizionamento sul mercato.

Il meccanismo dei prestiti d'onore fuoriuscito dalla modifica del 1973 può così sintetizzarsi: il Tesoro, a mezzo della Federal Financing Bank, forniva liquidità alla Sallie Mae a un tasso di interesse solo di poco superiore

⁹⁰ Per approfondimenti sui meccanismi economici alla base del funzionamento della Sallie Mae, v. T. Arnold, B.G. Buchanan, J.F. Robertson, *The Economics of Sallie Mae*, in 18 *Journal of Structured Finance*, 2012, 2, p. 65 ss.

⁹¹ Federal Financing Bank Act of 1973, Publ. L. 93-224, 87 Stat. 937 (1973).

a quello dei titoli di Stato statunitensi; la Sallie Mae, a sua volta, prestava denaro alle banche (secondo le due modalità che abbiamo sopra descritto); le quali, in ultima istanza, erogavano liquidità in favore degli studenti che avrebbero poi pagato le rette alle Università.

Nel caso di incapacità dello studente di onorare il debito la Sallie Mae avrebbe tenuto indenni le banche, ripagando loro capitale e interessi maturati. Successivamente, il Tesoro avrebbe rimborsato la società dell'80% del capitale, ma non anche degli interessi. Il meccanismo, lo si intuisce, perseguiva l'obiettivo di neutralizzare le perdite, lasciando un'alea di rischio in capo all'ente; alea rappresentata dal 20% del capitale e dagli interessi. Tuttavia, nel 1976, il Congresso decise di innalzare la soglia di rimborso, portandola al 100% delle perdite subite⁹².

L'edificazione di un così convoluto sistema di finanziamento aveva avuto il paradossale effetto di aumentare la spesa pubblica (in ragione dei numerosi soggetti intermediari nella catena dei prestiti) pur espressamente perseguendo l'obiettivo opposto. Al contempo, il Congresso aveva sostanzialmente reciso il legame tra soggetti finanziatori e debitori, aprendo in tal modo la via a fenomeni definiti dalla scienza economica come di azzardo morale⁹³: le Università potevano innalzare le rette senza particolari preoccupazioni; parimenti, le banche, garantite dalla Sallie Mae, erano nella condizione di poter fare prestiti anche a studenti le cui condizioni suggerivano un'incapacità di restituire i debiti contratti; la Sallie Mae si sarebbe in ogni caso rifatta sul Tesoro per il tramite della Federal Financing Bank. Il tutto a pregiudizio, per un verso, degli studenti, per un altro, dei contribuenti e della fiscalità generale.

Il 1976 segnò un'ulteriore svolta: con la medesima legge di emendamento all'Higher Education Act il Congresso irrigidì la disciplina sui rimedi concessi a chi, parte debitrice di un contratto di prestito di onore garantito dallo Stato, si fosse ritrovato nella condizione di non poter adempiere all'impegno assunto⁹⁴. Per effetto della modifica, il debitore

⁹² An Act To extend the Higher Education Act of 1965, to extend and revise the Vocational Education Act of 1963, and for other purposes, Publ. L. 94-482, 90 Stat. 2081 (1976).

⁹³ Sul *moral hazard* nel campo del finanziamento dell'istruzione, si rinvia a G. Karanović, D. Dragičević, B.O. Draženović, *Financing Higher Education and Moral Hazard: A Systematic Literature Review*, in *Economies of the Balkan and Eastern European Countries, KnE Social Sciences*, 2023, p. 256 ss.

⁹⁴ An Act To extend the Higher Education Act of 1965, to extend and revise the Vocational Education Act of 1963, and for other purposes, Publ. L. 94-482, sect. 439(A)(a), 90 Stat. 2081, 2136 (1976).

avrebbe potuto richiedere la procedura di fallimento individuale solo certificando di aver effettuato almeno cinque anni di pagamenti continuativi, ovvero dimostrando la sussistenza di una *undue hardship*.

La legge non recava una definizione di questa formula, rimettendo di fatto ai giudici il compito di delimitarne il campo semantico (ce ne occuperemo nel prosieguo quando tratteremo di una decisione di una corte newyorchese nel 1985 che elaborerà il cosiddetto *Brunner Test*). Il motivo dell'irrigidimento risiedeva in ciò, che negli anni '70 la crescita del numero di studenti in *default* era cresciuto sensibilmente, mettendo in allerta l'Amministrazione, che, nella veste di garante, doveva sborsare ingenti somme di denaro per ripagare i prestatori. Sino all'intervento della menzionata riforma, infatti, i prestiti di onore erano equiparati a qualsiasi altro prestito con riferimento ai rimedi accordati in caso di incapacità patrimoniale che ne avesse pregiudicato la restituzione. Alla stregua dei mutui, dei finanziamenti per le automobili, e delle carte di credito, era sufficiente provare in giudizio di essere insolventi e così ottenere l'estinzione del debito, ovvero una sua riduzione. Il Congresso si era nel tempo convinto che i diritti di *bankruptcy* riconosciuti ai debitori nel contesto dell'*higher education* incentivavano in qualche modo i fallimenti individuali, permettendo ai debitori di liberarsi di oneri economici che questi sarebbero stati in grado di ripagare con l'avanzamento delle loro carriere.

8. *Un biennio cruciale (1978-1979): Carter e l'iniziativa del Middle Income Student Assistance Act*

L'avvento della Presidenza Carter si inserì pienamente nel solco di una sempre maggiore liberalizzazione del mercato dei prestiti. Si tratta di una linea di tendenza che ben si iscrive in quel contesto della sferzata pro-mercato iniziata con gli anni '70 e culminata durante l'Amministrazione Clinton, certificando così la condivisione *bipartisan* di ricette economiche di stampo fortemente neoliberale. Carter si insediò nel 1977 e con lui la controffensiva conservatrice, oramai ampiamente metabolizzata dalla popolazione statunitense, prese un inusitato slancio, declinandosi nella duplice traiettoria dell'epopea della cosiddetta *deregulation* e del sempre più accentuato ritrarsi del potere pubblico dal campo economico⁹⁵. Ebbene, la narrazione accreditata rispetto all'assiomatica bontà delle teoriche del *limited*

⁹⁵ Ulteriori dettagli in E. Mostacci, A. Somma, *Gli Stati Uniti e il loro diritto*, cit., p. 295.

Government non poteva che tradursi nel campo del finanziamento all'*higher education* nella predisposizione di misure sempre più lasche nei confronti degli istituti di credito e delle Università.

Ciò che risulta a tutta evidenza paradossale è che lo stesso Carter era consapevole dei rischi di un siffatto modo di operare, ma nulla poté fare dinanzi alle forze che, nei fatti, consentivano alla propria Presidenza di svolgere il suo corso naturale. Il biennio 1978-1979 costituisce un autentico punto di svolta. L'inflazione e la stagnazione economica stavano mettendo a dura prova anche le famiglie a medio-alto reddito che cercavano di far fronte con i propri risparmi alle tasse universitarie. Il Congresso stava subendo la pressione da parte di queste affinché anche loro potessero prendere a prestito denaro per l'educazione. Difatti, il Guaranteed Student Loan indicava come beneficiari solo gli studenti provenienti da famiglie con un reddito complessivo annuo inferiore a 25.000 dollari. Per quanto Carter si fosse opposto all'eliminazione di tale requisito, denunciando come ciò avrebbe significato favorire i più abbienti, consentendo loro di accedere alle migliori Università e ricreando una spirale crescente di disuguaglianze, il legislativo si orientò in senso opposto.

Nel 1978, appunto, il senatore Bill Ford avanzò una proposta di legge, denominata Middle Income Student Assistance Act, la quale espungeva il reddito tra i criteri di accesso ai prestiti garantiti, estendendo la platea dei legittimi beneficiari. La proposta introduceva una soluzione di compromesso per far fronte anche ad un'ulteriore problematica: il Congresso aveva constatato che gli istituti di credito sovente rifiutavano di concedere prestiti agli studenti attraverso il programma citato, a meno che gli interessi non fossero stati coperti dal Governo nel periodo di frequenza del corso per cui il prestito veniva richiesto e durante il periodo di grazia di nove mesi successivo alla laurea. Il che comportava l'esclusione dal *college* per un numero significativo di individui⁹⁶. Così con il Middle Income Student Assistance Act del 1978⁹⁷ si intese estendere indiscriminatamente a tutti la copertura statale degli interessi, e il successivo periodo di nove mesi di grazia. Ciò si tradusse ben presto in un aumento vistoso dei fondi spesi

⁹⁶ H.R. Rep. No. 95-951 (1978), p. 11.

⁹⁷ An Act To amend title IV of the Higher Education Act of 1965 to increase the availability of assistance to middle-income students. Publ. L. No. 95-566, sect. 5(b)(1)(A), §428(a)(2), 92 Stat. 2402, 2403 (che abroga l'Higher Education Act, sect. 428(a)(2)(A)-(B)) (1978).

dal Tesoro per la *higher education*, dal momento che l'approvazione della nuova disciplina fece quasi raddoppiare il volume dei prestiti garantiti⁹⁸.

Grazie alla riforma, la Sallie Mae e gli istituti di credito avrebbero di lì a poco registrato guadagni da *record*⁹⁹. A questo stato di cose l'Amministrazione Carter reagì minacciando di escludere gli investitori privati dal sistema dei prestiti. Lo stesso Bill Ford si scagliò contro la Sallie Mae definendola una macchina di riciclaggio di danaro a danno dei contribuenti¹⁰⁰. Nessuna azione conseguente fu però intrapresa. Anzi: grazie a un'intensa attività di lobbismo posta in essere dalla Sallie Mae, questa riuscì ad ottenere un rivoluzionario risultato grazie a una proposta recante la firma proprio di Ford. Nel 1980, venne adottato un emendamento dell'Higher Education Act che, per un verso, toglieva la qualifica alla Sallie Mae di GSE, per un altro, le consentiva di poter vendere le proprie azioni al pubblico¹⁰¹. Con questa mossa, Wall Street faceva ingresso nel mercato della *legal education*.

9. L'agenda liberista come patrimonio culturale statunitense: Ronald Reagan e i greedy college

Alle elezioni del 1980 Reagan si affermò in maniera poderosa, imprimendo un'ulteriore accelerazione all'egemonia conservatrice nella politica statunitense. Si è detto di come nei marosi anni '70 la controffensiva dispiegata presentava due anime rimaste fino a quel punto inconciliabili: per un verso, nella sfera pubblica, un'agenda liberista portatrice di processi modernizzatori del mercato; per un altro, parzialmente alternativa, intrisa di tradizionalismo identitario. Da qui, le crociate da parte dei gruppi sociali conservatori, grande impresa in testa, per la conquista dei baluardi del sapere e per colmare lo iato.

L'operazione fu portata a compimento proprio durante la Presidenza Reagan, nell'ambito della quale la dottrina del *limited Government* era riuscita

⁹⁸ Dati in B. Akers, M.M. Chingos, *Game of Loans: The Rhetoric and Reality of Student Debt*, Princeton, 2016, p. 43, fig. 3.2 e Aa.Vv., *Financing American Higher Education in the Era of Globalization*, Cambridge (MA), 2012, p. 79, fig. 4.3.

⁹⁹ Come riportato su: <https://www.washingtonpost.com/archive/business/1982/01/20/student-loan-firms-profits-grow-to-record-level-in-81/8774483f-c6b1-4cd0-8dbe-38b03a27aed1/>.

¹⁰⁰ Cfr. J. Mitchell, *The Debt Trap*, cit., p. 51 ss.

¹⁰¹ An Act To Amend and Extend the Higher Education Act of 1965, and for Other Purposes, Publ. L. 96-374, sectt. 428 ss., 94 Stat. 1367, 1422-3 (1980).

ad accreditarsi come predominante, a divenire senso comune e a legarsi con le prerogative degli strati più profondi del Paese, i quali guardavano all'antitetico *Big Government* come a una sorta di meccanismo intrusivo delle libertà statunitensi teso ad affermare un mondo socialista e a frustrare i valori del *self-made man*. La chiave del successo reaganiano risiede proprio in questo, nell'essere stato abilmente capace di fornire una sintesi conciliante delle due anime del Paese, e a dare a ciascuna degli elementi in cui rispecchiarsi. La sua *leadership* si contraddistinse, per quanto ci interessa, per due elementi. In primo luogo, i repubblicani preconizzarono una forte riduzione dello spettro operativo del potere pubblico in economia, con un deciso taglio alle spese sociali associato a uno snellimento delle strutture amministrative federali, e facendo da *pendant* a una riduzione del carico fiscale sui contribuenti. In secondo luogo, si riacutizzò la retorica della Guerra Fredda, promettendo un'ingente spesa militare e una compressione dei diritti civili giustificata in base a esigenze di sicurezza nazionale¹⁰².

Ciò premesso, va riportato che la stagione dell'immediato post-elezioni si caratterizzò in politica economica con ricette di sostegno dell'offerta (*supply-side economics*), che postulavano l'obiettivo di superare l'incertezza economica attraverso lo stimolo degli investimenti e dell'iniziativa economica privata. Due erano i tipi di intervento elaborati a tal fine. Il primo volto a rimuovere gli ostacoli burocratici e amministrativi. Il secondo, presente in massima parte nel primo biennio da Presidente, si appuntava intorno allo snellimento dell'insieme delle provvidenze erogate dal potere pubblico onde limitare la spesa federale, e ridurre contestualmente l'azione della mano pubblica per restituire maggiore centralità al mercato.

Dopo un abbrivio irto di difficoltà, nel 1983 la politica economica di Reagan iniziò a mietere i primi significativi successi. E le ragioni esplicative sono di particolare interesse per il ragionamento che stiamo svolgendo: la crescita era in larga parte tributaria di un aumento del consumo di beni durevoli come le automobili, l'edilizia, e – non da ultimo – l'*education*. Il tutto avvenne grazie alla messa in opera di modelli sempre più sofisticati e permissivi di accesso al credito. Simili innovazioni segnarono i primi passi nella direzione di un modello economico che sarà perseguito anche negli anni a venire (in modo *bipartisan*) e che rappresenterà il retroterra sul quale sorgeranno e prolifereranno i coefficienti determinanti la crisi dei mutui

¹⁰² E. Mostacci, A. Somma, *Gli Stati Uniti e il loro diritto*, cit., p. 296 ss.

subprime del 2007-2008. Il modello in questione è stato ridefinito, con formula assai efficace, “keynesismo privatizzato”¹⁰³.

Che sia stato l’accesso al credito a determinare un periodo espansivo dei consumi è certificato da una particolare circostanza: la crescita si verificò in un momento di progressivo peggioramento dei redditi di ampia parte della popolazione. Sicché l’allargamento delle maglie del credito al consumo e la conseguente totale disinvoltura nel rilascio dei prestiti compensarono temporaneamente e occultarono il progressivo impoverimento degli statunitensi.

La ricostruzione degli assetti generali descritti risulta essere particolarmente istruttiva per una migliore comprensione degli accadimenti sul fronte dell’istruzione e aiuta a illuminare meglio le ragioni dell’inutilità degli sforzi di Reagan profusi per il contenimento delle crescenti storture del fenomeno: l’agenda liberista si era impadronita anche della *higher education*. Volendo andare per gradi, bisogna cominciare con il dire che, una volta insediatosi, il Presidente tentò di arginare le criticità nell’istruzione assumendo iniziative su più fronti. Anzitutto, sollecitò il Congresso a varare il programma Parent Loan for Undergraduate Student (PLUS), un prestito federale erogato non già agli studenti, bensì ai loro genitori¹⁰⁴. Ciò ampliò la quantità di fondi disponibili per pagare l’università, ma il debitore effettivo (il genitore) aveva un reddito e un patrimonio ritenuti più regolari rispetto allo studente e quindi era un mutuatario più interessante. Anche se all’epoca della loro introduzione non furono di grande impatto, i PLUS sarebbero diventati in séguito uno strumento per espandere i prestiti agli studenti laureati. Inoltre, sempre dietro impulso dell’Amministrazione, il Congresso reintrodusse il tetto di reddito tra i criteri per ottenere i prestiti di onore: nel 1981 venne stabilito che solo le famiglie con un reddito annuo di massimo 30.000 dollari potevano beneficiare dei prestiti garantiti¹⁰⁵. Il che comunque non produsse effetti pratici di segno: la flessione nel volume delle somme prese a prestito fu minima, mantenendo livelli altissimi di indebitamento privato¹⁰⁶.

¹⁰³ Il termine *privatised keynesianism* è stato coniato da C. Crouch, *Privatised Keynesianism: An Unacknowledged Policy Regime*, in *British Journal of Politics and International Relations*, 2009, 3, p. 382 ss.

¹⁰⁴ An Act To Amend and Extend the Higher Education Act of 1965, and for Other Purposes, Publ. L. No. 96-374, sec. 419, § 428B(a), 94 Stat. 1367, 1424 (1980).

¹⁰⁵ Postsecondary Student Assistance Amendments of 1981, Publ. L. No. 97-35, sect. 532(a), §428(a)(2), 95 Stat. 357, 451 (approvato nel più ampio pacchetto Omnibus Budget Reconciliation Act of 1981) (1982).

¹⁰⁶ B. Akers, M.M. Chingos, *Game of Loans*, cit., p. 43, fig. 3.2.

Reagan era chiamato inoltre ad affrontare un ulteriore problema: come era stato presagito dal *report* realizzato dalla Rivlin su incarico di Johnson, l'attribuzione agli studenti di denaro era idonea a mettere in moto un confronto competitivo tra le scuole per accaparrarsi il maggior numero possibile di studenti. Sebbene, però, il *report* in questione presagisse una concorrenza sui prezzi, la realtà prese tutt'altra piega. La competizione, diversamente dai pronostici, si svolse lungo le linee del prestigio, al contempo lasciando che i prezzi delle rette crescessero indisturbati. Nell'arco ricompreso tra l'epoca di Johnson e quella di Carter gli sconti sulle *tuition* e l'assegnazione delle borse di studio erano stati pensati e attuati nei confronti degli studenti provenienti dalle famiglie più povere nell'ottica proprio di consentire loro di emanciparsi dalle condizioni di base. Negli anni '80, tuttavia, la tendenza si stava invertendo: la rincorsa al prestigio fece sì che le Università si riorientarono nel senso di ammettere studenti che presentavano curriculum di rilievo e punteggi più alti ai *test* nazionali. Da un lato, infatti, la pubblicazione a cadenza annuale di una classifica dei *college*, avviata nel 1983, contenuta negli U.S. News & World Report, riteneva che le realtà più prestigiose erano quelle che, da un lato, ammettevano meno studenti, dall'altro, avevano la popolazione studentesca con i voti migliori. Questo comportò un dirottamento dei fondi per gli sconti e le borse di studio per meriti nei confronti delle cosiddette *academic star*, le quali tendenzialmente provenivano da contesti sociali dell'*upper class*¹⁰⁷.

La presenza dei *ranking* divenne gradualmente pervasiva, sfiorando l'ossessione, agevolando le Università nei loro propositi di innalzamento dei costi: ammettere meno, ma a costi più alti, consentiva di scalare le classifiche e di accreditarsi come scuola d'*élite*. Per altro verso, la retorica reaganiana sulla responsabilità individuale e sull'importanza del *self-made man* per la grandezza degli Stati Uniti spingeva sempre più famiglie a basso e medio reddito a fare massiccio ricorso ai prestiti d'onore. Il tutto in un contesto di mercato che propugnava proprio l'idea di un accesso al credito illimitato, e già richiamato sotto l'effigie di keynesismo privatizzato. Non stupisce dunque il carattere anelastico della domanda di *higher education* a fronte di continui e significativi aumenti del suo costo: la disponibilità di somme teoricamente illimitate sotto forma di prestiti spingeva i più a farvi ricorso.

In un tale quadro, era inverosimile che le scuole fossero inclini a concorrere sul prezzo, dal momento che si andava affacciando con chiarezza una diversificazione della platea di riferimento: le scuole di *élite* si

¹⁰⁷ Per meglio approfondire, J. Selingo, *Who Gets In and Why*, New York, 2020, p. 79.

rivolgevano alle famiglie dell'*upper class*; le altre realtà a quelle a basso e medio reddito. I figli dei ceti medio-bassi, non avendo alternativa, erano disposti a indebitarsi quanto più possibile pur di frequentare il *college* nell'aspettativa di ottenere un'occupazione che consentisse una qualche forma di emancipazione. In questo contesto di mercato aggressivo, la Sallie Mae nel 1984 si era quotata alla borsa di New York.

Ma vi è di più: la metà degli anni '80 fece assistere ad un altro fenomeno quale ulteriore effetto indesiderato dell'assetto legislativo federale in materia di prestiti. Intuendo la profittabilità del settore, gli Stati costituirono delle autorità *non-profit* che operavano alla stregua di istituti di credito. Le agenzie in questione emettevano titoli obbligazionari esentasse, sovente acquistati dalla Sallie Mae, che consentivano loro di ottenere denaro a un tasso favorevole (che si aggirava intorno al 7%) per poi prestarlo agli studenti applicandone uno oscillante tra il 9 e il 14%. L'ingresso degli Stati federati nel mercato della *higher education* ebbe poi un ulteriore punto di caduta: forti della disponibilità di liquidità, e delle garanzie federali, gli enti vennero disincentivati progressivamente a fare investimenti nell'istruzione. Il che vale a spiegare perché sia negli anni '80 sia negli anni '90 l'aumento dei costi delle scuole pubbliche eguagliava in proporzione quello delle private¹⁰⁸. Addirittura, come vedremo, nella *legal education* l'incremento nelle pubbliche sarà in termini percentuali superiore a quello delle private. La dinamica menzionata durerà sinché Clinton non eliminerà del tutto la presenza di enti terzi nel meccanismo di finanziamento, sostituendovi un piano di prestiti concessi direttamente dalla Federazione. Peraltro, nonostante la riforma, le realtà di finanziamento create dagli Stati non scompariranno, ma cambieranno pelle, divenendo sovente dei *general contractor* dell'Amministrazione centrale deputati a gestire la fase di riscossione e le eventuali patologie del rapporto di prestito. Oppure, ancora, continuando ad emettere prestiti al di fuori dei prestiti garantiti.

Si diceva di come Reagan volesse porre un argine all'innalzamento incontrollato delle tasse universitarie. In effetti, risulta paradossale, dal momento che – per come dimostrato – i mali che affliggevano il sistema educativo erano il prodotto diretto della propria agenda in politica economica. Ad ogni modo, per risollevare le sorti del comparto educazione, nel 1985 nominò Bill Bennett a capo del Department of Education.

¹⁰⁸ Dati su: <https://educationdata.org/average-cost-of-college-by-year>.

Sfruttando alcuni spiacevoli accadimenti avvenuti durante l'interruzione primaverile delle lezioni dello stesso anno¹⁰⁹, Bennett criticò l'irresponsabilità degli studenti e l'inadeguatezza dei *college* a formare le giovani generazioni degli statunitensi. L'Amministrazione Reagan dispiegò tutte le misure necessarie per recuperare i debiti insoluti: pignoramenti dei salari e dei rimborsi fiscali in testa.

Per un'interessante coincidenza poi, proprio nel 1985, una corte newyorchese irrigidì la disciplina relativa all'inadempimento dei prestiti in materia di *education* rispetto alle altre tipologie di debito. Elaborando il cosiddetto *Brunner Test*, il giudice giunse ad affermare che per invocarsi una *undue hardship* era necessario superare un *test* a tre fattori: *i.* il debitore avrebbe dovuto provare di non essere in grado di mantenere un tenore di vita minimo sulla base del rapporto reddito/spese; *ii.* dimostrare che la sua situazione non era destinata a migliorare nel breve periodo; *iii.* di aver compiuto uno sforzo in buona fede per ripagare quanto dovuto¹¹⁰.

Aveva cionondimeno le mani legate con riferimento ai *college*. Sicché Bennett dovette limitarsi ad affidare la propria frustrazione alle colonne del *New York Times*. Nel 1987, venne pubblicato in prima pagina l'articolo intitolato *Our Greedy Colleges*¹¹¹. Stando a quanto riportato dal capo del Department of Education di Reagan, le Università e i *college* avevano aumentato le rette di un minimo di sei a un massimo di otto punti percentuali ogni anno. Il Congresso, secondo Bennett, lo aveva consentito. Il punto non era che la *higher education* fosse sotto-finanziata, ma che scontava un difetto di *accountability* ed era sottoproduttiva. Formulò poi un'ipotesi, divenuta ben presto nota come *Bennett Hypothesis*, secondo cui l'espansione da parte del Congresso dei programmi di aiuto finanziario agli studenti aveva generato un circolo vizioso di incremento delle *tuition*. L'aumento costante portava il Congresso a stanziare sempre più fondi per pagare le rette introducendo via via tetti ai prestiti sempre meno elevati. A loro volta, di fronte all'aumento dei tetti, gli enti scolastici proseguivano con

¹⁰⁹ Durante lo *spring break* studenti provenienti dai *college* di tutto il Paese si erano riuniti a Fort Lauderdale, in Florida, come ogni anno da tradizione, e in quel contesto c'erano stati scontri con le forze dell'ordine che si erano risolti in alcuni arresti e tre morti: per ulteriori approfondimenti sulla vicenda, cfr. J. Mitchell, *The Debt Trap*, cit., p. 70.

¹¹⁰ *Brunner v. New York State Higher Educ. Services Corp.*, 46 B.R. 752 (S.D.N.Y. 1985), aff'd, 831 F.2d 395 (2d Cir. 1987). Per ulteriori approfondimenti sull'argomento e sul dibattito sorto in dottrina statunitense, v. K.J. Smith, *Defining the Brunner Test's Three Parts: Time to Set a National Standard for All Three Parts to Determine When to Allow the Discharge of Federal Student Loans*, in 58 *South Dakota Law Review*, 2013, 2013, 2, p. 250 ss.

¹¹¹ William J. Bennett, *Our Greedy Colleges*, in *New York Times*, 1987, 18 febbraio 1987, A31.

l'aumento ulteriore dei costi per l'educazione superiore. Quindi nuovi tetti, aumento delle rette, e così via in una spirale potenzialmente infinita. Il Congresso stava nutrendo una bestia dall'appetito insaziabile. La *Bennett Hypothesis*, oltre ad essere rimasta a lungo una mera ipotesi¹¹², non produsse alcun effetto pratico: nessun limite massimo venne imposto alle rette universitarie. Ancora una volta, l'agenda di politica economica di Reagan era prevalsa sui propositi riformatori del suo stesso ideatore.

10. Una breve digressione sulla legal education negli anni '80: tra particolare e generale

Giunti a questo punto è opportuna una breve digressione per assolvere al dichiarato intento di sviluppare l'economia del discorso in senso deduttivo (dal generale, costituito dall'assetto complessivo dell'esperienza giuridica statunitense, al particolare, il tema dei costi nella formazione dei giuristi). E ciò poiché l'analisi di quanto accaduto nelle *law school* negli anni '70 e '80 consente di verificare la validità, a mo' di caso di studio, delle affermazioni sviluppate nei paragrafi che precedono.

Anzitutto, iniziamo con il dire che, in linea con l'espansione degli iscritti alla *higher education*, anche i corsi post-laurea in diritto hanno conosciuto una significativa espansione in termini di iscritti: tra il 1969 e il 1982, il numero delle nuove immatricolazioni nelle *law school* è passato da 23.652 ai 42.521. Una sostanziosa crescita, pari all'80%, che rappresentava la più alta mai registrata fino ad allora¹¹³.

Una simile espansione aveva ricreato nuove criticità, prima fra tutte quella relativa al debito degli studenti, in maniera più spiccata rispetto ai *college*: le scuole *post-graduate*, le *law school* come le *medical school*, sono tradizionalmente costate di più in ragione delle aspettative di guadagno che – idealmente – avrebbero dovuto assicurare ai loro diplomati. Di conseguenza, vecchie e nuove disuguaglianze venivano a determinarsi nella specifica declinazione di diseguaglianza economica, che – all'evidenza – sottendeva disparità sociali e razziali.

¹¹² Recentemente, alcuni dati hanno confermato la validità della sua analisi: cfr. J.A. Robinson, *The Bennett Hypothesis Turns 30*, The James G. Martin Center for Academic Renewal, Occasional Paper, 2017, reperibile su: https://www.jamesgmartin.center/wp-content/uploads/2017/12/Bennett_Hypothesis_Paper_Final-1.pdf.

¹¹³ Dati riportati da B. Barton, *Fixing Law Schools: From Collapse to the Trump Bump*, New York, 2018, p. 73 ss.

Il volume del debito era determinato dal fatto che le *law school* avevano aumentato sensibilmente le rette ben oltre i meri aggiustamenti necessari a fronteggiare l'inflazione. Quest'ultima è sì stata un fattore di aumento dei costi delle *law school*, ma tali aumenti hanno di gran lunga superato quanto necessario per farvi fronte. Basti prendere in considerazione i seguenti dati: nel 1985 la retta media di una privata ammontava a 7.526 dollari. Aggiustata all'inflazione, nel 2023 avrebbe dovuto essere pari a 22.279 dollari. Al contrario, la media si è attestata a 55.963 dollari. In altre parole, e al netto delle vicende inflattive, nel 2023 le *law school* private sono risultate 2,51 volte più costose del 1985. Medesimo discorso vale per le realtà pubbliche. Nel 1985, la retta media era pari a 2.006 dollari per i residenti. A séguito dell'aggiustamento all'inflazione, nel 2023 avrebbe dovuto essere di 5.934. Invece, il valore medio si è attestato a 30.554 dollari. In altri termini, al netto dell'inflazione, la frequenza di una *law school* pubblica è costata nel 2023 5,15 volte in più al 1985¹¹⁴. Le rette elevate imponevano agli studenti di contrarre più debito: si stima ad esempio che tra il 2002 e il 2013 l'aumento del debito pro-capite sia stato dell'83% per le private e del 100% per le pubbliche¹¹⁵.

In modo analogo a quanto sopra descritto, anche nella formazione del giurista l'aumento dei costi non determinava una riduzione della domanda. Mentre Bennett formulava la sua ipotesi sulle colonne del New York Times, l'allora decano della Tulane Law School in Louisiana si interrogava sull'anelasticità della domanda di *legal education*. John R. Kramer, intento a fare proiezioni sul futuro dei costi dell'educazione del giurista e interrogandosi su quanto sarebbero stati disposti a prendere in prestito gli studenti per frequentare una scuola di diritto, si trovava a dover constatare che la domanda appariva effettivamente anelastica¹¹⁶: l'aumento delle rette universitarie non produceva una diminuzione del numero degli iscritti, i quali anzi continuavano a crescere insieme al debito contratto per la *higher education*.

Alcuni hanno tentato di dare una spiegazione del fenomeno: ad esempio, James White ha suggerito che le iscrizioni dipendevano più che altro dalle aspettative che i giovani e le famiglie nutrivano nei confronti delle opportunità lavorative a disposizione del giurista¹¹⁷. Aspettative oltremodo ottimistiche maturate sull'assunto della durevolezza nel tempo del successo

¹¹⁴ Dati su: <https://www.lawschooltransparency.com/trends/tuition>.

¹¹⁵ I dati sono raccolti ivi nella tabella di p. 74 ss.

¹¹⁶ J.R. Kramer, *Will Legal Education Remain Affordable, By Whom, and How?*, in *Duke Law Journal*, 1987, 2, p. 240 ss., spec. p. 240.

¹¹⁷ J. White, *The Impact of Law Student Debt Upon the Legal Profession*, in 39 *Journal of Legal Education*, 1989, 5, p. 725 ss.

sperimentato in quegli anni dal giurista e dalla sua formazione. Per l'effetto, gli studenti e le loro famiglie erano inclini a investire ingenti risorse di denaro in un'attività che consideravano essere il viatico verso la piena realizzazione lavorativa e personale.

Vi erano, tuttavia, delle avvisaglie sulla fallacia di queste credenze. Nel 1976, un'analisi condotta sulle condizioni della professione forense a Chicago denunciava la crescente stratificazione professionale con sproporzioni significative nei guadagni degli avvocati¹¹⁸. Non si giungeva a formulare il rischio rispetto alla capacità dei debitori di ripagare i debiti contratti per la *law school*, ma si può senz'altro affermare che fosse questo uno dei logici risvolti dei dati riportati. Lo studio si sarebbe rivelato successivamente premonitore di uno stato di cose esteso a tutto il territorio federale¹¹⁹. Altra plausibile spiegazione della anelasticità della domanda è da ricercarsi, a nostro avviso, nell'azione della politica statunitense e che si riflette nella ipotesi di Bennett: in particolare il keynesismo privatizzato, con i suoi sofisticati ritrovati in punto di accesso al credito unitamente al continuo innalzamento dei tetti massimi delle somme a prestito, aveva ingenerato nella popolazione il ragionevole convincimento che, a prescindere da tutto, quel tipo di investimento era sicuro e remunerativo.

La disamina delle riflessioni conclusive di Kramer in un altro dei suoi scritti è interessante poiché si inserisce pienamente nella politica generale statunitense in materia di *higher education*: ancorché egli avesse maturato la consapevolezza che il sistema dei costi sarebbe stato insostenibile sul lungo periodo e che ciò avrebbe potuto avere delle ricadute disastrose sulla *legal education* e sul futuro delle giovani generazioni di giuristi, nell'indisponibilità di una formula magica per risolvere il problema non restava tuttavia che temporeggiare *muddling through*¹²⁰.

¹¹⁸ J. Heinz, E. Laumann, *Chicago Lawyers: The Social Structure of the Bar*, Chicago, 1982, p. 3 ss.

¹¹⁹ Di questi ci si occuperà nel prosieguo della trattazione, v. *infra*.

¹²⁰ J.R. Kramer, "Deans and Presidents: Sharing in Bankruptcy or Maybe the Cash Cow Won't be Able to Moo," *The Law School and the University: The Present and the Future*, American Bar Association Section of Legal Education and Admissions to the Bar, Occasional Paper n. 6, 1993, p. 55 ss., spec. p. 65.

11. *La dissoluzione dell'Unione Sovietica e l'avvento del capitalismo selvaggio: ovvero dell'acquisizione del monopolio del mercato sull'higher education*

La dissoluzione dell'Unione Sovietica, plasticamente simboleggiata dalla caduta del muro di Berlino, oltre a comportare la sconfitta del comunismo rispetto al modello capitalistico di organizzazione della società, aveva dato accesso a quella visione irenica da “fine della storia”¹²¹. La circostanza che anche in Paesi una volta gravitanti nell'orbita sovietica, come Sud Corea e Cina, avesse attecchito il modello socio-economico nord-americano¹²² aveva avviato una nuova stagione di profonda e inattaccabile fiducia nel mercato quale luogo capace di ospitare qualsiasi dinamica di allocazione delle risorse, ivi ricompresa la redistribuzione della giustizia economica e di quella sociale¹²³.

L'affermazione della globalizzazione avrebbe poi, di lì a poco, scosso alle fondamenta la società statunitense, cambiando per sempre il mercato del lavoro: il commercio internazionale consentiva ora di esternalizzare in Paesi terzi la manodopera non qualificata onde ottenere produzioni a costi notevolmente ridotti. Nel frattempo, sul versante interno, ciò aveva spinto i datori di lavoro a richiedere, per converso, manodopera sempre più qualificata, cercando di attrarla con aumenti salariali sensibili. Le competenze specifiche che erano richieste si acquisivano al *college*: da qui, una divaricazione preoccupante tra gli aumenti dei salari di chi deteneva un diploma rispetto a chi ne era sprovvisto. Stime riportano come tra il 1980 e il 1990, lo stipendio medio crebbe del 6% oltre l'aggiustamento all'inflazione per i primi; diminuì invece del 5% per tutti gli altri¹²⁴. La diseguaglianza era ancora più problematica dal momento che solo un quinto degli statunitensi aveva, in quel momento, un diploma collegiale¹²⁵.

La descritta situazione aveva un risvolto pratico di primario rilievo: sempre più persone, al fine di preordinarsi condizioni migliori di vita, si iscrivevano al *college*. Del resto, come affermato dall'allora vicedirettore del Board of Education del New Jersey, Albert Merck, «la *higher education*, una

¹²¹ F. Fukuyama, *The End of History and the Last Man*, New York, 1992.

¹²² Ulteriori spunti in G.F. Ferrari, *Le libertà. Profili comparatistici*, Torino, 2011, p. 259 ss.

¹²³ Sul tema, per tutti, si v. A. Somma, voce *Capitalismo*, in *Enciclopedia Italiana*, X Appendice, 2020, p. 217 ss.

¹²⁴ Dati riportati da J. Mitchell, *The Debt Trap*, cit., p. 81.

¹²⁵ Dati raccolti dallo U.S. Bureau of the Census e reperibili su: <https://www2.census.gov/library/publications/decennial/1990/cqc/cqc-13.pdf>.

volta un privilegio, costituisce oggi una necessità»¹²⁶. Nel frattempo, sempre durante il decennio ricompreso tra il 1980 e il 1990 si era assistito a un aumento sensibile dei costi per la *higher education* (e per quella *post-graduate*, come dimostrato nel paragrafo precedente): nel 1991, frequentare un *college* privato di una durata quadriennale costava, all'anno, in media 14.258 dollari, il 150% in più rispetto al 1980. L'aumento nelle realtà pubbliche era leggermente inferiore, attestandosi intorno al 120%, il che significava una media annuale di 5.693 dollari¹²⁷. Questo si tradusse in un innalzamento significativo del debito privato: in media, nel 1991, un individuo statunitense aveva un debito per la formazione pari a 16.417 dollari, il doppio – sempre su base mediana – di quanto non fosse solo sei anni prima¹²⁸.

Dinanzi a questi assetti l'Amministrazione federale e il Congresso avevano a disposizione due alternative: o aumentare significativamente il numero di borse di studio; o lasciare che le famiglie si indebitassero sempre di più. La seconda fu la strada percorsa, quantunque con mutamenti significativi dapprima nel 1992 e dipoi nel 1993 con l'arrivo di Bill Clinton a Capitol Hill. Ma procediamo per gradi.

Diffusi erano i malumori nei confronti della *higher education*. Un *exposé* apparso sul *Wall Street Journal* nel maggio del 1989 aveva riportato che 23 tra le scuole più elitarie del Paese, molte delle quali appartenenti alla lega dell'edera (la Ivy League), avevano dato vita a un cartello anti-concorrenziale per la fissazione dei prezzi delle rette (e per la determinazione concordata della scontistica applicata). Concludeva icasticamente l'articolo in questione che «le scuole dell'Ivy League sono parte di un sistema di fissazione dei prezzi che farebbe invidia all'OPEC»¹²⁹. Un *report* presentato nel 1991 al Permanent Subcommittee on Investigations of the Committee on Governmental Affairs allargava il quadro problematico. Vi si ritrova affermato che nell'ambito del Guaranteed Student Loan erano stati individuati prestatori privi di scrupoli, inetti e disonesti che hanno prosperato nel corso degli anni '80, sfruttando sia la disponibilità di miliardi di dollari di prestiti garantiti agli studenti, sia la debolezza e la disattenzione

¹²⁶ C. Hendrie, *Colleges Face Serious Challenges*, in *The Record* (N.J.), 21 maggio 1990.

¹²⁷ Dati ricavati da *Average undergraduate tuition and fees and room and board rates charged for full-time students in degree-granting postsecondary institutions, by level and control of institution: Selected years, 1963-64 through 2018-19*, in *Digest of Education Statistics*, tabella 330.10, reperibile su: https://nces.ed.gov/programs/digest/d19/tables/dt19_330.10.asp.

¹²⁸ S. Waldman, *The Bill: How Legislation Really Becomes Law: A Case Study of the National Service Bill*, New York, 1996, p. 29.

¹²⁹ G. Putka, *Do Colleges Collude on Financial Aid?*, in *Wall Street Journal*, 2 maggio 1989, B1.

del sistema chiamato a vigilare su tali prestiti, lasciando centinaia di migliaia di studenti con poca o nessuna formazione, senza lavoro e con un debito significativo che non erano in grado di ripagare¹³⁰.

Nel 1990, anche per rendere più trasparente l'intero sistema contabile a livello federale, il Congresso approvò il Federal Credit Reform Act¹³¹ con cui si prevedeva il dovere di fare delle proiezioni nel bilancio federale circa i costi attesi provenienti dai prestiti sul lungo periodo¹³². Se, da un lato, ciò ebbe il merito di diminuire l'opacità sui reali costi pagati dallo Stato per finanziare l'*higher education*, dall'altro, rese evidente che, se gli interessi fossero stati pagati direttamente al Tesoro, ci sarebbe stata un'ulteriore voce in attivo per la spesa pubblica.

Il montante malcontento provocò alcune reazioni degne di nota, in particolare nei confronti della Sallie Mae. Nel 1991, il deputato democratico Rob Andrews formulò una proposta di legge che avrebbe comportato la sostituzione del Guaranteed Student Loan Program con un sistema di prestiti direttamente erogati dal Tesoro, e che avrebbe dunque espunto dalla scena tanto la Sallie Mae quanto le banche¹³³. La proposta generò un panico generale, tanto da far perdere alle azioni della Sallie Mae il 14% del valore in una sola volta. Non si fece attendere la reazione del Presidente George H.W. Bush, il quale – vicino agli interessi dei grandi gruppi finanziari della Nazione – minacciò l'esercizio del veto presidenziale qualora il disegno di Andrews fosse stato approvato dal Congresso¹³⁴. La soluzione raggiunta fu di compromesso e portò con sé alcune novità di indubbio rilievo, tre in tutto.

In primo luogo, il disegno di legge del 1992 creò una nuova categoria di prestiti non sovvenzionati, di fatto estendendo a tutti i livelli di reddito la possibilità di ricorrere al debito privato per la *higher education*. Con la significativa differenza che per i primi gli interessi maturati durante tutta la frequenza del corso prescelto e fino a nove mesi dopo la laurea erano appannaggio dello Stato (da qui, la sovvenzione), mentre per i secondi tutto

¹³⁰ Congress of the U.S., Washington, D.C. Senate Committee on Governmental Affairs, *Abuses in Federal Student Aid Programs. Report Made by the Permanent Subcommittee on Investigations of the Committee on Governmental Affairs United States Senate*, Rep. no. S.R. 102-58, 17 maggio 1991.

¹³¹ Federal Credit Reform Act of 1990, Publ. L. 101-508, 104 Stat. 1388 (1990).

¹³² L'operazione fu realizzata equiparando i prestiti diretti a quelli dove è lo Stato a fare da garante: *ivi*, §502(1).

¹³³ The Middle Income Educational Opportunity Act of 1991 (H.R. 3211).

¹³⁴ H. Stout, *Veto is Threatened for Legislation on Student Loans*, in *Wall Street Journal*, 23 ottobre 1991, A3.

rimaneva a carico degli studenti sin da principio¹³⁵. L'innovazione era stata già contemplata nella proposta, poi arenatasi, di Andrews, il quale reputava che – combinata con il meccanismo di prestiti diretti – avrebbe potuto giovare alle casse dello Stato: queste avrebbero infatti guadagnato le maggiori somme degli interessi anche durante la frequenza dei *college*. Venuta meno l'impalcatura dei prestiti diretti, però, nella riforma adottata, il meccanismo si tradusse in una misura di favore nei confronti di banche e istituti di credito.

In secondo luogo, gli emendamenti del 1992 hanno eliminato il limite massimo ai prestiti rientranti nel programma PLUS¹³⁶. Prima del 1992, i genitori potevano prendere in prestito solo 4.000 dollari all'anno, mentre con la riforma si prevedeva la possibilità di richiedere somme per l'intero costo della frequenza (spese per rette, alloggio, costo dei libri, etc.) di un *college* o di un corso *post-graduate*¹³⁷. Se questo significava, in un senso, che per la prima volta gli studenti erano certi di avere fondi sufficienti a copertura di tutti i costi per l'istruzione, in un altro, operava un significativo ampliamento del ventaglio di possibilità di indebitamento privato, trasladando semplicemente la posizione debitoria dagli studenti alle famiglie. La medesima disciplina aumentava, di fatto assecondando le pratiche delle scuole di aumento dei costi, il limite massimo delle somme da poter prendere a prestito¹³⁸.

In terzo e ultimo luogo, gli emendamenti del 1992 crearono un progetto pilota di prestiti diretti da parte del Tesoro con un campo operativo inizialmente limitato¹³⁹, ma che verrà poi espanso durante la Presidenza Clinton alla quale si deve un decisivo cambio di rotta.

12. Clinton sancisce definitivamente la fine del Big Government, ma non nella gestione dei costi dell'higher education

Si diceva che la dissoluzione dell'Unione Sovietica aveva sancito l'acquisizione al senso comune del ruolo del mercato quale luogo principe per la redistribuzione di qualsiasi risorsa, ivi ricompresa l'istruzione, e aveva

¹³⁵ An Act to reauthorize the Higher Education Act of 1965, and for other purposes, Publ. L. No. 102-325, sect. 422, §428H, 106 Stat. 448, 535 (1992).

¹³⁶ Ivi sect. 418(b)(2), § 428B (che sostituisce la precedente sect. 428B(b)(1)-(2))

¹³⁷ Ivi, sect. 422, §428H(c).

¹³⁸ Ivi, sect. 413, §425.

¹³⁹ Ivi, sect. 451, §451.

fatto assurgere ad assioma l'idea del *limited Government*. Abbiamo altresì rilevato come questa linea sarebbe stata sposata in maniera indiscriminata tanto dai repubblicani quanto dai democratici. Per convincersi di ciò basti qui riportare il discorso pronunciato da Bill Clinton sullo Stato dell'Unione nel 1996 dove afferma incontrovertibilmente che l'«era dello Stato interventista è finita»:

«Sappiamo che il *Big Government* non ha tutte le risposte. Sappiamo che non c'è un programma disponibile per ogni problema. Lo sappiamo, e abbiamo lavorato per dare al popolo statunitense un più piccolo, meno burocratico Governo a Washington. E dobbiamo dare alla gente uno che vive entro i propri mezzi. L'era del *Big Government* è finita. Ma non possiamo tornare al tempo in cui i nostri cittadini erano lasciati a combattere da soli»¹⁴⁰.

In effetti, nell'*entourage* politico di Clinton si scontrarono due strategie economico-politiche alternative. La prima, che rispondeva all'esigenza di non lasciare i cittadini a combattere da soli, si incentrava in un recupero della tradizione del pensiero classico di Keynes e immaginava un piano di azione con i fuochi messi sulla riespansione degli investimenti pubblici, un potenziamento del *welfare* e riforme strutturali per affrontare le problematiche poste dalla terziarizzazione. La seconda strategia propugnava invece una riduzione della spesa pubblica e un contenimento del deficit. Clinton avrebbe preferito la seconda, più in linea con la sua strategia moderata. La politica sociale attuata si dimostrava coerente con la politica finanziaria secondo una logica permeata, per un verso, dalle riflessioni intorno alle trappole del *welfare*, per un altro, dalla retorica fastidiosa del povero indolente e pigro¹⁴¹. In altre parole, l'Amministrazione procedette a revisionare gli strumenti di politica sociale per far sì che il beneficiario dell'intervento assistenziale non finisse per fare esclusivo affidamento su di essi, condannandosi a una perenne dipendenza dagli aiuti pubblici¹⁴².

Di tutto ciò è paradigmatica l'approvazione, nel 1993, dell'Omnibus Budget Reconciliation Act, che contemplò interventi – ivi ricompresi alcuni in materia di *higher education* – volti alla riduzione della spesa pubblica, specie

¹⁴⁰ B. Clinton, *Address Before a Joint Session of the Congress on the State of the Union*, 23 gennaio 1996, reperibile su: <https://www.presidency.ucsb.edu/documents/address-before-joint-session-the-congress-the-state-the-union-10>.

¹⁴¹ Sul *lazy poor*, v. G.F. Gilder, *Wealth and Poverty*, 1981, New York, *passim*.

¹⁴² Per ulteriori spunti riflessivi sulla cattiva volontà nella «eldorado delle opportunità», cfr. E. Mostacci, A. Somma, *Gli Stati Uniti e il loro diritto*, cit., p. 302 ss.; E. Bertram, *The Workfare State. Public Assistance Politics from the New Deal to the New Democrats*, Philadelphia, 2015, p. 65 ss.

di quella sociale. Le misure licenziate avrebbero condotto, in poco tempo, a una diminuzione delle uscite (da 21 a 18 punti di PIL) e ad un corrispondente aumento delle entrate (da 17 a 20 punti di PIL).

Peraltro, solo apparentemente la retorica anti-pauperista avrebbe colpito gli adulti e non anche i fanciulli o i giovani¹⁴³. È vero, infatti, che sotto la Presidenza Clinton fu approvato un aumento delle borse di studio Pell Grants¹⁴⁴, ma accanto a ciò venne assunto un novero di interventi che avrebbe portato a compimento l'affidamento pieno alle logiche economiche il finanziamento della *higher education*.

Anzitutto, Clinton espanse sensibilmente l'ambito di operatività dei prestiti diretti onde consentire allo Stato, e non più agli enti privati, di lucrare sugli interessi e di risanare i conti pubblici. Era chiaro come, anche in virtù di quanto detto sul Federal Credit Reform Act del 1990, lo Stato aveva intuito le potenzialità di guadagno di gestire direttamente i prestiti. Complice l'introduzione, nel 1992, anche di quelli non sovvenzionati, che prevedevano la maturazione degli interessi sin dal primo anno di corso di studio. Non è dunque un caso che venne adottata nel 1993 nel contesto del più ampio pacchetto, già citato, dell'Omnibus Budget Reconciliation Act¹⁴⁵.

Nei prestiti diretti, i fondi erano erogati direttamente dal Governo federale, il quale diventava creditore e non più garante, e venivano iscritti a bilancio¹⁴⁶. Certamente, l'innovazione, per quanto non cambiasse l'assetto dei rischi in caso di inadempimento (esposto all'eventuale *default* degli studenti erano pur sempre i fondi pubblici, e quindi i contribuenti), ebbe il merito di esautorare gli intermediari, riducendo così i costi delle operazioni. E, però, non eliminava in nessun modo le problematiche dell'aumento delle rette universitarie, giacché non introduceva alcun limite, che pure sarebbe stato giustificabile nell'ottica di contenimento della spesa pubblica vieppiù sulla scorta del fatto che era ora il Governo ad erogare direttamente i fondi. La riforma del 1993, nei fatti, si prefissava di arrivare, nel quinquennio successivo alla sua approvazione, a una percentuale del 60% di prestiti diretti sul totale di quelli erogati.

Un'altra significativa innovazione introdotta durante l'Amministrazione Clinton fu, sempre nel 1993, la creazione dell'Income-

¹⁴³ Come affermano, invece, E. Mostacci, A. Somma, *Gli Stati Uniti e il loro diritto*, cit., p. 302.

¹⁴⁴ *Ibidem*.

¹⁴⁵ Student Loan Reform Act of 1993, Publ. L. No. 103-66, sect. 4021, §451, 107 Stat. 312, 341 (approvato nel più ampio pacchetto dell'Omnibus Budget Reconciliation Act of 1993) (1993).

¹⁴⁶ *Ivi*, sect. 4021, §452.

Contingent Repayment (ICR), che consentiva ai debitori, invece di pagare una rata fissa e standardizzata per i prestiti accesi, di rimodularla al 15% del proprio reddito (calcolato secondo un rapporto tra lordo e soglia della povertà) e di ricevere la remissione del debito una volta trascorsi 25 anni¹⁴⁷. Per come concepito, l'ICR ebbe inizialmente scarsa diffusione, consolidandosi solo in un secondo momento durante la Presidenza Obama. Originariamente lo strumento si rivolgeva esclusivamente ai prestiti diretti, lasciando così fuori tutti quegli individui che avevano in precedenza, e che avrebbero successivamente, fatto ricorso al Guaranteed Student Loan Program. Sia come sia, è evidente che anche questa misura finiva per prolungare l'esposizione debitoria degli individui a tutto beneficio del rimpinguamento delle casse pubbliche.

In sintesi, si può dire che le misure intervenute nel 1992 e nel 1993 hanno rappresentato un importante passo avanti per l'assunzione da parte del Governo di un ruolo diretto nel finanziamento della *higher education*. Grazie a una combinazione di prestiti per studenti e genitori, i prestiti federali garantivano un ampio ventaglio di possibilità per qualsiasi studente, a prescindere dal reddito, di coprire i costi di tutta la frequenza dei corsi. I prestiti stessi provenivano sempre più spesso direttamente dal governo federale, anziché da prestatori privati con garanzie e sub-garanzie federali. L'ICR poi ha segnato l'inizio di un massiccio cambio delle condizioni di restituzione dei prestiti, portato a compimento dopo la crisi del 2007-2008. Allo stesso tempo, però, le mosse di Clinton avevano avuto l'effetto, paradossalmente, di accentuare gli aspetti negativi del sistema. Sullo stimolo a fare più debito basti dire che poco dopo il 1993 quello privato sarebbe raddoppiato, aprendo la strada alle cifre astronomiche dei giorni nostri¹⁴⁸. In aggiunta, la coesistenza di due programmi paralleli, l'uno erogato dallo Stato sotto forma di prestiti diretti, l'altro – ancora in funzione – del Guaranteed Student Loan Program, si sarebbe di lì a poco dimostrato catastrofica e promotrice di una concorrenza a ribasso condotta tutta a danno degli studenti.

13. La coesistenza di due programmi paralleli per il finanziamento dell'higher education ricorrendo ai prestiti federali

¹⁴⁷ Student Loan Reform Act of 1993, sect. 4021, §455(d)(1)(D), (e).

¹⁴⁸ B. Akers, M.M. Chingos, *Game of Loans*, cit., p. 47-49 e Aa.Vv., *Financing American Higher Education*, cit., p. 79, fig. 4.3.

La presenza di programmi paralleli avrebbe, quindi, innescato una vera e propria competizione tra settore privato e pubblico nell'accaparramento dei prestiti degli studenti. Da un lato, infatti, l'Amministrazione voleva utilizzarli per risanare il deficit e per fare investimenti pubblici, dall'altro, Wall Street e i suoi investitori volevano continuare a trarre profitti da un mercato particolarmente florido.

Nell'intento di smantellare il sistema precedente, Bill Clinton si trovò costretto a fare alcune concessioni alla Sallie Mae. Ora, si ricorderà come questa compagnia fosse di natura ibrida (pubblico-privato in ragione della presenza di amministratori nominati dall'Esecutivo) e che il suo scopo sociale era quello di fungere eminentemente da mercato secondario di acquisto del debito degli studenti e di gestirne l'*iter* di restituzione, in questo modo immettendo liquidità nel settore bancario per stimolarlo all'erogazione di ulteriori somme di denaro. Da statuto, in effetti, la Sallie Mae avrebbe anche potuto prestare denaro direttamente agli studenti, quantunque, in virtù di un patto tacito con il Governo, questa facoltà non era stata mai esercitata sino ad allora.

Nel 1996, su richiesta dell'ente, l'Amministrazione Clinton approvò una legge con la quale liberò la Sallie Mae, a tutti gli effetti, dello stato di GSE e procedette alla sua privatizzazione¹⁴⁹. L'operazione fu realizzata dietro la rassicurazione, verbale, da parte della Sallie Mae che non avrebbe emesso prestiti direttamente agli studenti, così scongiurando una sovrapposizione (e una competizione) con i prestiti diretti governativi¹⁵⁰. La storia prese, ad ogni buon conto e ben presto, una piega del tutto diversa, a smentita delle rassicurazioni offerte all'Esecutivo.

Il declino subito nell'occupazione a séguito dei fenomeni di de-industrializzazione era ormai al massimo storico nella seconda metà degli anni '90 e all'inizio degli anni zero¹⁵¹. Come si è riportato, il numero di iscritti al *college* era cresciuto sensibilmente nello stesso periodo, e così anche le rette universitarie. Eppure, sei su dieci studenti usciti dalla *high school* si iscrivevano al *college*, di talché c'era un margine di possibile guadagno per i prestatori: segnatamente il 40%¹⁵². Il convincimento era del resto agevolato dal fatto

¹⁴⁹ Student Loan Marketing Association Reorganization Act of 1996, Publ. L. 104-208, 110 Stat. 3009 (1996).

¹⁵⁰ Vicende riportate da J. Mitchell, *The Debt Trap*, cit., p. 103.

¹⁵¹ U.S. Bureau of Labor Statistics, *All Employees, Manufacturing*, FRED, Federal Reserve Bank of St. Louis, reperibile su: <https://fred.stlouisfed.org/series/MANEMP>.

¹⁵² Dati ricavati da *Recent high school completers and their enrollment in college, by sex and level of institution: 1960 through 2018*, in *Digest of Education Statistics*, tabella 302.10, reperibile su: https://nces.ed.gov/programs/digest/d19/tables/dt19_302.10.asp.

che i salari dei diplomati al *college* aumentavano a fronte di una generalizzata contrazione per tutto il resto della popolazione.

Stando così le cose, la Sallie Mae aveva tutto l'interesse a rimanere nel mercato dei prestiti. Per far ciò, all'evidenza, doveva vincere la competizione con il neo-approvato programma clintoniano in modo tale da assicurare la sopravvivenza del Guaranteed Student Loan Program. L'allora amministratore delegato intendeva perseguire l'obiettivo con una strategia duplice: sostituirsi alle banche come prestatore principale ed emettere, oltre a quelli garantiti, prestiti addizionali sottratti alla soglia dei tassi di interesse fissata per via autoritativa dal Governo (al 10%, come si ricorderà).

La prima strategia intendeva essere perseguita attraverso l'applicazione di una scontistica agli studenti che si rivolgevano alla Sallie Mae e non agli altri soggetti (banche e governo): ciò era possibile in ragione delle ingenti riserve accantonate nel tempo dalla società. Per imbonirsi le scuole la compagnia metteva a loro disposizione attrezzature elettroniche che avrebbero assicurato una gestione più veloce, e meno burocratica, del processo di richiesta dei prestiti.

Nella seconda strategia, invece, un ruolo centrale avrebbe giocato l'avvicinamento della Sallie Mae alle scuole *for-profit*, le quali erano assoggettate a una disciplina più restrittiva: all'inizio degli anni '90 il Congresso aveva approvato una regola – nota come *85-15 rule*¹⁵³ – che faceva divieto alle realtà *for-profit* di ricevere più dell'85% degli introiti annui dai prestiti garantiti a livello federale. La ragione ispiratrice della disciplina era chiara: in quanto imprese volte al profitto, era necessario che almeno un delta di rischio (fissato al 15% appunto) rimanesse in capo alla compagine proprietaria e alla gestione della scuola. Oltre a ciò, si voleva responsabilizzare tali enti facendo sì che non accogliessero domande di iscrizione provenienti da studenti ad alto rischio di abbandono scolastico. E, tuttavia, in breve tempo il delta di rischio operativo ricreato dalla disciplina fu coperto attraverso non già risorse proprie, ma grazie a uno schema di prestiti privati erogati agli studenti dalla Sallie Mae. Così traslando tutti i rischi di eventuali *default* sugli studenti medesimi. La società avrebbe messo a disposizione un *plafond* con il quale questi ultimi avrebbero potuto finanziare la porzione di costi non coperta dai prestiti federali¹⁵⁴.

¹⁵³ An Act to reauthorize the Higher Education Act of 1965, and for other purposes, Publ. L. No. 102-325, sect. 481(b)(3), 106 Stat. 448, 611 (1992).

¹⁵⁴ Per ulteriori approfondimenti sul tema, si rinvia a J. Mitchell, *The Debt Trap*, cit., p. 107 ss.

L'avvento di George W. Bush alla Casa Bianca non fece che accelerare i processi in atto, essendo convinto – ancor più dei suoi predecessori – del ruolo del mercato nel perseguire obiettivi sociali. Alcune scelte compiute dal suo *entourage* agevolarono notevolmente la proliferazione delle realtà *for-profit*, in tal modo facendo gli interessi della Sallie Mae che avrebbe potuto erogare sempre più prestiti privati, lucrando sui tassi di interesse sottratti ai limiti governativi. Ciò fu realizzato anche per il tramite del rilassamento di alcune regole sul reclutamento aggressivo da parte delle realtà *for-profit*, consentendo alle università di pagare i reclutatori in base alla percentuale degli studenti iscritti¹⁵⁵. Non solo: nel 2005 il Congresso aveva fatto un'ulteriore concessione alla Sallie Mae nella misura in cui i debiti privati erano stati equiparati a quelli garantiti a livello federale con riferimento alla disciplina dei *bankruptcy rights*. Anche per questi valeva oramai il *Brunner Test* (nel frattempo cristallizzato in una legge del 1998¹⁵⁶) analizzato più sopra in merito alla *undue hardship*: anche per gli studenti delle *for-profit* sarebbe risultato più difficile provare il *default* e liberarsi dai debiti contratti¹⁵⁷.

In maniera contraddittoria, il 2005 ha segnato anche un cambio di approccio da parte dell'Amministrazione e del Congresso nei confronti della Sallie Mae. Nell'ottica di vincere la competizione sul mercato, i prestiti PLUS furono estesi anche alla frequenza di corsi *post-graduate* (suddividendoli in prestiti Parent PLUS, sottoscritti dai genitori di uno studente, e i prestiti Grad PLUS, sottoscritti dallo studente laureato o professionista)¹⁵⁸. Atteso che i prestiti PLUS non avevano essenzialmente alcun tetto dopo la modifica legislativa del 1992, uno studente laureato poteva prendere direttamente in prestito dal Governo l'intera somma necessaria a frequentare i programmi più costosi, *law school* e *medical school* in testa. E tutto ciò giustappunto a scapito della Sallie Mae.

14. *La generazione del debito: gli anni zero, l'esplosione del debito studentesco e l'adozione di interventi cosmetici come cura del problema*

¹⁵⁵ Department of Education, 67 FR 67048, Sect. 668.18.

¹⁵⁶ 11 U.S.C. § 523(a)(8) (1998).

¹⁵⁷ Bankruptcy Abuse Prevention and Consumer Protection Act of 2005, Publ. L. No. 109-8, §220, 119 Stat. 23, 59 (2005).

¹⁵⁸ Higher Education Reconciliation Act of 2005, Publ. L. No. 109-171, sect. 8005(c), §425(a) (1)(A), 120 Stat. 4, 158-9 (adottato nella più ampia legislazione del Deficit Reduction Act of 2005) (2006).

Dai fatti più remoti arriviamo così a vicende più vicine ai giorni nostri. Nel 2006 il volume di debito studentesco ha superato la soglia psicologica dei 500 miliardi di dollari¹⁵⁹, il doppio della somma di tre anni prima. L'aumento stava pericolosamente eguagliando le somme a debito dovute nel mercato immobiliare e per le carte di credito. I media e l'opinione pubblica avevano iniziato a occuparsi del tema, complice la pubblicazione del libro di Anya Kamenetz, *Generation Debt*¹⁶⁰. Come ripetuto più volte, la situazione era determinata da una miscellanea di fattori: il mercato del lavoro richiedeva sempre più competenze qualificate, aumentando di conseguenza gli stipendi per i diplomati al *college*; sempre più giovani venivano attratti (10,5 milioni¹⁶¹) dalla *higher education* per assicurarsi un futuro migliore; questo aveva determinato un innalzamento spropositato dei costi da parte dei *college*; e – in ultima istanza – di più indebitamento privato. Il tutto, in particolare, scaturente dal fatto che sempre più giovani sprovvisti di mezzi economici (poiché poveri o appartenenti a gruppi discriminati) si iscrivevano per aspirare all'emancipazione culturale e a quella economica che avrebbero dovuto essere garantite dall'ottenimento dei diplomi¹⁶².

Da cui la reazione del Congresso con l'approvazione di misure rilevanti ai nostri fini poco prima dello scoppio della crisi economica. Nel

¹⁵⁹ Riporta la CNBC: <https://www.cnbc.com/2019/05/16/students-families-need-support-systems-to-handle-college-debt-crisis.html>.

¹⁶⁰ A. Kamenetz, *Generation Debt: Why Now Is a Terrible Time to Be Young*, New York, 2006.

¹⁶¹ Come si ritrae dai dati raccolti dallo U.S. Bureau of Labor Statistics e reperibili su: https://www.bls.gov/news.release/archives/hsgec_04262007.pdf.

¹⁶² Per meglio approfondire cfr. A. Looney, C. Yannelis, *A Crisis in Student Loans*, Brookings Institution, 2015, reperibile su: <https://www.brookings.edu/articles/a-crisis-in-student-loans-how-changes-in-the-characteristics-of-borrowers-and-in-the-institutions-they-attended-contributed-to-rising-loan-defaults/>. La disamina del nesso tra elemento razziale e indebitamento è ampia e ci porterebbe troppo lontano. Si rinvia, ad ogni modo, alle riflessioni sviluppatesi nel corso del tempo nella letteratura statunitense: J.N. Houle, *Disparities in Debt: Parents' Socioeconomic Resources and Young Adult Student Loan Debt*, in *Sociology of Education*, 2014, 1, p. 53 ss., spec. p. 57 e 60; M. Grinstein-Weiss et al., *Racial Disparities in Education Debt Burden Among Low- and Moderate-Income Households*, in 65 *Children and Youth Services Review*, 2016, 1, p. 166 ss.; J. McCabe, B.A. Jackson, *Pathways to Financing College: Race and Class in Student's Narratives of Paying for School*, in *Social Currents*, 2016, 4, p. 267 ss.; R. Hiltonsmith, *Small Loans, Big Risks: Major Consequences for Student Debtors*, in *Demos*, 2017, p. 1 ss.; J.N. Houle, F.R. Addo, *Racial Disparities in Student Debt and the Reproduction of the Fragile Black Middle Class*, in *Sociology of Race and Ethnicity*, 2019, 4, p. 562 ss.; nonché, da ultimo, M. Duque, *Contracting for Debt: The Relationship Between Debt Capitalism, Higher Education, and the Black-white Wealth Gap*, in 58 *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review*, 2023, 1, p. 415 ss., spec. p. 433-7.

2007 sono stati varati i programmi Income Based Repayment (IBR)¹⁶³, a sostituzione del precedente ICR introdotto da Clinton, e Public Service Loan Forgiveness (PSLF)¹⁶⁴. Entrambi hanno costituito, nei fatti, misure dirette, perlomeno nelle linee ispiratrici, a una maggiore redistribuzione dei rischi derivanti dal meccanismo dei prestiti studenteschi e una forma di assicurazione implicita da parte del Governo.

I due programmi avevano anche significativi punti di contatto. L'IBR presentava un congegno che abbiamo già incontrato: consentiva a tutti i debitori, a prescindere che lavorassero nel pubblico, di limitare i pagamenti mensili al 15% del reddito, con condono dopo 25 anni di pagamenti regolarmente versati¹⁶⁵. È importante notare come l'IBR prevedeva una discriminazione in ordine ai prestiti ammessi a tale beneficio: includeva i neo-approvati Grad PLUS, ma non anche i Parent PLUS¹⁶⁶. In sostanza, i genitori non potevano accedere alla rinegoziazione dei prestiti, mentre i loro figli sì.

Venendo al PSLF, va detto che esso si configura come una remissione del debito in favore di chi sia stato un *public servant* a tempo pieno per almeno dieci anni. La *ratio* sottesa è che nel pubblico gli stipendi sono inadeguati ad assicurare la restituzione dei prestiti d'onore, in guisa che chi decide di svolgere tali mansioni deve in qualche modo essere sussidiato, e questo preminentemente a ragione delle esternalità positive che produce nei confronti della collettività tutta. Le condizioni da soddisfare per il buon esito della domanda sono molteplici e stringenti: lavorare a tempo pieno almeno trenta ore a settimana per una struttura pubblica o per un'organizzazione *non-profit*; aver beneficiato di un prestito federale; aver già fatto richiesta di accedere all'IBR; infine, assumere l'obbligo di effettuare almeno centoventi pagamenti. Una volta che un richiedente soddisfa tutti i requisiti, il suo debito viene trasferito direttamente ad un'agenzia pubblica, la FedLoan gestita dallo U.S. Department of Education, che supervisiona la sussistenza di tutti i requisiti. Dopo il pagamento dei 120 canoni, il debito viene estinto a prescindere dall'ammontare della somma residua.

¹⁶³ Ivi, sect. 203, §493C(b).

¹⁶⁴ College Cost Reduction and Access Act, Publ. L. No. 110-84, sect. 401, §455, 121 Stat. 784, 800 (2007).

¹⁶⁵ Ivi, sect. 203, §493C.

¹⁶⁶ Lo rilevano opportunamente J.R. Brooks, A.J. Levitin, *Redesigning Education Finance*, cit., p. 30, sottolineando – spec. nota 155 – come l'approccio sarà comune anche ai futuri sistemi di rinegoziazione del debito di cui ci occuperemo *infra*.

Le misure varate sono state poca cosa dinanzi allo scoppio della Grande recessione nel 2008. Lo schema capitalistico neo-americano ha condotto, nell'ottica di una totale deregolamentazione dei mercati, alla diffusione nella compravendita di case dei cosiddetti mutui *subprime*, ovvero sia quelli concessi a debitori a elevato rischio di insolvibilità e con l'imposizione di condizioni contrattuali particolarmente svantaggiose per la parte debole del rapporto¹⁶⁷. Il tutto alla base di un surriscaldamento del mercato immobiliare, con i prezzi delle abitazioni che hanno finito con il rispecchiare una domanda particolarmente vivace, e pertanto atta a dare la stura a operazioni speculative. Del resto, non vi erano presidi legislativi o regolamentari volti a limitare la concessione di mutui a chi aveva condizioni tali da indurre a ritenere, prospetticamente, esistente un'incapacità di onorare i propri impegni¹⁶⁸.

Al contrario, e con risvolti di tutto rilievo nel campo dell'*education*, sembrerebbe che l'Amministrazione esortasse a erogare prestiti ai soggetti titolari di mutui *subprime*: allora Chief Operating Officer della Sallie Mae, Tim Fitzpatrick, avrebbe affermato che sia il Governo sia le realtà universitarie la cui popolazione studentesca era composta prevalentemente da appartenenti a gruppi discriminati avrebbero fatto pressione sulla società affinché approvasse i prestiti per i richiedenti che erano parti di un mutuo *subprime*¹⁶⁹.

Sia come sia, a livello generale la crisi economica del 2008 rispecchiava, per molti aspetti, quanto accaduto durante Grande depressione del 1929: allora come ora, l'innescò era stato determinato da una combinazione di deregolamentazione e incentivazione di ricorso al credito. Quantunque in un ambito ben delineato, la dinamica della *higher education* conferma l'opzione interpretativa.

La deregolamentazione non comprende ogni settore, giacché l'utilizzo dei pubblici poteri serve, come mano visibile, a ricondurre al mercato e alle sue dinamiche ogni interazione socio-economica. In questo senso è stato affermato come l'inclusione sociale si risolva in inclusione nel mercato¹⁷⁰. E anche ciò a riprova nella costruzione del sistema di

¹⁶⁷ Sulle dinamiche della creazione di denaro da denaro, o finanche dal nulla, cfr. L. Gallino, *Finanzcapitalismo. La civiltà del denaro in crisi*, 2011, spec. p. 1. Per uno scorcio sulla situazione determinante la crisi economica del 2008, per tutti, cfr. E. Mostacci, A. Somma, *Gli Stati Uniti e il loro diritto*, cit., p. 327 ss.

¹⁶⁸ W. Poole, *Causes and Consequences of the Financial Crisis of 2007-2009*, in 33 *Harvard Journal of Law & Public Policy*, 2010, 2, p. 421 ss.

¹⁶⁹ Il tutto riportato da J. Mitchell, *The Debt Trap*, cit., p. 116 ss.

¹⁷⁰ Cfr. E. Mostacci, A. Somma, *Gli Stati Uniti e il loro diritto*, cit., p. 329.

finanziamento della *higher education*, dove è il mercato il luogo deputato alla riallocazione del bene istruzione, caratterizzato come bene privato alla stregua di qualsiasi altro prodotto nella disponibilità dei consumatori. Appunto, la coincidenza tra inclusione sociale e inclusione nel mercato finisce con il concepire anche i beni primari quali vicende sottratte alle prerogative di redistribuzione appannaggio di uno Stato sociale, affidandole invece al libero incontro di domanda e offerta, e in particolare di meccanismi di accesso al credito. Da cui il keynesismo privatizzato, concetto già incontrato in precedenza, ovvero, sprezzantemente, di contratto sociale basato sul debito¹⁷¹, privato.

Le difficoltà incontrate dal settore creditizio e bancario sono cresciute a dismisura sino a provocare il fallimento di una banca di investimenti di medie dimensioni, la Bear Sterns (dipoi acquisita su pressioni governative dalla J.P. Morgan nel 2008); ma soprattutto della Fannie Mae e Freddie Mac, le due agenzie analoghe per storia, funzioni, struttura e nomignolo alla Sallie Mae. I due istituti, che gestivano circa la metà dei mutui immobiliari del Paese, sono stati nazionalizzati sempre nel 2008. Con i due, la Sallie Mae ha condiviso anche le sorti: con l'Ensuring Continued Access to Students Loan Act¹⁷², il Congresso ha approvato un *bail-out* della società, e degli altri enti prestatori, autorizzando il Department of Education ad acquistare i debiti da loro detenuti per immettere liquidità nel sistema. Con l'operazione il Governo ha scongiurato solo temporaneamente la propagazione della crisi anche alla *higher education* e aveva assicurato l'omeostasi del sistema dei prestiti. Ingenerando la sensazione che l'istruzione fosse un bene rifugio nel quale poter investire nelle aspettative di un miglioramento del mercato nel suo complesso. Tutto ciò alimentato dalla retorica di Obama, alla quale ora ci accingiamo a rivolgere lo sguardo, sulla centralità dell'istruzione per risollevare le sorti del Paese.

¹⁷¹ Termine coniato dall'economista statunitense Marcellus Andrews (per approfondimenti, J. Madrick, *Beyond Rubinomics*, in *The Nation*, 23 dicembre 2008, reperibile su: <https://www.thenation.com/article/archive/beyond-rubinomics/>) e ripreso in Italia da M. Bertoldi, *Risposta alle crisi e riforme: la politica economica di Barack Obama*, in *Stato e mercato*, 2011, p. 195 ss.

¹⁷² Ensuring Continued Access to Students Loan Act, Pub.L.No.110-227, sec. 7, §459A, 122 Stat. 740, 746-47.

15. Il popolo più istruito della Terra: Obama e la riforma dell'higher education nel più ampio quadro della sua agenda politica

L'insediamento di Barack Obama, il primo Presidente statunitense afroamericano, nel 2009 ha inciso profondamente sulla disciplina della *higher education*. Benché l'Amministrazione da lui guidata fosse sinceramente intenzionata a migliorare la situazione degli studenti, non è riuscita a risolvere alcune delle principali problematiche strutturali che la affliggono.

In effetti, Obama era profondamente convinto che uno degli elementi agevolatori della ripresa economica e del superamento della crisi era rappresentato dall'incremento nel grado di scolarizzazione degli statunitensi. Lo stesso Presidente, a più riprese, lo aveva affermato pubblicamente. Nel suo primo discorso alle Camere riunite aveva indicato la formazione quale propulsore di sistema: «In un'economia globalizzata, dove la più preziosa delle competenze che si possono vendere è la conoscenza, un buon percorso di istruzione non è più solo il viatico per delle opportunità, ma un presupposto»¹⁷³. Di conseguenza, esortava gli statunitensi a frequentare almeno un anno di *college* per raggiungere un ambizioso obiettivo: dotare la Nazione della forza più istruita su scala globale.

Se messa in prospettiva diacronica, la preoccupazione di Obama non era distante da quella nutrita da Johnson in piena Guerra Fredda. Nel 2009, tuttavia, la competizione non era più con la Russia Sovietica, ma con altri attori, la Corea del Sud *in primis*. Ciò avrebbe consentito agli Stati Uniti di recuperare il primato appartenutogli negli anni '90, momento in cui potevano vantare il maggior numero di diplomati al *college* a livello mondiale¹⁷⁴. Il 44° Presidente intendeva dunque mantenere viva l'idea della scala mobile di Clinton, depurata evidentemente di uno dei suoi pilastri, ovvero la proprietà immobiliare. La crisi economica aveva, come detto, travolto il mercato dei mutui, di talché in quel momento il sogno americano poteva realizzarsi solo attraverso l'allargamento delle opportunità per l'istruzione.

Se questi erano i propositi del neo-Presidente eletto, si rendeva necessario individuare le concrete modalità di realizzazione. L'azione è stata condotta su più livelli, legislativo e non. Cominciamo dal secondo: uno degli

¹⁷³ B. Obama, *Address to Joint Session of Congress*, 24 febbraio 2009, stralcio rilevante reperibile su: <https://obamawhitehouse.archives.gov/the-press-office/fact-sheet-expanding-promise-education-america>.

¹⁷⁴ Dati ricavati da *Adult Education Level*, OCSE, reperibili su: <https://data.oecd.org/eduatt/adult-education-level.htm>.

ideali ispiratori di Obama era di portare al *college* anche gli individui in età di lavoro che si trovavano, in quel momento, disoccupati. In altri termini, la frequenza di un corso di formazione sarebbe servita come strumento temporaneo nell'attesa della ripresa. Il capo dei suoi consiglieri economici, Larry Summers, si era rivolto a Larry Katz, economista di Harvard, per un parere. Questi gli aveva consigliato di guardare ai sussidi di disoccupazione che un numero ingente dei 13 milioni di disoccupati riceveva per sostentarsi e di utilizzarli come leva per invogliarli ad andare al *college*¹⁷⁵. Così l'Amministrazione ha intrapreso lo sforzo più poderoso di sempre diretto a far iscrivere gli statunitensi al *college* principalmente affidandosi alle articolazioni territoriali dei centri di ricollocamento: a queste è stato richiesto di diramare lettere a ogni beneficiario dei sussidi e di fargli presente che avrebbe potuto ottenere delle somme addizionali, sotto forma di Pell Grants, ove avesse intrapreso un percorso di *higher education*. La Pell Letter Initiative, come è stata chiamata, ha mietuto successi: un recente studio ha, infatti, dimostrato come l'iniziativa abbia determinato un innalzamento di iscrizioni tra il 4 e il 5%¹⁷⁶, risultato che altri studi hanno ritenuto possibile solo con un incremento delle borse di studio tra i 1000 e i 1500 dollari¹⁷⁷.

Meno lineari sono stati invece gli sviluppi sul piano legislativo: il principale nodo problematico, da Johnson in avanti, era costituito sempre dai limiti di spesa del *budget* federale. Nell'impossibilità di stanziare fondi per incrementare le borse di studio per raggiungere i livelli che sarebbero stati effettivamente necessari, anche Obama ha ripiegato sul debito privato, agevolandone la perpetuazione. Gli interventi sul fronte delle borse di studio sono stati minimi: con l'American Recovery and Reinvestment Act del 2009, la somma è stata portata per l'anno accademico 2009/2010 a 4.860 dollari¹⁷⁸, ma comunque insufficiente a dare copertura integrale ai costi per la frequenza dei *college*. In media questi ammontavano a 12.000 dollari all'anno¹⁷⁹, somma che costituiva il 20% del guadagno sempre su base annuale di una famiglia media statunitense¹⁸⁰.

¹⁷⁵ La dinamica è riportata da J. Mitchell, *The Debt Trap*, cit., p. 131.

¹⁷⁶ A. Barr, S. Turner, *A Letter and Encouragement: Does Information Increase Postsecondary Enrollments in UI Recipients?*, in 10 *American Economic Journal: Economic Policy*, 2018, 3, p. 42 ss., spec. p. 65 ss.

¹⁷⁷ S. Dynarski, J. Scott-Clayton, *Financial Aid Policy: Lessons from Research*, in 23 *Future of Children*, 2013, 1, p. 67 ss.

¹⁷⁸ American Recovery and Reinvestment Act of 2009, Publ. L. 111-5, Stat. 123-183 (2009).

¹⁷⁹ Dati visibili su: <https://educationdata.org/average-cost-of-college-by-year>.

¹⁸⁰ *Household Income for States: 2009 and 2010*, U.S. Census Bureau, reperibile su: <https://www2.census.gov/library/publications/2011/acs/acsbr10-02.pdf>.

Anche Obama, del resto, si trovava astretto dal rispetto del contenimento della spesa pubblica. Quest'ultima, esplosa durante la Presidenza Bush, sia in ragione delle ingenti spese militari sia per il salvataggio di banche, istituti di credito e case automobilistiche dopo lo scoppio della crisi economica. In particolare, tali ultime vicende avevano ricreato un montante risentimento nell'opinione pubblica, che lo stesso Obama non aveva mancato di cavalcare in campagna elettorale. Campagna elettorale e agenda politica che, a ben guardare, non si ponevano l'obiettivo principale di riformare l'istruzione, ma la sanità. Il rilievo è di primario interesse in questa sede: Obama intendeva destinare i proventi derivanti dal pagamento degli interessi sui prestiti della *higher education* per finanziare alcuni dei programmi confezionati nell'*Affordable Care Act* del 2010. Non è casuale che l'atto menzionato da ultimo include la cancellazione del *Guaranteed Student Loan Program*, di fatto rendendo esclusivi i prestiti diretti emessi dallo Stato per il tramite delle sue agenzie. Lo *Student Aid and Fiscal Responsibility Act*, del resto, era inserito come Titolo II, Sub. A, dell'*Obamacare*¹⁸¹.

In futuro, i prestiti diretti sarebbero stati pertanto l'unica fonte di prestiti federali agli studenti. Il cambiamento introdotto era enorme, dal momento che poneva fine all'era dell'intermediazione e rendeva finalmente manifesto il ruolo del Governo come prestatore effettivo, a lungo occultato dalla rete di soggetti coinvolti nella catena dei prestiti¹⁸². I prestiti agli studenti sono diventati immediatamente il più grande programma su scala nazionale di concessione di denaro pubblico, superando di oltre dieci volte la categoria seconda per grandezza, i fondi all'agricoltura¹⁸³. I risparmi di spesa derivanti dalla cancellazione dei prestiti garantiti e i guadagni derivanti dagli interessi dovevano consentire al Governo di destinare fondi cospicui per supportare la riforma della sanità. Il tutto servente ad alimentare le casse statali che con lo stanziamento di più fondi si attendevano maggiori somme restituite come interessi in assenza di un tetto all'aumento delle rette universitarie da parte dei *college* e delle scuole *post-graduate*.

¹⁸¹ Student Aid and Fiscal Responsibility Act in Title II, Subtitle A, Health Care and Education Reconciliation Act of 2010, Publ. L. No. 111-152, §2001, 124 Stat. 1029, 1071 (2010).

¹⁸² S. Mettler, *The Submerged State: How Invisible Government Policies Undermine American Democracy*, Chicago, 2011, p. 34 ss. e 71-9.

¹⁸³ Comparazione svolta da J.R. Brooks, A.J. Levitin, *Redesigning Education Finance*, cit., p. 31, spec. nota 159, delle analisi pubblicate dall'Office of Management and Budget del Governo statunitense con riferimento all'anno fiscale 2012.

È indubbio come tutte queste riforme abbiano avuto un impatto significativo sulla *higher education* statunitense, così come è incontestabile la riuscita di alcune operazioni, prima fra tutte l'eliminazione degli intermediari dal sistema dei prestiti. Ciononostante, il peso dell'intera impalcatura è stato comunque scaricato a valle sugli studenti. In primo luogo, nessuna soglia è stata introdotta per fissare un limite ai costi dei programmi di *higher education* e *post-graduate*. In secondo luogo, nessuna riforma è intervenuta con riguardo ai *bankruptcy rights* riconosciuti agli studenti, di modo che questi sono costretti a rimanere debitori, certo con la possibilità di accedere ai programmi di rinegoziazione menzionati, pur di fronte al significativo deteriorarsi della propria situazione economica, sovente dipendente da fattori estranei al loro impegno individuale (quale, fra tutti, la contrazione del mercato del lavoro anche per i diplomati al *college*).

Da ultimo, l'Amministrazione ha proseguito in maniera costante a riscuotere i propri crediti con i pignoramenti, servendosi di alcune articolazioni territoriali (fungenti da *general contractor* cui è affidato il compito di riscossione). Tra le quali figura la Missouri Higher Education Loan Authority (MOHELA): dettaglio questo che vale la pena tenere a mente in funzione dell'analisi che svolgeremo più avanti con riferimento alla pronuncia della Corte Suprema sull'iniziativa di Biden di condono dei debiti. A nulla sono valse le proteste fomentate dal movimento Occupy Wall Street contro il coinvolgimento delle grandi compagnie finanziarie nell'istruzione superiore e contro l'aumento spropositato dei costi universitari¹⁸⁴.

16. *Annus horribilis 2011: la legal education quale cartina di tornasole delle criticità sistemiche in materia di istruzione*

Conviene ora riportare la nostra attenzione alle dinamiche che hanno riguardato la *legal education*. Mettere i fuochi su questo settore, oltre che come cartina di tornasole degli eventi che hanno investito gli Stati Uniti, è utile a ricostruire il periodo della Grande recessione perché consente di allargare lo sguardo e di mettere in connessione il sistema dei prestiti con il mercato del lavoro, dimostrando come le scelte in materia di formazione si siano rivelate disastrose per le carriere di numerosi avvocati.

Muoviamo da due considerazioni di fondo. Anzitutto, nella professione forense, anche al giorno d'oggi, continua ad essere

¹⁸⁴ Per una rassegna, v. M.A. McCarthy, *Occupying Higher Education: The Revival of the Student Movement*, in *New Labor Forum*, 2012, 2, p. 50 ss.

sovrarappresentata la popolazione bianca: dati recenti messi a disposizione dall'ABA certificano che nel 2023 solo il 21% degli avvocati proviene da gruppi tradizionalmente discriminati sulla base della razza, sebbene rappresentino il 41% della popolazione totale del Paese. Il dato è ancor più evidente se si guarda agli avvocati afroamericani: solo il 5% del totale, nonostante gli afroamericani siano il 13.6% della popolazione complessiva¹⁸⁵. Il che dimostra l'insuccesso degli obiettivi coltivati da Obama e da Johnson, in particolare, di utilizzare la *higher education* e i corsi *post-graduate* quale volano di emancipazione sociale. Si ricorderà di come Johnson avesse tenuto un discorso alla Howard University proprio per affermare come il potenziamento del sistema educativo avrebbe assicurato un effetto livella sulle discriminazioni razziali. Così, tuttavia, non è stato, perlomeno nel settore delle professioni legali: un elemento questo che risulta tutt'affatto problematico dato che – ancora oggi – sono gli avvocati a formare la classe dirigente negli Stati Uniti e a plasmare le politiche pubbliche.

Oltre ad essere non rappresentativa degli attuali assetti della società statunitense, la professione forense costituisce anche uno dei contesti più polarizzato in termini di guadagni degli avvocati. Per tornare agli anni pre-crisi, uno studio condotto dalla National Association for Law Placement nel 2006, e che ha utilizzato come campione poco più del 50% degli stipendi di neodiplomati, ha documentato l'esistenza di una significativa differenza tra le carriere nelle grandi *law firm* e tutte le altre¹⁸⁶. Nel 2011, con un supplemento di analisi, la stessa associazione ha rilevato come la forbice si fosse ancor più allargata: solo il 14% guadagnava per la sua prima occupazione circa 160.000 dollari, mentre tutti gli altri riportavano una media di 60.000 dollari¹⁸⁷.

Per quanto di interesse in questa sede, la disomogenea distribuzione degli stipendi conferma che a partire dagli anni 2000 si è registrata un'enorme polarizzazione nella professione, che si è tradotta vistosamente in una diseguaglianza in termini stipendiali, ma che cela, in ragione del debito studentesco, problematiche più profonde. Stime recenti riportano, infatti, che un terzo dei diplomati non sarà in grado di trovare lavoro come

¹⁸⁵ American Bar Association, *Profile of the Legal Profession 2023 – Demographics*, reperibile su: <https://www.abalegalprofile.com/demographics.html>.

¹⁸⁶ National Association for Law Placement, *A Picture Worth 1,000 Words*, reperibile su: <http://www.nalp.org/apictureworth1000words>.

¹⁸⁷ National Association for Law Placement, *Class of 2011 National Summary Report*, reperibile su: http://www.nalp.org/salarycurve_classof2011.

avvocato¹⁸⁸, mentre solo il 15% dei diplomati alle *law school* riesce a ottenere da subito un lavoro che gli assicuri una somma tale da consentirgli di ripagare con un relativo grado di tranquillità gli studi¹⁸⁹. Va da sé che il restante 85% non è dotato, invece, dei mezzi sufficienti. È evidente come tutto ciò si leghi con le politiche generali adottate in maniera di debito: l'indiscriminato aumento dei costi, esasperato nei programmi *post-graduate* (come le *law school*) sulla scorta della convinzione che la loro frequenza avrebbe dato aspettative di guadagni sufficienti per una vita dignitosa, ha generato una vera e propria bolla, esplosa con effetto ritardato rispetto alla crisi del 2007-2008. Il montante malcontento ha generato due effetti, in parte tra loro collegati: l'emersione di un movimento di protesta e un crollo nelle iscrizioni alle *law school* nel 2011.

Le *law school* non sono rimaste indenni dal movimento di Occupy Wall Street. L'insofferenza è sfociata, nel contesto della *legal education*, in un movimento di *blog online* dove, servendosi di strategie di comunicazione non convenzionali (*public shaming* e memi), si denunciava l'impietoso stato di salute della formazione del giurista. Gli spazi virtuali, benché abbiano avuto una breve durata (un lustro: dal 2009 al 2014), hanno contribuito in modo significativo ad attrarre l'attenzione dell'opinione pubblica sullo stato in cui versa la *legal education* statunitense¹⁹⁰.

I principali argomenti degli attivisti del movimento, chiamato *Law School Scam Blog*, erano essenzialmente tre: affermavano che la domanda di avvocati era notevolmente inferiore alla sua offerta; denunciavano che le *law school* stavano frodando gli iscritti e i futuri studenti attraverso oblique manovre atte ad alterare i dati occupazionali; infine, lamentavano che le scuole e l'ABA avrebbero dovuto fare pubblica ammenda poiché colpevoli di aver creato una narrazione e un ambiente tossici che inducevano sempre più giovani a iscriversi alle scuole di diritto, e ad assumere debiti spropositati nella fallace credenza che esistessero reali e adeguate prospettive di lavoro.

Ben presto, il movimento ha trovato spazio in un lungo *exposé* sul *New York Times*, l'8 gennaio 2011, intitolato *Is Law School a Losing Game?*¹⁹¹. Il

¹⁸⁸ Cfr. B. Barton, *Fixing Law Schools*, cit., p. 42.

¹⁸⁹ Per approfondimenti sul tema, cfr. *ivi*, p. 42 ss., nonché C.J. Ryan Jr., *Paying for Law School: Law Student Loan Indebtedness and Career Choices*, in *University of Illinois Law Review*, 2021, 1, p. 97 ss e B.Z. Tamanaha, *Is Law School Worth the Cost?*, in 58 *Journal of Legal Education*, 2013, 2, p. 173 ss.

¹⁹⁰ Per meglio approfondire, cfr. L.A. Jewel, *You're Doing It Wrong: How the Anti-Law School Scam Blogging Movement Can Shape the Legal Profession*, in 12 *Minnesota Journal of Law, Science and Technology*, 2011, 1, p. 239 ss.

¹⁹¹ D. Segal, *Is Law School a Losing Game?*, in *New York Times*, 8 gennaio 2011.

giornalista, David Segal, partendo proprio dalle notizie diffuse negli spazi virtuali in rete, ha documentato tutta la problematicità e la drammaticità della situazione che affliggeva i *law student* e i giovani diplomati, la maggior parte dei quali incapaci di onorare i debiti contratti per studiare. Con la copertura sulla stampa nazionale, il movimento ha raggiunto il suo apice, e ai *blogger* è stato riconosciuto il merito di aver attratto l'opinione pubblica su un problema grave nel panorama statunitense.

Ma vi è di più: il movimento degli *scam blog* ha dato la stura anche a un'ampia e accesa riflessione in seno alla *legal academia* statunitense in ordine allo stato di salute delle scuole di diritto. Ciò è avvenuto, in particolare, nel 2010 con un *post* pubblicato da Brian Z. Tamanaha, Professore alla Washington University di St. Louis, sul *blog* curato da un altro docente di diritto (il costituzionalista di Yale, John Balkin), *Balkinization!*¹⁹². Tamanaha non nascondeva le perplessità in ordine al linguaggio dei *blog* e ai modi eterodossi di affrontare il problema occupazionale dei giuristi. Cionondimeno, concludeva ammettendo che essi «avanzano degli argomenti molto validi, a dimostrazione che c'è qualcosa di profondamente sbagliato nelle *law schools*».

Il messaggio arrivava nel bel mezzo di un momento burrascoso per le scuole di diritto negli Stati Uniti. Nonostante la crisi finanziaria del 2008, le *law school* avevano mantenuto stabile il loro numero di iscritti e, anzi, il 2009 aveva segnato, controintuitivamente, l'anno *record* per il numero di studenti che hanno sostenuto il *test* per accedervi (LSAT)¹⁹³. Sostanzialmente, l'educazione giuridica era stata considerata dalla maggior parte degli americani un bene rifugio, in linea questo con la retorica di Obama sull'importanza di una popolazione scolarizzata per una migliore fuoriuscita dalla recessione. Che si trattasse di una pareidolia fu chiaro nel giro di poco: la realtà era ben diversa, le prospettive occupazionali erano molto al di sotto delle aspettative, tanto che nel 2011 si registrò un autentico crollo nelle iscrizioni.

Nel 2012, Tamanaha ha pubblicato un volume dedicato a quanto accaduto nella *legal education* negli anni precedenti: il libro, emblematicamente intitolato *Failing Law Schools*, articolava una molteplicità di critiche alla *legal academia*¹⁹⁴. Non sorprendentemente, poco o nulla si è

¹⁹² B.Z. Tamanaha, *Wake Up, Fellow Law Professors, to the Casualties of Our Enterprise*, in *Balkinization!*, 13 giugno 2010, reperibile su: <https://balkin.blogspot.com/2010/06/wake-up-fellow-law-professors-to.html>.

¹⁹³ Cfr. B. Barton, *Fixing Law Schools*, cit., p. 77.

¹⁹⁴ B.Z. Tamanaha, *Failing Law Schools*, Chicago, 2012. Il libro ha suscitato molte reazioni nella letteratura statunitense: cfr., in particolare, E. Chambliss, *It's Not about Us*:

detto sul tema dei costi: ancora una volta, come Kramer aveva fatto nel 1987, si era prediletta la via ipocrita del *muddling through*.

17. Da Trump a Biden, passando per la COVID-19: tra misure sospensive dei prestiti d'onore e di remissione dei debiti

Mentre veniva pubblicato il libro di Tamanaha, il debito studentesco raggiungeva un *record* storico, sfondando nel primo trimestre del 2012 la quota di 1.000 miliardi di dollari. Nessuna azione conseguente è stata intrapresa. La preoccupazione principale dell'Amministrazione è stata, piuttosto, di garantire il recupero delle somme prestate dal Governo mediante la predisposizione di misure di rinegoziazione del debito. Con lo Student and Fiscal Responsibility Act veniva introdotta una riforma dell'Income-Based Repayment: per tutti i soggetti che avessero acceso un prestito dopo il 1° luglio 2014, il tasso di interesse risultava ridotto dal 15% al 10% e veniva abbreviato il periodo di esposizione debitoria da 25 a 20 anni¹⁹⁵. Nelle linee essenziali, alla stregua dei precedenti piani di *income-driven repayment*, anche questo si atteggiava come una forma di assicurazione implicita sulla futura capacità di pagare riconosciuta in favore del debitore. Il programma, modificato più volte nel corso del tempo e ribattezzato da ultimo Re-Pay as You Earn (RE-PAYE), presentava notevoli criticità e in ogni caso non era sufficientemente equipaggiato a far fronte al disastroso stato del debito privato¹⁹⁶. Infine, Obama ha esteso il campo applicativo dei benefici riconosciuti ai *public servant*, allargando notevolmente le maglie della nozione di *public service job*¹⁹⁷. Avendo individuato il termine di vigenza della

Beyond the Job Market Critique of U.S. Law Schools, in 26 *Georgetown Journal of Legal Ethics*, 2013, 3, p. 423 ss.; P. Horwitz, *What Ails the Law School?*, in 111 *Michigan Law Review*, 2013, 6, p. 955 ss.; L.A. Jewel, *Tales of Fourth Tier Nothing. Response to Brian Tamanaha's Failing Law Schools*, in 38 *Journal of the Legal Profession*, 2013, 1, p. 125 ss.; M.A. Olivas, *Ask Not for Whom the Law School Bell Tolls: Professor Tamanaha, Failing Law Schools, and (Mis)Diagnosing the Problem*, in 41 *Washington University Journal of Law & Policy*, 2013, 1, p. 101 ss.; P.G. Schrag, *Failing Law Schools, Brian Tamanaha's Misguided Missile*, in 26 *Georgetown Journal of Legal Ethics*, 2013, 3, p. 387 ss.

¹⁹⁵ Student Aid and Fiscal Responsibility Act, sect. 2213, §493C (codificato in 26 U.S.C. 1098e(e) (2018)).

¹⁹⁶ Per un'analisi sulle criticità di tali programmi, cfr. da J.R. Brooks, A.J. Levitin, *Redesigning Education Finance*, cit., p. 31-3 e 38-41.

¹⁹⁷ Per ulteriori approfondimenti, si rinvia a J.P. Hunt, *Tempering Bankruptcy Nondischargeability to Promote the Purposes of Student Loans*, in 57 *SMU Law Review*, 2019, 4, p. 725 ss.

riforma a partire dal 2017, Obama non ha dovuto occuparsi della sua messa in opera, ma la misura ha generato un dibattito a tal punto acceso che ha prodotto il risultato della fissazione di un tetto massimo al debito estinguibile (57.000 dollari per la precisione).

L'insediamento di Donald J. Trump alla Casa Bianca come 45° Presidente degli Stati Uniti è stato segnato, tra l'altro, da una ferma intenzione di smantellare i risultati delle politiche del predecessore. Molteplici sono state le traiettorie lungo le quali questo si è svolto, e l'*education* non è stata risparmiata. Innanzitutto, la questione dei costi non rappresentava un punto programmatico dell'agenda politica, essendo stata, al contrario, una proposta della concorrente Hillary Clinton durante la campagna elettorale¹⁹⁸. Ben presto, poi, l'eponimo del populismo etno-nazionalista al potere si è scagliato contro il PSLF, ritenuta una misura assistenziale e contraria allo spirito del *limited government*, minacciandone l'abolizione integrale¹⁹⁹.

L'annuncio avveniva poco prima dello scoppio della pandemia da COVID-19, e di lì a poco le preoccupazioni della Presidenza si sarebbero dovute dirigere verso ben altre problematiche²⁰⁰. In piena crisi sanitaria, e per far fronte alle criticità da questa provocate, era stata presa in considerazione dal Congresso la possibilità di approvare una legge che avrebbe ordinato al Segretario all'istruzione di cancellare o rimborsare fino a 10.000 dollari di debito studentesco in favore di soggetti che versavano in difficoltà economiche. Tuttavia, la misura è stata però abortita²⁰¹.

Al contempo, l'intensificarsi della pandemia e i suoi riflessi economici hanno portato il Department of Education a varare una sospensione del pagamento dei prestiti federali. Il 20 marzo 2020, l'allora Segretario Betsy DeVos ha annunciato una sospensione di 60 giorni della maturazione dei tassi di interesse sui prestiti federali e, contestualmente, è stata offerta ai debitori l'opzione di sospendere il pagamento delle rate per almeno due

¹⁹⁸ Cfr. H. Rodham Clinton, *Making College Debt Free and Taking on Student Debt*, reperibile su: <https://www.hillaryclinton.com/issues/college/>.

¹⁹⁹ Z. Friedman, *Trump Proposes to End Student Loan Forgiveness Program*, in *Forbes*, 12 marzo 2019, reperibile su: <https://www.forbes.com/sites/zackfriedman/2019/03/12/trump-proposes-to-end-student-loan-forgiveness-program/>. Per ulteriori approfondimenti, si rinvia a C.J. Ryan Jr., *Paying for Law School*, cit., p. 97 ss.

²⁰⁰ Sul punto, si rinvia all'analisi di E. Mostacci, A. Somma, *Gli Stati Uniti e il loro diritto*, cit., p. 349-53 e 356-9.

²⁰¹ Cfr. E.C. Liu, S.M. Stiff, *Student Loan Cancellation Under the HEROES Act*, Congressional Research Service (CRS) Reports and Issue Briefs, 14 aprile 2023, p. 9.

mesi²⁰². Poco dopo, la DeVos ha annunciato che il suo Dipartimento avrebbe anche interrotto le azioni di riscossione e i pignoramenti dei salari per fornire ulteriore assistenza ai mutuatari²⁰³. Successivamente, sempre il Department of Education ha specificato che le due misure erano state assunte sulla base del cosiddetto HEROES Act²⁰⁴. La disciplina in questione, che – per come diremo – sarà alla base anche dell’adozione da parte di Biden della misura di condono dei debiti e pure al centro della controversia decisa dalla Corte Suprema nel 2023, era stata promulgata all’indomani degli attentati dell’11 settembre 2001. Essa introduceva, tra l’altro, il potere del Segretario all’Istruzione di derogare o modificare qualsiasi disposizione statutaria o regolamentare applicabile ai programmi del Titolo IV dell’Higher Education Act (essenzialmente, i prestiti per l’*higher education*) in relazione a un’emergenza nazionale, al fine di garantire che le persone colpite da tale emergenza non si trovino in una posizione peggiore dal punto di vista finanziario²⁰⁵. Ancorché concepito originariamente come temporaneo (e soggetto a rinnovi biennali), il potere è stato poi reso permanente nel 2007²⁰⁶.

Il Congresso ha quindi emanato il Coronavirus Aid, Relief, and Economic Security (CARES) Act²⁰⁷, con cui si imponeva al Segretario all’Istruzione di sospendere tutti i pagamenti dovuti per i prestiti fino al 30 settembre 2020²⁰⁸, di congelare tutte le riscossioni relative a tali prestiti durante la sospensione²⁰⁹, ed escludeva la maturazione degli interessi

²⁰² *Delivering on President Trump’s Promise, Secretary DeVos Suspends Federal Student Loan Payments, Waives Interest During National Emergency*, U.S. Department of Education, 20 marzo 2020.

²⁰³ *Secretary DeVos Directs FSA to Stop Wage Garnishment, Collections Actions for Student Loan Borrowers, Will Refund More than \$1.8 Billion to Students, Families*, U.S. Department of Education, 25 marzo 2020.

²⁰⁴ Federal Student Aid Annual Report for Year 2020, 2020, p. 38, dove si legge che «(t)he relief provided to borrowers from March 13, 2020 through March 26, 2020 [...] was provided under the Secretary’s authority in the [HEROES Act]».

²⁰⁵ Higher Education Relief Opportunities for Students Act of 2003, sect. 2, Pub L. No. 108-76, 117 Stat. 904 (codificata in 20 U.S.C. § 1098bb(a)(1)).

²⁰⁶ Higher Education – Permanent Extension of Waiver Authority, Publ. L. No. 110-93, §2, 121 Stat. 999 (2007).

²⁰⁷ Coronavirus Aid, Relief, and Economic Security (CARES) Act, Publ. L. No. 116-136, 134 Stat. 281 (2020).

²⁰⁸ Ivi, sect. 3513(a).

²⁰⁹ Ivi, sect. 3513(e).

durante il suddetto periodo²¹⁰. Le misure, originariamente soggette alla data di scadenza del 30 settembre 2020²¹¹, sono state prorogate una prima volta sino al 31 dicembre dello stesso anno²¹². La proroga iniziale aveva quale fondamento normativo il più volte citato HEROES Act²¹³. Da allora, entrambe le Amministrazioni Trump e Biden hanno prorogato ripetutamente le agevolazioni sino all'agosto 2023²¹⁴.

Il 24 agosto 2022, assolvendo a un impegno assunto in campagna elettorale, il Presidente Joseph Biden ha annunciato il proprio piano per rendere definitiva la cancellazione fino a 20.000 dollari dei prestiti accesi dagli studenti²¹⁵. Il programma, che è stato discutibilmente giustificato come applicazione dell'HEROES Act, era rivolto a una platea ampia, stante le maglie larghe dei requisiti per potervi accedere: uno stanziamento di 400 miliardi di dollari per un totale di 43 milioni di beneficiari, la metà dei quali avrebbe visto estinto totalmente il proprio debito residuo. La tematica della remissione del debito in materia di *higher education* era ben presente nel dibattito pubblico statunitense, ed aveva già formato oggetto di istanze da

²¹⁰ Ivi, sect. 3513(b).

²¹¹ Ivi, sect. 3513(a).

²¹² *Secretary DeVos Fully Implements President Trump's Presidential Memorandum Extending Student Loan Relief to Borrowers Through End of Year* (2020), U.S. Department of Education, 8 agosto 2020.

²¹³ Federal Student Aid Programs (Student Assistance General Provisions, Federal Perkins Loan Program, William D. Ford Federal Direct Loan Program, and Federal-Work Study Programs), 85 Fed. Reg. 79856–57, 79862, 11 dicembre 2020.

²¹⁴ La scadenza dell'ultima proroga era fissata per il 31 agosto 2023, a meno che la Corte Suprema non avesse deciso la controversia sui prestiti di cui ci occuperemo *infra*, prima del 30 giugno 2023. In quest'ultimo caso, la misura agevolatrice sarebbe cessata decorso il termine di 60 giorni dalla decisione. Decisione in *Biden, President of the United States et al. v. Nebraska et al.*, 600 U.S. ____ (2023) che – è ragionevole credere non casualmente – è giunta proprio in data 30 giugno 2023, di fatto consentendo il naturale esaurirsi delle misure agevolatrici alla data inizialmente fissata.

²¹⁵ *President Biden Announces Student Loan Relief for Borrowers Who Need It Most*, 24 agosto 2022, reperibile su: <https://www.whitehouse.gov/briefing-room/statements-releases/2022/08/24/fact-sheet-president-biden-announces-student-loan-relief-for-borrowers-who-need-it-most/>.

parte della società civile²¹⁶, di scrutinio da parte della letteratura scientifica²¹⁷, nonché di alcune proposte avanzate durante le primarie democratiche per le presidenziali del 2020 dagli allora candidati Elizabeth Warren²¹⁸ e Bernie Sanders²¹⁹. L'argomento principe su cui facevano leva i suoi fautori era che avrebbe costituito una misura definitiva per il problema del debito²²⁰: o meglio, avrebbe costituito una misura risolutiva della posizione solamente di coloro i quali alla data di sua vigenza erano debitori.

18. Debito studentesco e giustizia razziale: lo sfondo del dibattito sull'annunciato giubileo dei prestiti d'onore

Quella che a primo acchito potrebbe apparire come una discussione intorno a questioni di giustizia economica, a un più attento sguardo, era colorata di istanze miranti all'affermazione di una giustizia razziale, in particolare in favore della popolazione afroamericana. Abbiamo già dato conto di tutto questo nei paragrafi precedenti. Qui vale la pena tuttavia riannodare le fila, osservando più da vicino il retroterra su cui si è svolta la dinamica che ha portato Biden ad approvare il suo piano e la Corte Suprema a dichiararne la contrarietà alla legge federale.

Diverse analisi hanno messo in rilievo come il debito studentesco svolga un ruolo significativo nella perpetuazione della subordinazione dei gruppi storicamente discriminati, alimentando – seguendo le meccaniche del mercato – le ingiustizie sociali e il razzismo sistemico. Allo stato, studi

²¹⁶ S. Jaffe, *The People Power Behind Sanders's Debt Cancellation Plan*, in *Washington Post*, 26 giugno 2019, reperibile su: <https://www.washingtonpost.com/opinions/2019/06/26/people-power-behind-sanders-debt-cancellation-plan> e si veda pure il sito dell'associazione Student Debt Crisis, in particolare nella sezione descrittiva delle finalità perseguite: <https://www.studentdebtcrisis.org/about>.

²¹⁷ Per tutti, L. Herrine, *The Law and Political Economy of a Student Debt Jubilee*, in 68 *Buffalo Law Review*, 2020, 2, p. 281 ss.

²¹⁸ B. Sanders, *College for All and Cancel All Student Debt*, su: <https://berniesanders.com/issues/free-college-cancel-debt/>.

²¹⁹ E. Warren, *I'm calling for something truly transformational: Universal free public college and cancellation of student loan debt*, su: <https://medium.com/@teamwarren/im-calling-for-something-truly-transformational-universal-free-public-college-and-cancellation-of-a246cd0f910f>.

²²⁰ S. Fullwiler et al., *The Macroeconomic Effects of Student Debt Cancellation*, Levy Economics Institute of Bard College, 2018, reperibile su: http://www.levyinstitute.org/pubs/rpr_2_6.pdf.

hanno dimostrato come gli afroamericani siano più inclini a ricorrere ai prestiti²²¹, a richiedere somme maggiori rispetto ai bianchi²²², ad andare prevalentemente a scuole *for-profit* che forniscono una scarsa preparazione²²³, a svolgere lavori con livelli stipendiali più bassi²²⁴, e a risultare inadempienti con maggiore frequenza rispetto alla popolazione bianca²²⁵. Non solo: il tipico studente afroamericano che ha ricorso al credito, dopo 12 anni dall'immatricolazione, finisce con l'averne un debito superiore rispetto a quello iniziale, segnatamente il 13% in più²²⁶, a prescindere dal fatto che abbia o meno portato a termine il percorso di studi. Raffrontato con le condizioni della popolazione bianca, che dopo il medesimo periodo di tempo ha un residuo del 60% della somma iniziale, il quadro si profila indubbiamente problematico.

La circostanza produce una prevedibile conseguenza: gli studenti afroamericani vanno in *default* con maggior frequenza, ciò traducendosi in una perpetuazione delle disuguaglianze economiche. Il *default* porta con sé implicazioni di tutto rilievo sulle condizioni di vita di un individuo statunitense. Come è intuibile, questo pregiudica la sua affidabilità creditizia, innalzando i tassi di interesse sull'accesso al credito, i costi assicurativi, ivi

²²¹ Cfr. M. Chan *et al.*, *Indebted Over Time: Racial Differences in Student Borrowing*, in 20 *Educational Researcher*, 2019, 8, p. 558 ss., spec. p. 559, dove si riporta come gli studenti afroamericani, prendendo come riferimento il 2016, fossero maggiormente inclini a ricorrere ai prestiti per 1.59 volte di più rispetto ai bianchi.

²²² B.A. Jackson, J.R. Reynolds, *The Price of Opportunity: Race, Student Loan Debt, and College Achievement*, in 83 *Sociological Inquiry*, 2013, 3, p. 335 ss., spec. p. 351.

²²³ Sandra Staklis *et al.*, *Students Attending For-Profit Postsecondary Institutions: Demographics, Enrollment Characteristics, and Six-Year Outcomes*, 2011, p. 6, fig. 1, reperibile su: <https://nces.ed.gov/pubs2012/2012173.pdf>. Per una disamina delle pratiche aggressive realizzate dalle realtà *for-profit* nei confronti delle comunità afroamericane, cfr. D. Jimenez, J.D. Glater, *Student Debt Is a Civil Rights Issue: The Case for Debt Relief and Higher Education Reform*, in 55 *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review*, 2020, 1, p. 131 ss.

²²⁴ S.R. Cellini, L. Chaudhary, *The Labor Market Returns to a For-Profit College Education* 4-5, National Bureau of Economic Research, Working Paper n. 18343, 2012, p. 1 ss.

²²⁵ J. Fredericks Volkwein *et al.*, *Factors Associated with Student Loan Default Among Different Racial and Ethnic Groups*, in 69 *Journal of Higher Education*, 1998, 2, p. 206 ss., spec. p. 215.

²²⁶ B. Miller, *New Federal Data Show a Student Loan Crisis for African American Borrowers*, Center for American Progress, 16 ottobre 2017, reperibile su: <https://www.americanprogress.org/article/new-federal-data-show-student-loan-crisis-african-american-borrowers/>.

compresi quelli sanitari²²⁷, complica l'accesso agli affitti di unità immobiliari²²⁸, e diminuisce le opportunità di poter ottenere un posto di lavoro²²⁹. Oltre a siffatte ricadute, condivise con ogni altra tipologia di debito, l'inadempimento dei prestiti studenteschi garantiti dalla Federazione sottende ulteriori ripercussioni: abbiamo già detto di quanto sia difficile provare l'esistenza della *undue hardship* al fine di liberarsi definitivamente del credito. A ciò si aggiunge che il credito vantato dall'Amministrazione, per espressa previsione normativa²³⁰, non è soggetto a prescrizione. Il che espone il debitore alla possibilità di richieste di riscossione lungo tutto l'arco della sua esistenza. In un numero di Stati, inoltre, i debitori inadempienti possono vedersi rifiutata la richiesta del loro curriculum universitario²³¹ (essenziale per la candidatura a molte offerte di lavoro), o finanche revocata la licenza professionale²³².

I dati si spiegano anche in ragione di alcune considerazioni in ordine alle prospettive occupazionali degli afroamericani: molti di questi finiscono per svolgere lavori con stipendi inferiori rispetto alla popolazione bianca, con ciò frustrandosi le possibilità di effettuare i pagamenti richiesti per sanare il proprio debito²³³. La dimensione del cosiddetto *racial wealth gap* non può essere sottostimata nel discorso sulla *higher education*: gli studenti di colore guadagnano meno, e provengono da famiglie tendenzialmente più povere, il tutto ricreando un circolo vizioso di maggiore ricorso al debito, lavori meno pagati, e condizioni di vita disagiate cui seguono fallimenti individuali che espongono a decenni di esposizione alla riscossione governativa²³⁴. L'aumento dei costi universitari sperimentato lungo l'arco

²²⁷ S. Fremstad, A. Traub, *Discrediting America*, Demos, 2011, p. 4, reperibile su: https://www.demos.org/sites/default/files/publications/Discrediting_America_Demos.pdf.

²²⁸ *Ibidem*.

²²⁹ Ivi, p. 2.

²³⁰ 20 U.S.C. §1091a(a) (2008).

²³¹ D. Lindorff, *Holding Transcripts Hostage*, in *Los Angeles Times*, 2 maggio 2012, reperibile su: <https://www.latimes.com/opinion/la-xpm-2012-may-02-la-oe-lindorff-student-loan-default-20120502-story.html>.

²³² C. Nagle, *Student Loan Debt Could Affect Your Job in 13 States*, in *U.S. News & World Report*, 10 aprile 2019, reperibile su: <https://www.usnews.com/education/blogs/student-loan-ranger/articles/2019-04-10/these-states-could-revoke-your-professional-license-over-student-loan-debt>.

²³³ B. Miller, *New Federal Data Show a Student Loan Crisis for African American Borrowers*, cit.

²³⁴ E. Patten, *Racial, Gender Wage Gaps Persist in U.S. Despite Some Progress*, Pew Research Center, 1° luglio 2016, reperibile su: <https://www.pewresearch.org/social-trends/2023/03/01/the-enduring-grip-of-the-gender-pay->

temporale che abbiamo descritto non ha potuto che esacerbare le descritte criticità, intensificatesi in particolare negli ultimi due decenni: la promessa dell'inclusione nel mercato come inclusione sociale ha finito con il risolversi in una inclusione predatoria²³⁵. Con tale espressione ci riferiamo a quel processo attraverso il quale i membri di gruppi marginalizzati e discriminati vengono muniti dell'accesso a beni, servizi e opportunità dai quali sono stati storicamente esclusi ma con l'imposizione di condizioni che finiscono con il frustrare i benefici teoricamente accordati dall'accesso medesimo²³⁶.

È giunto il momento di gettare luce, nell'ottica di un disvelamento, sulla trama nascosta dietro alla grammatica, intrisa di linguaggio tecnocratico (giuridico ed economico), che è stata creata ad arte con riferimento al debito studentesco: è innegabile, infatti, come il sistema dei prestiti si sia configurato, con scelte più o meno consapevoli, nel corso del tempo come un moltiplicatore di diseguaglianze economica, sociale e razziale. Le sofisticazioni dell'accesso al credito e le regole di diritto privato a presidio del suo funzionamento, a ben vedere, hanno svolto il ruolo di perpetuazione di criticità sistemiche negli Stati Uniti. In una prospettiva, ben nota, di soggiogazione di parte della popolazione attraverso il ricorso a strumenti apparentemente neutrali.

Si è accennato nel corso del lavoro al parallelismo esistente, per molti versi, tra la disciplina dei mutui e quella dei prestiti d'onore. Lì, come qui, la devoluzione al campo del diritto privato è servita a occultare pratiche di segregazione razziale conosciute con il nome di *redlining* che – prima dell'avvento della stagione dei *civil rights* – erano deliberatamente perseguite dai poteri pubblici²³⁷. L'utilizzo del debito quale meccanismo di oppressione dei gruppi discriminati, in ispecie afroamericani, è elemento consustanziale della storia degli Stati Uniti e non è certamente un fenomeno nuovo²³⁸.

[gap/#:~:text=The%20gender%20pay%20gap%20%E2%80%93%20the,80%20cents%20to%20the%20dollar.](#)

²³⁵ La formula è stata coniata da L. Seamster, R. Charron-Chénier, *Predatory Inclusion and Education Debt: Rethinking the Racial Wealth Gap*, in 4 *Social Currents*, 2017, 3, p. 199 ss.

²³⁶ Ivi, p. 199 s.

²³⁷ Per tutti, cfr. R. Rothstein, *The Color of Law: A Forgotten History of How Our Government Segregated America*, New York-London, 2017.

²³⁸ Si è consapevoli che il tema meriterebbe più ampia trattazione, ma in questa sede ci porterebbe troppo distanti dai propositi dichiarati di analizzare lo specifico argomento della *higher education*. Senza pretese di esaustività, si ritiene opportuno in ogni caso fornire alcune coordinate di base per orientare il lettore a eventuali approfondimenti. A lungo è stata invalsa la pratica dei prestatori di denaro di rifiutarsi di fare credito agli afroamericani: cfr. C. Nier, *The Shadow of Credit: The Historical Origins of Facial Predatory Lending and Its Impact Upon African American Wealth Accumulation*, in 11 *University of Pennsylvania Journal of Law &*

Quello del debito studentesco è solo una storia particolare nelle pieghe generali di secoli di segregazione razziale, ad oggi proseguita lungo linee meno evidenti, ma non meno impattanti, e che si servono di linguaggi apparentemente neutrali, ma che celano in realtà precisi e chirurgici obiettivi di sistema.

Vi sono, in sintesi, sufficienti elementi per ritenere che l'intero apparato di regole predisposto per il finanziamento della *higher education* abbia aggravato le condizioni degli studenti provenienti da gruppi discriminati, afroamericani in testa²³⁹. Certamente, nell'idea primigenia di Johnson nel confezionare l'Higher Education Act non figurava l'intento di giungere a questo risultato: si ricorderà di come l'allora Presidente avesse accuratamente scelto di parlare alla platea di persone raccolte alla Howard University, bastione – allora come ora – della garanzia dei diritti civili negli Stati Uniti. E pure di come avesse ravvisato nel potenziamento dell'accesso alla *higher education* quel volano imprescindibile di emancipazione sociale che avrebbe aperto le porte del benessere anche ai più poveri e agli ultimi. A coloro i quali, emblematicamente, avevano a lungo dovuto gareggiare partendo molto indietro rispetto alla linea di partenza della competizione sociale.

Il sottotesto, dunque, nella proposta di Biden di condono totale emerge con maggior nitore: il fine ultimo era di assicurare che il più ampio accesso alla *higher education* si traducesse anche nei confronti degli afroamericani quale effettivo volano di emancipazione sociale. Obiettivo questo pregiudicato da un'eccessiva esposizione debitoria che li costringe a non poter godere della spinta socio-economica, in una spirale negativa

Social Change, 2007, 1, p. 131 ss. Si riscontrano evidenze di tassi di interessi più elevati applicati nei confronti di questa porzione di popolazione: da un punto di vista generale, cfr. D.G. Pope, J.R. Sydnor, *What's in a Picture? Evidence of Discrimination from Prosper.com*, in *Journal of Human Resources*, 2011, 1, p. 53 ss., spec. p. 55 ss.; relativamente ai mutui immobiliari, cfr. C. Bray, *U.S. Sues N.Y. Mortgage Firm Over Predatory Practices*, in *Wall Street Journal*, 2 aprile 2012, reperibile su: <https://www.wsj.com/articles/SB10001424052702304750404577320211217666588> e P. Cheng *et al.*, *Racial Discrepancy in Mortgage Interest Rates*, in *Journal of Real Estate Finance & Economics*, 2015, 1, p. 101 ss.; nel settore dei prestiti per le automobili, K.K. Charles *et al.*, *Rates for Vehicle Loans: Race and Loan Source*, in *American Economic Review*, 2008, 2, p. 315 ss. e M.A. Cohen, *Imperfect Competition in Auto Lending: Subjective Markup, Racial Disparity, and Class Action Litigation*, in *Review of Law & Economics*, 2012, 1, p. 21 ss., spec. p. 31-3.

²³⁹ Cfr. M. Huelsman, *The Debt Divide. The Racial and Class Bias Behind the "New Normal" of Student Borrowing*, Demos, 2015, p. 24 ss., reperibile su: [https://www.demos.org/sites/default/files/publications/Mark-Debt%20divide%20Final%20\(SF\).pdf](https://www.demos.org/sites/default/files/publications/Mark-Debt%20divide%20Final%20(SF).pdf).

anche in ottica intergenerazionale²⁴⁰. Da qui la proposta di coloro che intravedevano in una remissione del debito generalizzata, e non agganciata in maniera proporzionale alle somme dovute, l'unico strumento per mondare il sistema educativo del suo peccato originale, onde poi attuare delle riforme strutturali tali da assicurare la trasmutazione della *higher education* da bene privato a bene autenticamente pubblico²⁴¹.

Nel dibattito, evidentemente, non sono mancate le critiche al piano di estinzione in massa dei debiti studenteschi. Due sono stati gli argomenti principali avanzati dai detrattori. Il primo si appunta intorno alla circostanza che la misura di remissione sarebbe di per sé regressiva, nel senso che ne beneficerebbero soggetti i quali, in ragione della loro istruzione, godono di posizioni lavorative molto remunerative²⁴². Il secondo rileva che si tratterebbe di un sussidio ingiustificato e che avvantaggerebbe individui che hanno fatto una precisa scelta personale, appunto di prendere la via della *higher education*, e che comunque rivedranno pagati i loro sforzi sul lungo periodo con guadagni sufficienti da far fronte ai prestiti d'onore²⁴³.

Nessuno degli argomenti risulta essere particolarmente centrato. Per quanto attiene alla intrinseca regressività della misura, che si lega con il rilievo sui guadagni attesi del secondo argomento, quanto riportato in ordine agli afroamericani vale a confutare la sua validità. Un condono dei debiti avrebbe, al contrario di quanto sollevano i critici, un effetto equalizzatore della posizione dei gruppi discriminati. Mal calibrata appare anche la tesi relativa alla presunta scelta individuale di andare al *college*: nelle pagine che precedono abbiamo ampiamente dimostrato come la *higher education* abbia assunto nel tempo il predicato della necessità, di fronte a un mercato del lavoro che – essenzialmente – penalizzava chi non se ne fosse servito, e davanti alle dichiarazioni, praticamente in ogni epoca storica, da parte dei pubblici poteri in ordine alla imprescindibilità di un'istruzione universitaria. Ci sembra, insomma, che la remissione in blocco dei debiti si

²⁴⁰ D. Jimenez, J.D. Glater, *Student Debt Is a Civil Rights Issue*, cit., p. 168.

²⁴¹ Ivi, p. 169. Ma v. anche R. Grey et al., *Eleven Things They Don't Tell You About Law & Economics: An Informal Introduction to Political Economy and the Law*, in 37 *Law & Inequality*, 2019, 1, p. 97 ss., spec. p. 105.

²⁴² Cfr., ad esempio, P. Bhardawj, *Student Loan Showdown: Let's Compare How Elizabeth Warren and Bernie Sanders Would Make You Debt Free*, in *Money*, 26 giugno 2019, su: <https://money.com/elizabeth-warren-bernie-sanders-student-loan-debt/>.

²⁴³ Cfr. in particolare le dichiarazioni di Beth Akers, del Manhattan Institute, riportate in A.W. Herndon, *Elizabeth Warren's Higher Education Plan: Cancel Student Debt and Eliminate Tuition*, in *New York Times*, 22 aprile 2019, reperibile su: <https://www.nytimes.com/2019/04/22/us/politics/elizabeth-warren-student-debt.html>.

configuri come il precipitato di una disegualianza ben temperata, per richiamare la nota formula di John Rawls²⁴⁴.

Se proprio, il nodo problematico della cancellazione dei debiti risiede sulle concrete modalità di attuazione e sulle misure a corredo della sua introduzione. Di ciò ci occuperemo nel paragrafo conclusivo, dove daremo conto delle nuove iniziative di Biden in materia di *higher education*, resesi necessarie dopo la decisione della Corte Suprema statunitense. Sentenza a cui ci pare opportuno dedicare ora la nostra analisi, facendo sin da subito una precisazione. Da un punto di vista strettamente giuridico, il *modus operandi* dei *justice* di maggioranza risulta impeccabile ed ineccepibile: la base giuridica su cui Biden ha fatto leva per l'approvazione del suo Student Forgiveness Plan non era affatto adeguata a radicare un'iniziativa così rivoluzionaria e ambiziosa. Ciò detto, non può essere sottaciuto come le ragioni politiche sottese alla pronuncia siano difficilmente equivocabili e gettino un'ombra sinistra sul godimento dei diritti sociali da parte dei gruppi storicamente discriminati: la decisione sulla remissione dei debiti è arrivata, con un non casuale tempismo, un solo giorno dopo quella con cui è stata dichiarata l'incostituzionalità delle *affirmative action*, a lungo volano e assicurazione per tali gruppi di accesso alla migliore formazione universitaria²⁴⁵.

19. La scure della Corte Suprema statunitense sul piano di Biden di cancellazione dei debiti dovuti per l'higher education: «la questione non è se qualcosa vada fatto, ma chi abbia il potere di agire»

L'adozione del salvacondotto di Biden ha creato una significativa spaccatura nel Paese, che ha portato all'assunzione di iniziative giudiziali in ottica eminentemente contro-maggioritaria: dopo che i giudici federali del

²⁴⁴ J. Rawls, *Una teoria della giustizia* (1971), Milano, 1982.

²⁴⁵ *Students for Fair Admissions, Inc. v. President and Fellows of Harvard College*, 600 U.S. ____ (2023). Per un'analisi della sentenza, si veda il saggio di A. Schillaci pubblicato in questo Fascicolo (nonché già Id., *Eliminating racial discrimination means eliminating all of it? La Corte Suprema e le azioni affermative nell'ammissione all'Università*, in www.diritticomparati.it, 4 settembre 2023). Per ulteriori approfondimenti, con una prospettiva di insieme sulle recenti letture fornite dalla Corte Suprema in materia di XIV Emendamento, cfr. Id., *Nel cono d'ombra di Dobbs. Libertà ed eguaglianza nelle interpretazioni del XIV emendamento della Costituzione degli Stati Uniti*, in *Diritto pubblico*, 2023, p. 581 ss.

Texas²⁴⁶ e del Missouri²⁴⁷ ne hanno sospeso gli effetti, Biden si è rivolto alla Corte Suprema, chiedendone l'intervento dei giudici al fine di assicurare l'operatività su tutto il territorio del Paese del suo piano. La decisione, lo si accennava, è giunta il 30 giugno 2023, ed è stata resa con l'oramai consueta maggioranza di 6-3²⁴⁸. Riassumendo in estrema sintesi il *decisum*, la Corte Suprema ha ravvisato, nel più tipico schema di pronunciamento su questioni di *statutory interpretation*, la violazione dell'HEROES Act per un eccesso di potere commesso dall'Esecutivo mediante l'approvazione dello Student Forgiveness Loan Program. L'opinione di maggioranza è stata redatta dal Chief Justice Roberts. Quella di minoranza, estesa dalla giudice Kagan, ha riunito le altre due *liberal* della Corte, Sotomayor e Jackson.

Prima di passare al vaglio del merito, i *justice* hanno dovuto stabilire preliminarmente se gli attori avessero potuto vantare un danno diretto onde verificare la sussistenza della legittimazione ad agire. A ben guardare, il tema della legittimazione aveva già formato oggetto di una decisione presa poco prima di quella in commento: in questo arresto, la soluzione che i giudici avevano fornito, all'unanimità, era che due studenti debitori che agivano *uti singuli* difettavano di *standing*²⁴⁹. Al contrario, operando un *distinguishing* derivante dalla peculiare condizione dei fatti posti a base della controversia in *Biden v. Nebraska*, la Corte d'Appello per l'8° Circuito si era espressa nel senso che il Missouri era legittimato poiché ha costituito e controlla la MOHELA, che come abbiamo visto è uno dei maggiori fornitori e detentori di prestiti d'onore del Paese. L'entrata in vigore del programma sarebbe costata all'agenzia statale fino a 44 milioni di dollari all'anno, limitando la sua capacità di contribuire ai programmi di *higher education* dello Stato.

La Corte Suprema ha condiviso tale opzione ricostruttiva: Roberts ha argomentato nel senso che il Missouri ha creato l'ente per supportare i residenti dello Stato a ottenere prestiti per pagare l'università. La riduzione del debito, si legge nella opinione di maggioranza, contrarrebbe le entrate della MOHELA, così compromettendo i suoi sforzi per coadiuvare gli studenti universitari dello Stato, il che si tradurrebbe fatalmente in un danno diretto a quest'ultimo²⁵⁰.

Diametralmente opposte le posizioni dell'opinione di minoranza. Qui si legge che la Corte non avrebbe dovuto entrare nel merito delle richieste,

²⁴⁶ *Brown v. U.S. Department of Education*, No. 4:22-cv-00908 (District Court, N.D. Texas).

²⁴⁷ *State of Nebraska v. Joseph Biden, Jr.*, No. 22-3179 (8th Cir. 2022).

²⁴⁸ *Biden, President of the United States et al. v. Nebraska et al.*, 600 U.S. ____ (2023).

²⁴⁹ *Department of Education et al. v. Brown et al.*, 600 U.S. ____ (2023).

²⁵⁰ *Biden v. Nebraska*, cit., *majority opinion*, p. 9-12.

essendo carente la legittimazione ad agire in capo agli originari attori. Difatti, la tesi della legittimazione ad agire mediata del Missouri in ragione della presenza della MOHELA, a detta delle tre giudici dissenzienti, provava troppo: portato alle logiche conseguenze il percorso argomentativo della maggioranza, sarebbe dovuta essere la MOHELA ad agire in giudizio, e non anche lo Stato, essendo la prima, e non il secondo, lesa in via diretta dalla misura di Biden²⁵¹.

Ad ogni modo, avendo sancito la sussistenza della legittimazione ad agire in capo al Missouri (e dunque anche agli altri Stati), la Corte ha affrontato il nucleo della materia del contendere: ovverosia, la conformità della remissione dei debiti con la legge federale. A maggioranza, i *justice* hanno accolto le tesi degli Stati: il Congresso, nell'impiegare il termine modificare (*modify*) nell'HEROES Act con riferimento ai poteri attribuiti al Segretario all'Istruzione, avrebbe inteso limitare il potere a modesti aggiustamenti e aggiunte alle disposizioni esistenti. Per converso, non avrebbe inteso aprire la strada a vere e proprie trasformazioni²⁵². Ha sottolineato Roberts come, invece, Biden avesse creato un condono dei prestiti nuovo e fondamentalmente diverso: facendo efficace impiego di una metafora, l'opinione maggioritaria ha sottolineato che l'intervento modifica le leggi e i regolamenti sui prestiti agli studenti alla stregua di come la Rivoluzione francese ha modificato lo status della nobiltà. Ossia, abolendola e soppiantandola con un regime integralmente nuovo. Vieppiù in considerazione del fatto che in una guisa coincidente alla *ratio decidendi* di *West Virginia v. EPA*²⁵³, dove la Corte ha sottratto all'Environmental Protection Agency i poteri regolatori in materia emissioni di gas climalteranti, anche in *Biden v. Nebraska* i giudici hanno adottato un approccio esautorante nei confronti del potere amministrativo. Facendo ricorso alla *major questions doctrine*, sulla scorta della quale l'interpretazione delle leggi deve muovere dalla presunzione dell'assenza di delega al Governo di legiferare su questioni di primaria rilevanza per il Paese, la decisione ha

²⁵¹ *Biden v. Nebraska*, cit., *dissenting opinion*, p. 5-9.

²⁵² *Biden v. Nebraska*, cit., *majority opinion*, p. 16 ss.

²⁵³ 597 U.S. ____ (2022). Per approfondimenti sulla sentenza, cfr. J. Novkov, *West Virginia v. EPA: Whither the New Deal Order?*, in *Polity*, 2022, 2, p. 410 ss.; L. Parona, *La Corte Suprema si pronuncia sul Clean Power Plan: prime note a West Virginia et al. v. Environmental Protection Agency*, in *DPCE Online*, 2022, p. 1597 ss.; A.M. Sabino, *West Virginia v. EPA: Behind the Supreme Court Principled Decision*, in 39 *Climate & Energy*, 2022, 1, p. 1 ss.; E.M. Dishman, *West Virginia v. EPA: Major Questions for the Future of the Administrative State and American Federalism*, in *Publius*, 2023, 3, p. 435 ss.; G. Vivoli, *Gli effetti della sentenza West Virginia v. Epa sul futuro dell'amministrative state statunitense*, in *Federalismi.it*, 2023, p. 88 ss.

ritenuto l'Amministrazione sprovvista del necessario potere regolatorio²⁵⁴. Come icasticamente affermato da Roberts nella sua *opinion*, «la questione non è se qualcosa vada fatto, ma chi abbia il potere di agire»²⁵⁵.

È di tutta evidenza, poi, che la *major questions doctrine* è stata qui usata dalla Corte a mo' di strumento testualista e originalista nella convinzione, già plasticamente affermata in *NYSRP et al. v. Bruen et al.*²⁵⁶, che le origini sono un inizio che spiega. Che l'originalismo sia ispiratore è testimoniato dalle argomentazioni contenute nell'opinione concorrente della Barrett: la *doctrine* dovrebbe guidare i giudici a ricercare «l'interpretazione più naturale del testo», usando il buon senso per capire se una questione avrebbe voluto essere dal Congresso delegata a un'agenzia amministrativa. Qui, ha proseguito la Barrett, sembra che l'Amministrazione Biden «sia andata ben oltre ciò che il Congresso avrebbe potuto ragionevolmente intendere di aver concesso» con l'HEROES Act²⁵⁷.

Di tutt'altro tenore è l'*opinion* di minoranza, dove Kagan ha sostenuto che la riduzione del debito ricada nello spettro delle prerogative attribuite al Segretario all'Istruzione, titolare di ampi poteri per fronteggiare un'emergenza nazionale, potendo anche incidere sulle regole in materia di estinzione dei prestiti. Viene sferzata un'aspra critica alla maggioranza dei *justice*, accusati di aver frammentato e svuotato di contenuto l'HEROES Act, privando l'Amministrazione di qualsivoglia possibilità di intervento²⁵⁸. Kagan ha anche preso di mira l'invocazione della *major questions doctrine* in quanto tradisce le preoccupazioni della Corte sull'esercizio dell'*administrative power* e perché finisce con il neutralizzare la stessa giurisprudenza della Corte suprema elaborata in materia di delega del Congresso all'Amministrazione. Problema questo non solo per la *governance*, ma anche per la stessa democrazia: così, la Corte si erge ad «arbitro – anzi, ad artefice – della politica nazionale»²⁵⁹.

²⁵⁴ Sulla *major questions doctrine*, v. per tutti il recente lavoro di D.T. Deacon, L.M. Litman, *The New Major Questions Doctrine*, in 109 *Virginia Law Review*, 2023, 5, p. 1009 ss.

²⁵⁵ *Biden v. Nebraska*, cit., *majority opinion*, p. 19.

²⁵⁶ *New York State Rifle & Pistol Association, Inc., et al v. Bruen, Superintendent Of New York State Police, et al.*, 597 U.S. ____ (2022). Per un commento, v. N. Cezzi, «Le origini sono un inizio che spiega». *NYSRPA v. Bruen e il porto d'armi come diritto costituzionale tradizionale*, in www.diritticomparati.it, 18 ottobre 2022, e – successivamente – L. Fabiano, *Originalismo e Judicial Activism nell'interpretazione del II Emendamento alla Costituzione federale USA*, in *Diritti Comparati*, 2023, 3, p. 15 ss.

²⁵⁷ *Biden v. Nebraska*, cit., *concurring opinion*, p. 14 s.

²⁵⁸ *Biden v. Nebraska*, cit., *dissenting opinion*, p. 23 ss.

²⁵⁹ *Ivi*, p. 2.

È difficile sostenersi che l'approccio della maggioranza non sia impeccabile dal punto di vista dell'interpretazione della disposizione legislativa, e della difficile conciliabilità con quanto approvato da Biden. Così come sarebbe intellettualmente disonesto addurre argomentazioni fantasiose in ordine alla possibilità di includere nel verbo usato nell'HEROES Act, *modify*, il conio di un programma nei fatti rivoluzionario e, incontestabilmente, derogatorio di chiare misure di diritto legislativo che si orientano in senso contrario. Parafrasando Roberts, qualcosa andava fatto, ma chi ha agito aveva a disposizione armi spuntate. Dacché il salvacondotto di Biden si è scontrato dinanzi al piano, e difficilmente equivocabile, tenore letterale della legge.

20. *A mo' di conclusione*

Il pronunciamento della Corte Suprema non ha posto la parola fine al dibattito intorno alla *higher education*. Al contrario, lo ha rinfocolato, provocando l'immediata reazione del Governo, il quale si è mosso su più fronti. In primo luogo, come forma – crediamo – di rappresaglia verso la MOHELA (e il Missouri), Biden ha trattenuto, riportando come giustificazione del suo agire casi di malagestione, alcuni pagamenti che le erano dovuti per i suoi servizi nella veste di *general contractor* nella gestione dei prestiti garantiti. Questo accadeva il 30 ottobre 2023²⁶⁰. A inizio gennaio 2024, il Governo ha intrapreso iniziative di simile portata nei confronti degli altri soggetti svolgenti le medesime funzioni dell'agenzia del Missouri²⁶¹.

In parallelo, va dato conto dell'incremento annunciato, e messo a bilancio, delle borse Pell Grants: in linea di continuità con il 2023, quando un aumento era già stato stanziato, nel *budget* federale del 2024 è stato previsto un aumento progressivo delle stesse nel quinquennio successivo, di

²⁶⁰ Cfr. il comunicato stampa *U.S. Department of Education Announces Withholding of Payment to Student Loan Servicer as Part of Accountability Measures for Harmed Borrowers*, 30 ottobre 2023, reperibile su: <https://www.ed.gov/news/press-releases/us-department-education-announces-withholding-payment-student-loan-servicer-part-accountability-measures-harmed-borrowers>.

²⁶¹ Cfr. il comunicato stampa *Biden-Harris Administration Takes Additional Action to Hold Student Loan Servicers Accountable for Failing to Meet Contractual Obligations*, 5 gennaio 2024, reperibile su: <https://www.ed.gov/news/press-releases/biden-harris-administration-takes-additional-action-hold-student-loan-servicers-accountable-failing-meet-contractual-obligations>.

modo da raddoppiarne il valore, portandole a una consistenza annua, nel 2029, di circa 15.000 dollari²⁶². Nelle intenzioni, è evidente, vi sarebbe di assicurare più fondi ai bisognosi, scongiurando il ricorso ai prestiti. Per quanto pregevoli siano le ambizioni, ci pare che questa misura centri solo in parte la problematica, reiterando alcune delle criticità storicamente presentate da propositi di questo tipo. Anzitutto, perché l'aumento non è in grado di dare integrale copertura ai costi associati alla frequenza ai *college* (le cui sole rette, stando agli ultimi dati disponibili, nell'anno accademico 2019-2020 ammontavano in media a 9.000 dollari per i pubblici e a 32.000 per i privati²⁶³): non sfuggirà come, per la porzione rimanente di costi, gli studenti saranno in ogni caso costretti a indebitarsi. Ma vi è di più: questa impostazione, nella misura in cui è sprovvista di una contestuale imposizione di tetti massimi alle rette universitarie e ai costi associati alla *higher education*, finisce con il reiterare lo stesso meccanismo che Bill Bennett aveva icasticamente descritto nella sua denuncia apparsa sul New York Times con il titolo *Our Greedy Colleges*. Ovverosia quello di indurre le Università a innalzare i costi a fronte degli aumenti negli stanziamenti governativi.

Da ultimo, come reazione alla decisione della Corte Suprema, il 22 agosto 2023 Biden ha annunciato una nuova iniziativa con l'emblematico nome di SAVE Plan (Saving on a Valuable Education Plan). Rispetto all'originale Student Forgiveness Loan Plan, quello di nuovo conio si distanzia sensibilmente: non si configura più quale remissione indiscriminata dei debiti, ma si atteggia come una rimodulazione in senso espansivo dei programmi già noti sotto la formula di *income-driven repayment*. E, difatti, va a sostituire il RE-PAYE introdotto durante la Presidenza Obama. Il piano ricalcola i pagamenti mensili in base a due criteri, il reddito e le dimensioni della famiglia del debitore, condonando il residuo dopo un certo numero di anni di pagamenti regolarmente effettuati. Secondo le proiezioni dell'Amministrazione, il SAVE sarebbe atto a dimezzare i pagamenti dei prestiti universitari: chi ne farà richiesta, pagherà una rata pari al 5% del reddito percepito (per i corsi *post-graduate*, invece, il calcolo viene effettuato con una media ponderata tra il 5% e il 10% del loro reddito in base ai saldi originali del capitale dei loro prestiti). Sarebbe poi funzionale ad estinguere del tutto molte posizioni debitorie: secondo i calcoli del

²⁶² *Budget of the U.S. Government, Fiscal Year 2024*, p. 20 e 141, tabella S-6, reperibile su: https://www.whitehouse.gov/wp-content/uploads/2023/03/budget_fy2024.pdf.

²⁶³ Si v. no i dati raccolti su: <https://educationdata.org/average-cost-of-college-by-year>.

Governo, un debitore *single* che guadagna circa 15 dollari l'ora non dovrà effettuare alcun pagamento mensile. Mentre chi, nella stessa condizione, guadagna più della cifra indicata, risparmierà circa 1.000 dollari su base annua rispetto a quanto sarebbe accaduto con altri piani di pagamento su base reddituale. Il *Department of Education* stima che più di un milione di debitori a basso reddito si vedranno estinti del tutto i debiti. In aggiunta, il SAVE è volto a interrompere la maturazione di interessi aggiuntivi sulle somme ricalcolate sul reddito, a patto che il debitore sia in regola con i pagamenti. Inoltre, si prospetta un numero ingente di estinzioni anticipate nei confronti di debitori a basso reddito: i debitori con saldo principale originario pari o inferiore a 12.000 dollari riceveranno il condono dopo 120 pagamenti (l'equivalente di dieci anni di rimborso). Per ogni 1.000 dollari in più presi in prestito al di sopra di questo livello, il piano aggiunge altri 12 pagamenti (equivalenti a 1 anno di pagamenti) fino a un massimo di 20 o 25 anni. Ad esempio, se il saldo principale originale di un mutuatario è di 14.000 dollari, il condono avverrà dopo 12 anni. I pagamenti effettuati in precedenza (prima del 2024) e quelli successivi saranno conteggiati ai fini di questi tempi massimi di condono.

Tutto ciò dovrebbe, conclude l'annuncio della Presidenza, andare a beneficio degli afroamericani e degli altri gruppi discriminati, i più esposti, come abbiamo diffusamente riportato, alla tematica del debito privato. Dati del gennaio 2024 riportano come quasi sette milioni di statunitensi abbiano fatto richiesta di ammissione al SAVE²⁶⁴. La misura, appunto, si inserisce in un composito mosaico di iniziative intraprese da Biden prima e a séguito della sentenza della Corte Suprema al fine di condonare un numero ingente di debiti: una delle più recenti iniziative è stata assunta il 4 ottobre 2023²⁶⁵, quando è stato pubblicato l'annuncio di avvenuta remissione di un ammontare di debiti pari a 9 miliardi di dollari facendo ricorso ai programmi esistenti di rimodulazione del debito su base reddituale di cui abbiamo pure discusso ampiamente in precedenza. La misura è servita a ridimensionare le preoccupazioni per il termine della sospensione dei pagamenti dei debiti studenteschi in ragione delle misure assunte dall'allora Amministrazione Trump durante il COVID-19 e poi più volte prorogate.

²⁶⁴ *Biden-Harris Administration to Shorten Path to Debt Cancellation for Some SAVE Borrowers*, 11 gennaio 2024, su: <https://www.ed.gov/news/press-releases/biden-harris-administration-shorten-path-debt-cancellation-some-save-borrowers>.

²⁶⁵ *Biden-Harris Administration Announces an Additional \$9 Billion in Student Debt Relief*, 4 ottobre 2023, su: <https://www.ed.gov/news/press-releases/biden-harris-administration-announces-additional-9-billion-student-debt-relief>.

Se tutto quanto predisposto appare meritorio, ci permettiamo di rilevare una criticità del piano di nuovo conio e alcuni timori sul suo destino. Per quanto attiene alla criticità, le misure intraprese non valgono a risolvere il problema degli eccessivi costi della frequenza ai programmi universitari e di specializzazione post-laurea: ancora una volta, le Università e gli altri enti di formazione saranno liberi di innalzarli a piacimento. Con l'unica differenza che se, fino ad ora, l'onere incombeva sugli individui debitori, nel futuro questo sarà in più larga parte spalmato sulla fiscalità generale, e – dunque – in ultima analisi sui cittadini statunitensi. La stortura di fondo rimane, e a questo punto non si vede perché non riorientare gli impegni nel senso di un programma autenticamente pubblico di *higher education*. Per quanto concerne invece i timori sul destino del SAVE, deve darsi atto, da un lato, che anche la sua operatività risulta sospesa a seguito di una decisione recentemente pronunciata della Corte d'Appello dell'Ottavo Circuito²⁶⁶, dall'altro, che le sue sorti sono legate a doppia mandata agli esiti delle prossime elezioni presidenziali. Difatti, il fronte repubblicano, Trump in testa, è compatto nell'etichettare come ingiustificata qualsiasi formula di estinzione anticipata dei prestiti d'onore²⁶⁷. Sicché la sopravvivenza di quanto da ultimo varato dipenderà, oltre che dagli esiti del contenzioso instaurato nelle corti, dai risultati elettorali di novembre prossimo.

ABSTRACT: On June 30, 2023, the Supreme Court of the United States issued the decision in *Biden v. Nebraska*, striking down the Biden Program of student debt forgiveness. The decision reignited the debate about the cost of higher education in the U.S. This paper aims to analyze the issue from a comparative legal history perspective, combined with some methods borrowed from intersectionality. Through the lens of history, the main goal of the research is to show that the current settings of higher education costs are the product of deliberate ideological, political, economic, and legal choices that still have an asymmetrical impact on discriminated groups. In this regard, intersectionality provides an

²⁶⁶ *Missouri v. Biden*, No. 24-2332 e 24-2351 (8th Cir. Aug. 9, 2024).

²⁶⁷ A. Nova, *GOP Presidential Candidates Agree: Student Loan Borrowers Shouldn't Get Forgiveness*, in *CNBC*, 11 gennaio 2024, reperibile su: <https://www.cnbc.com/2024/01/11/gop-presidential-candidates-all-oppose-student-loan-relief.html>.

appropriate analytical framework to show how the entire legal framework of student debt in the United States represents the perpetuation of certain power structures, such as racism and class stratification, in a combination that has made and continues to make some individuals more vulnerable than others. To substantiate these claims, legal education will be examined as a case study.

KEYWORDS: Comparative Law & History – Intersectionality – U.S. Higher Education Costs – Legal Education – Racial Justice

Lorenzo Serafinelli – Assegnista di ricerca in Diritto privato comparato - Sapienza Università di Roma (lorenzo.serafinelli@uniroma1.it)

**Il mancato consenso sul consenso:
una riflessione alla luce della nuova
Direttiva sulla lotta alla violenza
contro le donne e la violenza domestica***

Roberta De Paolis

SOMMARIO: 1. Introduzione e obiettivi – 2. La Proposta di Direttiva del Parlamento Europeo sulla lotta alla violenza contro le donne e la violenza domestica– 3. La Direttiva sulla lotta alla violenza contro le donne e la violenza domestica – 4. La questione del consenso alla luce delle fonti internazionali – 5. Sul consenso: approdi e questioni aperte – 6. Gli estremi del consenso legale in Europa – 7. La questione del consenso tra gli Stati membri – 8. Il modello consensuale puro – 9. Il modello consensuale limitato – 10. Il modello consensuale vincolato – 11. Gli approcci degli Stati membri e la Convenzione di Istanbul: un’analisi trasversale – 12. Conclusione

1. Introduzione e obiettivi

L’11 maggio 2011 il Consiglio d’Europa ha adottato ad Istanbul la Convenzione sulla lotta alla violenza contro le donne e la violenza domestica (d’ora in poi, la “Convenzione di Istanbul” o la “Convenzione”), «il primo strumento internazionale giuridicamente vincolante che crea un quadro giuridico completo per proteggere le donne contro qualsiasi forma di violenza»¹. La Convenzione è stata mossa da un’aspirazione universale, essendo aperta sia alle organizzazioni internazionali come l’Unione Europea, sia agli Stati non membri del Consiglio d’Europa, così da garantire

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

¹ Convenzione del Consiglio d’Europa sulla prevenzione e la lotta contro la violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica (STCE no. 210), in www.coe.int; V. R. J. McQuigg, *What Potential does the Council of Europe Convention on Violence against Women hold as regards Domestic Violence?*, in *The International Journal of Human Rights*, 2012; A. Di Stefano, *Violenza contro le donne e violenza domestica nella nuova convenzione del Consiglio d’Europa*, in *Diritti Umani Diritto Internazionale*, 2012, 169; S. De Vido, *States’ Due Diligence Obligations to Protect Women from Violence: A European Perspective in Light of the 2010 CoE Istanbul Convention* in W. Benedek et al (eds), *European Yearbook on Human Rights*, Cambridge, 2014.

la più ampia diffusione degli obblighi in essa contenuti, a partire dalla criminalizzazione di una serie di condotte che costituiscono violenza contro le donne e violenza domestica (come, ad esempio, il matrimonio e l'aborto forzato, lo stalking, le molestie sessuali, la violenza fisica e psicologica, la violenza sessuale, etc.). Inoltre, la Convenzione richiede che gli Stati adottino le misure necessarie affinché simili condotte siano punite con sanzioni effettive, proporzionali e dissuasive², assicurando, allo stesso tempo, servizi di sostegno alle vittime di violenza che vadano dalla consulenza legale e psicologica, all'assistenza finanziaria, lavorativa, formativa e abitativa³. Infine, è bene sottolineare come la Convenzione di Istanbul abbia sancito un punto nevralgico nel dibattito circa le strategie di contrasto a questo tipo di violenza, convenendo sulla imprescindibilità di promuovere un cambiamento prima di tutto culturale capace di sradicare «costumi, tradizioni e tutte le altre pratiche che si basano sull'idea dell'inferiorità delle donne o su ruoli stereotipati per le donne e gli uomini»⁴. L'urgenza di un simile approccio sorge dalla preoccupante consapevolezza per cui la violenza di genere è diffusa indistintamente in tutti i Paesi del mondo – solo nell'Unione Europea si possono infatti contare 62 milioni di donne che hanno subito violenza sessuale a partire dall'età di 15 anni⁵ – richiedendo quindi un'azione che agisca strutturalmente e che inibisca narrazioni assessorie in cui la violenza si giustifica in forza della cultura, degli usi, della religione, della tradizione o, addirittura, del cosiddetto “onore”⁶.

Recependo le istanze internazionali sul tema, nell'ottobre 2015 la Commissione europea ha pubblicato una tabella di marcia a favore dell'adesione alla Convenzione di Istanbul⁷, seguita dalla proposta di

² Convenzione del Consiglio d'Europa sulla prevenzione e la lotta contro la violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica (STCE no. 210), art. 45.

³ Convenzione del Consiglio d'Europa sulla prevenzione e la lotta contro la violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica (STCE no. 210), art. 20 e seguenti.

⁴ Convenzione del Consiglio d'Europa sulla prevenzione e la lotta contro la violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica (STCE no. 210), art. 12.

⁵ FRA, Violence against Women: an EU-wide survey, fra.europa.eu.

⁶ Convenzione del Consiglio d'Europa sulla prevenzione e la lotta contro la violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica (STCE no. 210), art. 42, par. 1.

⁷ EU Commission, Roadmap A (possible) EU accession to the CoE Convention on preventing and combating violence against women and domestic violence, October 2015, 2015/JUST/010 and EU Commission, Factsheet Q&A International Day for the Elimination of Violence against Women (24 November 2015), europa.eu.

decisione del Consiglio sulla firma della Convenzione⁸. Nonostante simili passi, il processo di adesione ha incontrato svariati ostacoli, non da ultimo le incertezze che il Parlamento Europeo nutriva con riferimento a quale fosse la base giuridica adeguata affinché l'Unione Europea potesse aderire alla Convenzione⁹. Sul punto, il 6 aprile 2021 la Corte di Giustizia Europea ha individuato negli articoli 78, paragrafo 2, 82, paragrafo 2, 84 e 336 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea (TFUE) la base giuridica per avviare l'adozione della Convenzione a maggioranza qualificata, precisando inoltre che il Consiglio non dovesse attendere l'accordo comune degli Stati Membri dell'Unione per procedere alla firma della Convenzione¹⁰. Difatti, al tempo in cui la Corte di Giustizia Europea è stata chiamata a pronunciarsi, Bulgaria, Repubblica Ceca, Ungheria, Lettonia, Lituania e Slovacchia non avevano proceduto alla ratifica del trattato¹¹. Peraltro, la ratifica da parte dell'Unione Europea è stata inserita tra le priorità dell'attuale Commissione von der Leyen, la quale, in seno alla Strategia 2020-2025, ha espressamente riconosciuto la Convenzione di Istanbul come «un punto di riferimento per la legislazione internazionale»¹².

Di conseguenza, nella riunione del 21 febbraio 2023, il Consiglio ha chiesto l'approvazione del Parlamento europeo per adottare le decisioni sulla ratifica della Convenzione, il quale ha acconsentito all'adesione nella sessione plenaria del maggio 2023. In conclusione, il 1° ottobre 2023 l'Unione Europea è dunque diventata il 38esimo Stato membro aderente alla Convenzione di Istanbul, così impegnandosi ad approntare misure legali e politiche per prevenire la violenza contro le donne, sostenere le vittime e punire i colpevoli, oltre che a sottoporsi a valutazione periodica da parte del

⁸ European Commission, Proposal for a Council Decision on the signing, on behalf of the European Union, of the Council of Europe Convention combating violence against women and domestic violence, Brussels (4 March 2016) COM (2016) 111 final 2016/0063.

⁹ Request for an opinion submitted by the European Parliament pursuant to Article 218(11) TFEU (Opinion 1/19).

¹⁰ Parere della Corte di Giustizia dell'Unione Europea, Grande Sezione, 6 ottobre 2021, disponibile in curia.europa.eu; V. inoltre, S. De Vido – M. Frulli, *Preventing and Combating Violence Against Women and Domestic Violence. A Commentary on the Istanbul Convention*, Cheltenham, 2023.

¹¹ La Lettonia ha ratificato la Convenzione il 30 novembre 2023.

¹² European Commission, Communication From The Commission To The European Parliament, The Council, The European Economic And Social Committee And The Committee Of The Regions. A Union of Equality: Gender Equality Strategy 2020-2025, in ec.europa.eu.

Roberta De Paolis

Il mancato consenso sul consenso: una riflessione alla luce della nuova Direttiva sulla lotta alla violenza contro le donne e la violenza domestica

GREVIO, il comitato di esperte ed esperti istituito dalla Convenzione¹³. Da quest'ultimo punto di vista, per attuare gli obiettivi stabiliti nella Convenzione¹⁴, nel marzo 2022 la Commissione europea ha presentato una proposta legislativa per una direttiva sulla lotta alla violenza contro le donne e alla violenza domestica, la quale è stata infine sottoscritta nel maggio 2024. Sebbene l'adesione alla Convenzione e l'adozione di una Direttiva sui medesimi temi potrebbero sembrare superflui o sovrabbondanti, «entrambi i passaggi sono fondamentali»¹⁵: per un verso, la Convenzione rappresenta il timone dell'azione legislativa europea, anche nel senso di promuovere l'utilizzo di una prospettiva di genere al diritto europeo; per altro verso, la Direttiva rappresenta lo strumento espansivo della Convenzione, laddove l'azione degli Stati membri dell'Unione sarà soggetta al controllo della Commissione per mezzo della procedura di infrazione. Infine, è bene precisare che, sebbene gli Stati membri che non hanno ratificato la Convenzione non saranno tenuti a rispettarne gli obblighi di criminalizzazione, essi saranno comunque chiamati a rispettare le previsioni che accedono al loro sistema giuridico per il tramite del diritto derivato dell'Unione Europea, fermo restando i limiti delle competenze attribuite dai Trattati.

Tutto considerato, nonostante la Direttiva approvata risulti coerente con gli obiettivi previsti dalla previgente Proposta in tema di criminalizzazione dei reati rilevanti in materia di violenza contro le donne, protezione e sostegno alle vittime, accesso alla giustizia, prevenzione, coordinamento e cooperazione, essa risulta mancante di uno degli elementi più innovativi che la Proposta aveva recepito proprio dalla Convenzione di Istanbul, ossia l'originario articolo 5 che, riprendendo l'articolo trentasei della Convenzione, basava la fattispecie di stupro sull'elemento del consenso. Difatti, non tutti gli Stati membri si sono trovati d'accordo nel

¹³ GREVIO (Group of Experts on action against Violence against Women and Domestic Violence) è l'organismo di esperti indipendenti incaricato di monitorare l'attuazione da parte delle parti della Convenzione del Consiglio d'Europa sulla prevenzione e la lotta alla violenza contro le donne e alla violenza domestica. Sul punto, v. Codice di condotta che stabilisce le disposizioni interne relative all'esercizio dei diritti e all'adempimento degli obblighi dell'Unione europea e degli Stati membri ai sensi della Convenzione del Consiglio d'Europa sulla prevenzione e la lotta contro la violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica 2023/C 194/03, art. 8.

¹⁴ Convenzione del Consiglio d'Europa sulla prevenzione e la lotta contro la violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica (STCE no. 210), art. 5.

¹⁵ S. De Vido, *L'adesione dell'Unione europea alla Convenzione di Istanbul del Consiglio d'Europa: il ruolo delle organizzazioni della società civile a tutela delle donne*, in *Sistema Penale*, 2023.

Roberta De Paolis

Il mancato consenso sul consenso: una riflessione alla luce della nuova Direttiva sulla lotta alla violenza contro le donne e la violenza domestica

contemplare la fattispecie di stupro esclusivamente alla luce dell'elemento del consenso, tanto da creare frizioni tali per cui l'articolo 5 non è sopravvissuto alla seconda lettura della Proposta di direttiva. Una simile impasse in seno al Consiglio dell'Unione Europea è sintomatica di come gli Stati membri perseguano modelli interpretativi disomogenei nel valutare i casi di violenza sessuale, laddove non vi è una convergenza condivisa nel considerare il consenso un elemento imprescindibile della fattispecie. In altre parole, se gli Stati membri si dimostrano coesi nel riconoscere la cogenza di prevenire e contrastare la violenza contro le donne e la violenza domestica, lo stesso non si può dire per quanto riguarda il reato di stupro, il quale è sottoposto a definizioni e formulazioni differenti a seconda dell'ordinamento che è chiamato a legiferare sul tema. In definitiva, l'Unione Europea assiste ancora a una frammentazione legislativa in tema di stupro e consenso, la quale non solo rischia di minare gli sforzi internazionali sul punto, ma pregiudica altresì la garanzia di una tutela uniforme per le vittime di violenza sessuale e domestica.

Alla luce di quanto brevemente illustrato, l'articolo si propone pertanto di fornire una panoramica delle legislazioni sullo stupro in vigore tra gli Stati membri, indagando il ruolo che riveste il concetto di consenso al fine di distinguere una condotta sessuale lecita da una penalmente rilevante.

2. La Proposta di Direttiva del Parlamento Europeo sulla lotta alla violenza contro le donne e la violenza domestica

L'8 marzo 2022 è stata pubblicata la Proposta di Direttiva del Parlamento Europeo sulla lotta alla violenza contro le donne e la violenza domestica¹⁶ (Proposta), rivolta a promuovere tra gli Stati membri uno sforzo di armonizzazione penale finalizzato ad arginare quel tipo di violenza che viene perpetrata nei confronti «di una donna in quanto tale o che colpisce per antonomasia le donne»¹⁷. Un simile intervento è sorto dalla volontà di allinearsi alle istanze sollevate dalla Convenzione di Istanbul e dall'esigenza di contrastare un fenomeno talmente capillare e pervasivo da richiedere una strategia condivisa. Più nello specifico, è stato registrato che nell'Unione Europea la violenza contro le donne e la violenza domestica colpiscono una

¹⁶ Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sulla lotta alla violenza contro le donne e la violenza domestica [2022].

¹⁷ Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sulla lotta alla violenza contro le donne e la violenza domestica [2022], p. 1.

Roberta De Paolis

Il mancato consenso sul consenso: una riflessione alla luce della nuova Direttiva sulla lotta alla violenza contro le donne e la violenza domestica

donna su tre, laddove una donna su dieci ha riferito di essere stata vittima di violenza sessuale e una su venti vittima di stupro¹⁸, mentre una su cinque riferisce di aver subito violenza domestica¹⁹. Nemmeno l'ambito lavorativo è scevro da questi episodi, infatti si stima che circa un terzo di tutte le donne dell'Unione Europea ha subito molestie sessuali²⁰. Sul punto, vale la pena notare come l'espansione tecnologica e la maggiore connettività delle comunità abbiano ingenerato un effetto moltiplicatore per quanto riguarda i casi di violenza di genere: solo nel 2020 una ragazza su due è stata vittima di violenza di genere online²¹, laddove quest'ultima acquista una dimensione multiforme e intersezionale²² – per cui le donne vengono colpite in quanto donne ma anche, a seconda dei casi, in quanto riconducibili a una certa etnia, minoranza religiosa, orientamento sessuale, classe sociale, etc. – fino a forme di vero e proprio estremismo che si traducono in condotte di istigazione all'odio e alla violenza. Difatti, la tecnologizzazione dei canali di comunicazione ha permesso di riunire individui che condividono idee

¹⁸ V. M. Ezzati – A. D. Lopez – A. Rodgers – C. J.L. Murra, *Comparative Quantification of Health Risks Global and Regional Burden of Disease Attributable to Selected Major Risk Factors*, Geneva, 2004: Si definisce “violenza sessuale” qualsiasi attività sessuale con una persona che non voglia o sia impossibilitata a consentire all'atto sessuale a causa di alcool, droga o altre situazioni. Violenza sessuale è un termine molto generico che include diversi comportamenti come: lo stupro, anche se l'autore è il partner o il marito; qualsiasi contatto sessuale indesiderato; l'esposizione non gradita di un corpo nudo, l'esibizionismo e il voyeurismo; l'abuso sessuale di un minore; l'incesto; la molestia sessuale; atti sessuali su clienti o dipendenti perpetrati da terapeuti, medici, dentisti, capi, colleghi o altre figure professionali. Lo “stupro” si riferisce a un atto sessuale non consensuale completo in cui l'aggressore penetra la vagina, l'ano o la bocca della vittima con il pene, la mano, le dita o altri oggetti.

¹⁹ Agenzia dell'Unione europea per i diritti fondamentali (FRA), *Violenza contro le donne: un'indagine a livello di Unione europea. Panoramica dei risultati*, 2014. L'indagine della FRA sulla violenza contro le donne è la più completa a livello mondiale sulle esperienze di violenza vissute dalle donne e si basa su interviste faccia a faccia con 42 000 donne in tutta l'UE.

²⁰ Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sulla lotta alla violenza contro le donne e la violenza domestica [2022], p. 2.

²¹ Servizio Ricerca del Parlamento europeo (EPRS), *Combating gender-based violence: Cyberviolence, European added value assessment (Contro la violenza di genere: la violenza online – Valutazione del valore aggiunto europeo)*, 2021.

²² Sul punto: S. Warrior, *Inclusion and Exclusion: Intersectionality and Gender-Based Violence*, in R. Geffner – J. W. White – L.K. Hamberger – A. Rosenbaum – V. Vaughan-Eden – V.I. Vieth (eds), *Handbook of Interpersonal Violence and Abuse Across the Lifespan*. New York, 2022; L. De Pascale – C. Carbone Pascale, *Violenza sulle donne e intersezionalità: la capacità di risposta degli interventi a supporto dell'empowerment socio-economico*, in *Italian Journal of Social Policy*, 2021.

Roberta De Paolis

Il mancato consenso sul consenso: una riflessione alla luce della nuova Direttiva sulla lotta alla violenza contro le donne e la violenza domestica

comuni che altrimenti rimarrebbero isolati gli uni dagli altri, facendo così da cassa di risonanza per narrazioni violente²³. Da quest'ultimo punto di vista, un esempio paradigmatico è costituito dai cosiddetti “incel” o “celibi involontari”, uno dei movimenti sorti in risposta all'attivismo femminista, i quali assumono l'esistenza di un diritto naturale al sesso e vedono nelle resistenze o nel rifiuto delle donne all'intimità sessuale una forma di oppressione contro il genere maschile²⁴. In forza di questa credenza, gli spazi online frequentati da questi utenti – la cosiddetta “incelosfera”²⁵ – sono costellati da contenuti e discussioni caratterizzati da assunti e pregiudizi violenti – come, ad esempio, che le donne sono principalmente mosse dal desiderio sessuale e tendono a tradire e manipolare gli uomini per sesso e denaro²⁶ – tanto da raggiungere livelli di tossicità assimilabili a quelli delle piattaforme di estrema destra²⁷.

Come è evidente, la violenza contro le donne e la violenza domestica, oltre a rappresentare fenomeni dalle conseguenze drammatiche sulla salute fisica, sessuale e psicologica delle donne, costituiscono altresì una concreta minaccia per i valori fondamentali dell'Unione Europea, a partire dal diritto alla vita²⁸ e alla dignità umana²⁹, la proibizione di trattamenti inumani e degradanti³⁰ e la libertà da qualsiasi forma di discriminazione, anche fondata sul sesso³¹. In definitiva, la Proposta non solo aveva l'obiettivo di allineare il diritto europeo alle norme internazionali consolidate sul tema, prima fra

²³ E. A. Griffin, *A First Look at Communication Theory*, New York, 1991, p. 235-246.

²⁴ A. Dordoni – S. Magaraggia, *Modelli di mascolinità nei gruppi online Incel e Red Pill: narrazione vittimistica di sé, deumanizzazione e violenza contro le donne*, in *International Journal of Gender Studies*, 2021, p. 35-67.

²⁵ M. Cannito – I. Crowhurst – R. Ferrero – E. Mercuri – V. Quaglia, *Fare mascolinità online: definire e indagare la mansphere*, in *International Journal of Gender Studies*, 2019; C.R Kelly – C. Aunspach, *Incels, Compulsory Sexuality, and Fascist Masculinity*, in *Feminist Formations*, 2020, p. 145-172.

²⁶ B. Van Brunt – C. Taylor, *Understanding and Treating Incels Case Studies, Guidance, and Treatment of Violence Risk in the Involuntary Celibate Community*, 2020

²⁷ M. Horta Ribeiro – J. Blackburn – B. Bradlyn – E. De Cristofaro, G. Stringhini – S. Long – S. Greenberg – S. Zannettou, *The Evolution of the Mansphere across the Web*, in *Proceedings of the International AAAI Conference on Web and Social Media*, 2021, p. 196-207.

²⁸ Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, art. 2.

²⁹ Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, art. 1.

³⁰ Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, art. 4.

³¹ Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, art. 21.

Roberta De Paolis

Il mancato consenso sul consenso: una riflessione alla luce della nuova Direttiva sulla lotta alla violenza contro le donne e la violenza domestica

tutte la Convenzione di Istanbul³² e le raccomandazioni del gruppo Grevio³³, ma soprattutto quello di creare una convergenza verso l'alto capace di colmare le lacune presenti tra gli Stati membri in punto di protezione, accesso alla giustizia, assistenza, prevenzione, coordinamento e cooperazione in tema di violenza di genere³⁴. Allo scopo di assecondare simili ambizioni, la Proposta, pur lasciando un margine sufficiente affinché gli Stati membri potessero introdurre misure che tenessero conto delle situazioni specifiche di ciascun paese, ha dettagliato una serie di condotte che meritano di essere apprezzate dal punto di vista del diritto penale, come le mutilazioni genitali femminili³⁵, la condivisione non consensuale di materiale intimo o manipolato³⁶, lo stalking³⁷ e le molestie online³⁸, sino ai reati di istigazione alla violenza e all'odio online³⁹. Se quest'ultime previsioni non hanno sollevato particolari problemi in seno al Consiglio dell'Unione Europea – chiamato ad esprimersi dopo l'approvazione del testo della Proposta avvenuta a luglio 2023 da parte del Parlamento europeo – lo stesso non si può dire per l'articolo 5, contenente la definizione di “stupro”. Con tale rubrica si intendeva criminalizzare la condotta di chi compia o induca una donna a compiere “atti non consensuali di penetrazione”, vale a dire tutti quegli atti compiuti «senza il consenso volontario della donna o senza che la donna sia in grado di esprimere una libera volontà a causa delle sue condizioni fisiche o mentali, sfruttandone l'incapacità di esprimere una libera volontà in quanto incosciente, ebbra, addormentata, malata,

³² Convenzione del Consiglio d'Europa sulla prevenzione e la lotta contro la violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica (STCE n. 210); COM(2016) 111 final; vd. *Infra*.

³³ V. Risoluzione del 16 settembre 2021 recante raccomandazioni alla Commissione concernenti l'identificazione della violenza di genere come nuova sfera di criminalità tra quelle elencate all'articolo 83, paragrafo 1, TFUE (2021/2035(INL)); vd. *infra*.

³⁴ Vedi Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sulla lotta alla violenza contro le donne e la violenza domestica [2022], p. 2,3.

³⁵ Articolo 6, Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sulla lotta alla violenza contro le donne e la violenza domestica [2022], p. 38.

³⁶ Articolo 7, Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sulla lotta alla violenza contro le donne e la violenza domestica [2022], p. 39

³⁷ Articolo 8, Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sulla lotta alla violenza contro le donne e la violenza domestica [2022], p. 39

³⁸ Articolo 9, Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sulla lotta alla violenza contro le donne e la violenza domestica [2022], p. 39

³⁹ Art. 10, Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sulla lotta alla violenza contro le donne e la violenza domestica [2022], p. 40.

Roberta De Paolis

Il mancato consenso sul consenso: una riflessione alla luce della nuova Direttiva sulla lotta alla violenza contro le donne e la violenza domestica

fisicamente lesa o disabile».⁴⁰ L'approvazione integrale del testo della Proposta avrebbe imposto agli Stati membri che non prevedono il consenso come elemento necessario della fattispecie di stupro di riformulare le loro fattispecie e adeguare gli oneri probatori: in buona sostanza, in forza di un simile intervento, non sarebbe stato più necessario dimostrare la coercizione fisica o morale per dirsi integrata la fattispecie di stupro, ma sarebbe bastato dimostrare che il rapporto sessuale fosse avvenuto in assenza del consenso volontario della donna o senza che la donna fosse in grado di esprimere una libera volontà.

Sul punto, i ventisette Stati membri rappresentati in seno al Consiglio dell'Unione Europea non si sono trovati allineati, laddove Paesi come Francia, Germania, Olanda, Polonia, Ungheria e Repubblica Ceca hanno richiesto, per motivi diversi, l'eliminazione dell'articolo 5 dalla Proposta. Per un verso, si riteneva che il tema non rientrasse nelle competenze giuridiche dell'Unione Europea ma che, per converso, si trattasse di una materia di competenza esclusiva dei singoli Stati membri. Difatti, l'iniziativa legislativa europea in punto di violenza di genere e violenza domestica si giustificava alla luce del reato di sfruttamento sessuale delle donne e dei minori, fattispecie che, a norma dell'articolo 83 TFUE, attribuisce all'Unione diritto di legiferare in quanto fenomeno di speciale gravità e di natura transnazionale. Più nello specifico, l'articolo 83 TFUE prevede che l'Unione Europea possa «stabilire norme minime relative alla definizione dei reati e delle sanzioni in sfere di criminalità particolarmente grave che presentano una dimensione transnazionale derivante dal carattere o dalle implicazioni di tali reati o da una particolare necessità di combatterli su basi comuni», laddove dette sfere di criminalità si sostanziano nel «(...) terrorismo, tratta degli esseri umani e sfruttamento sessuale delle donne e dei minori, traffico illecito di stupefacenti, traffico illecito di armi, riciclaggio di denaro, corruzione, contraffazione di mezzi di pagamento, criminalità informatica e criminalità organizzata». In altre parole, l'articolo 83 TFUE è la pietra angolare entro cui si legittima e si esprime la competenza europea in diritto penale, la quale non istituisce *ex se* fattispecie penali direttamente applicabili, ma stabilisce “norme minime” che devono essere recepiti nei sistemi nazionali nella misura in cui esse si dimostrino essenziali per raggiungere i risultati di deterrenza (criterio dell'essenzialità)⁴¹ e di attuazione efficace di

⁴⁰ Articolo 5, Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sulla lotta alla violenza contro le donne e la violenza domestica [2022], p. 38.

⁴¹ A. Dawes and O. Lynskey, *The ever-longer arm of EC law: the extension of community competence into the field of criminal law*, in *Common Market Law Review*, 2008, p.131, 132.

Roberta De Paolis

Il mancato consenso sul consenso: una riflessione alla luce della nuova Direttiva sulla lotta alla violenza contro le donne e la violenza domestica

una specifica politica dell'UE (criterio dell'efficacia)⁴². Pertanto, la Proposta rinveniva la sua base giuridica di legittimazione nell'articolo 83 TFUE, segnatamente nella parte che contempla lo sfruttamento sessuale di donne e minori, inteso come «qualsiasi abuso, effettivo o tentato, di una condizione di vulnerabilità, di uno squilibrio di poteri o di fiducia, ivi incluso, ma non solo, il fatto di trarre un vantaggio monetario, sociale o politico da un atto sessuale con un'altra persona» ovvero «l'acquisizione di potere o di dominio su un'altra persona a fini di gratificazione sessuale, guadagno economico e/o avanzamento di carriera»⁴³. Entrambe le ipotesi, secondo la Commissione, «costituiscono il presupposto di un reato di stupro e di mutilazione genitale femminile»⁴⁴. Nonostante ciò, alcuni ordinamenti non hanno convenuto sul fatto che lo stupro rientrasse nei reati di sfruttamento sessuale delle donne e dei minori. Inoltre, Stati membri come la Francia, si opponevano all'introduzione del reato di stupro per come tratteggiato dalla Proposta per questioni meramente tecniche: si voleva infatti evitare che l'intera Direttiva, in tempi futuri, potesse offrire ad altri Stati il pretesto per sollevare una questione di giurisdizione dinanzi alla Corte di giustizia dell'Unione Europea, minandone così in radice l'intento armonizzatore⁴⁵.

3. La Direttiva sulla lotta alla violenza contro le donne e la violenza domestica

A fronte della necessità di conciliare la posizione del Parlamento Europeo e quella del Consiglio, è stato necessario coinvolgere un Comitato di Conciliazione il quale, il 6 febbraio 2024, ha trovato un accordo su di un testo che non includeva la previsione normativa che impone la criminalizzazione dello stupro in assenza di consenso, sostituita da un generico obbligo di sensibilizzazione sul tema⁴⁶. A valle di un simile intervento conciliativo, il 24 aprile 2024 la Direttiva è stata approvata dal Parlamento in via definitiva, seguita dall'approvazione del Consiglio del 7

⁴² J. Öberg, *Do We Really Need Criminal Sanctions for The Enforcement Of Eu Law?*, in *New Journ. of Eu. Cr. Law*, 2014, p. 370.

⁴³ Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sulla lotta alla violenza contro le donne e la violenza domestica [2022], p. 9.

⁴⁴ Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sulla lotta alla violenza contro le donne e la violenza domestica [2022], p. 9.

⁴⁵ euractiv.fr, videos.senat.fr.

⁴⁶ Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sulla lotta alla violenza contro le donne e la violenza domestica [2024], art. 35.

Roberta De Paolis

Il mancato consenso sul consenso: una riflessione alla luce della nuova Direttiva sulla lotta alla violenza contro le donne e la violenza domestica

maggio e la sottoscrizione da parte dei Presidenti del Parlamento e del Consiglio il 14 e 15 maggio 2024⁴⁷. Quest'ultima stabilisce norme minime per prevenire e combattere la violenza contro le donne e la violenza domestica⁴⁸, obbligando gli Stati membri a criminalizzare condotte la cui rilevanza penale non è controversa – si pensi alle mutilazioni genitali femminili⁴⁹ e al matrimonio forzato⁵⁰ – e gli illeciti perpetrati online, luogo di preferenza per attività quali la condivisione non consensuale di materiale intimo o manipolato⁵¹, lo stalking⁵², le molestie⁵³ e l'istigazione alla violenza e all'odio⁵⁴. Per converso, la Direttiva approvata non include la definizione del reato di stupro basata sul consenso, sostituita da un articolo che richiede agli Stati membri di adottare misure volte a promuovere «il ruolo centrale del consenso nelle relazioni sessuali, che deve essere dato volontariamente quale libera manifestazione della volontà della persona»⁵⁵. Parallelamente a queste previsioni, la Direttiva richiede che gli Stati membri apprestino una serie di misure dirette a rafforzare l'assistenza e la protezione delle vittime di violenza. In questo senso vanno lette le previsioni rivolte a creare dei canali accessibili e tempestivi per le vittime che vogliano denunciare un caso di violenza⁵⁶, e quelle che accordano alle autorità competenti il potere di emettere, in situazione di pericolo per la salute o l'incolumità della vittima o delle persone a suo carico, ordini urgenti di allontanamento, ordinanze

⁴⁷ Procedure 2022/0066/COD COM (2022) 105: Proposta di Direttiva Del Parlamento Europeo E Del Consiglio sulla lotta alla violenza contro le donne e alla violenza domestica, in [europa.eu](https://eur-lex.europa.eu).

⁴⁸ Direttiva Consiglio sulla lotta alla violenza contro le donne e la violenza domestica [2024], art. 1.

⁴⁹ Direttiva Consiglio sulla lotta alla violenza contro le donne e la violenza domestica [2024], art. 3.

⁵⁰ Direttiva Consiglio sulla lotta alla violenza contro le donne e la violenza domestica [2024], art. 4.

⁵¹ Direttiva Consiglio sulla lotta alla violenza contro le donne e la violenza domestica [2024], art. 5.

⁵² Direttiva Consiglio sulla lotta alla violenza contro le donne e la violenza domestica [2024], art. 6.

⁵³ Direttiva Consiglio sulla lotta alla violenza contro le donne e la violenza domestica [2024], art. 7.

⁵⁴ Direttiva Consiglio sulla lotta alla violenza contro le donne e la violenza domestica [2024], art. 8.

⁵⁵ Direttiva Consiglio sulla lotta alla violenza contro le donne e la violenza domestica [2024], art. 35.

⁵⁶ Direttiva Consiglio sulla lotta alla violenza contro le donne e la violenza domestica [2024], art. 14.

restrittive e ordini di protezione⁵⁷. Inoltre, la Direttiva si preoccupa che gli Stati membri forniscano alle forze dell'ordine, alle autorità inquirenti⁵⁸ e a tutti i professionisti deputati a fornire assistenza specialistica⁵⁹, orientamenti e protocolli attenti alla prospettiva di genere, che siano scevri da stereotipi e che permettano un'interazione con la vittima consona al trauma vissuto. Una simile attenzione alla vittima è motivata dalla necessità di evitare casi di vittimizzazione secondaria⁶⁰, ragion per cui la Direttiva rende prioritaria la protezione della vita privata, nella misura in cui stabilisce che le prove relative al comportamento passato della persona che ha subito violenza o ad altri aspetti della vita privata possano essere utilizzabili solo se pertinenti e necessarie al caso di specie⁶¹. Per gli stessi motivi, è stata prevista un'assistenza mirata ai minori⁶², sia nei casi in cui essi siano stati vittime dirette di violenza che in quelli di cosiddetta "violenza assistita"⁶³, oltre che un supporto specifico per i gruppi a rischio o comunque per tutti coloro interessati da esigenze intersezionali⁶⁴. A corredo di simili misure, gli Stati

⁵⁷ Direttiva Consiglio sulla lotta alla violenza contro le donne e la violenza domestica [2024], art. 19.

⁵⁸ Direttiva Consiglio sulla lotta alla violenza contro le donne e la violenza domestica [2024], art. 21.

⁵⁹ Direttiva Consiglio sulla lotta alla violenza contro le donne e la violenza domestica [2024], artt. 25; 26; 27; 28; 29.

⁶⁰ La vittimizzazione secondaria si verifica quando la vittima subisce un ulteriore danno non come conseguenza diretta dell'atto criminale, ma a causa del modo in cui le istituzioni e gli altri individui trattano la vittima. La vittimizzazione secondaria può essere causata, ad esempio, dalla ripetuta esposizione della vittima all'autore del reato, da ripetuti interrogatori sugli stessi fatti, dall'uso di un linguaggio inappropriato o da commenti insensibili da parte di tutti coloro che incontrano la vittima. Si veda: R. Condry, *Secondary Victims and Secondary Victimization*, in *International Handbook of Victimology*, a cura di Shoham – Knepper – Kett, Boca Raton, 2010; R. Campbell – S. Raja, *Secondary Victimization of Rape Victims: Insights From Mental Health Professionals Who Treat Survivors of Violence*, in *Violence and Victims*, 1999, 261.

⁶¹ Direttiva Consiglio sulla lotta alla violenza contro le donne e la violenza domestica [2024], art. 20.

⁶² Direttiva Consiglio sulla lotta alla violenza contro le donne e la violenza domestica [2024], art. 31.

⁶³ «Per violenza minore s'intende la provocazione, il rifiuto, la derisione, l'attacco verbale con urla e minacce e un uso limitato della forza fisica (...); la violenza maggiore si riferisce invece all'attacco fisico, alle percosse, alle ferite inferte all'altro, ma anche alla segregazione del partner»: Vedi V. Cigoli – M. Gennari, *Violenza di coppia e tenerezza dei legami. Metodologia dell'intervento clinico in caso di divorzio*, in *Terapia Familiare*, 2008, p.28

⁶⁴ Direttiva Consiglio sulla lotta alla violenza contro le donne e la violenza domestica [2024], art. 33.

membri sono chiamati ad approntare delle infrastrutture adeguate che garantiscano assistenza e sostegno continuativo per le vittime di violenza, a partire dall'instaurazione di linee di assistenza telefonica per le vittime, disponibili gratuitamente ventiquattro ore al giorno e sette giorni alla settimana⁶⁵, sino alla predisposizione di sistemazioni temporanee che rispondano alle esigenze specifiche della vittima e ne promuovano un percorso finalizzato alla riappropriazione di una vita indipendente⁶⁶. Infine, la Direttiva attenziona le attività di prevenzione ed intervento precoce⁶⁷ in una prospettiva globale e a più livelli, contemplando lo svolgimento di campagne o attività di sensibilizzazione mirati⁶⁸, anche per i giovanissimi, piani di formazione ed informazione per i professionisti deputati a ricevere o agevolare le segnalazioni di reati di violenza contro le donne⁶⁹, e programmi di intervento dedicati alle persone che hanno commesso reati di violenza o a coloro per i quali si ritiene che vi sia il rischio di commettere simili reati⁷⁰. È in seno a quest'ultimo indirizzo che si apprezza il compromesso raggiunto nell'attività di conciliazione tra il Parlamento e il Consiglio, laddove, seppur è stata eliminata la norma che introduceva il reato di stupro basato sul consenso, richiede agli Stati membri di promuovere il ruolo centrale di quest'ultimo⁷¹ anche attraverso campagne e programmi di sensibilizzazione che sostengano il cambiamento dei modelli comportamentali nelle relazioni sessuali, le quali dovrebbero essere basate su di un consenso liberamente prestato e manifesto.

4. La questione del consenso alla luce delle fonti internazionali

⁶⁵ Direttiva Consiglio sulla lotta alla violenza contro le donne e la violenza domestica [2024], art. 29.

⁶⁶ Direttiva Consiglio sulla lotta alla violenza contro le donne e la violenza domestica [2024], art. 30.

⁶⁷ Direttiva Consiglio sulla lotta alla violenza contro le donne e la violenza domestica [2024], Capo V.

⁶⁸ Direttiva Consiglio sulla lotta alla violenza contro le donne e la violenza domestica [2024], art. 34.

⁶⁹ Direttiva Consiglio sulla lotta alla violenza contro le donne e la violenza domestica [2024], art. 36.

⁷⁰ Direttiva Consiglio sulla lotta alla violenza contro le donne e la violenza domestica [2024], art. 37.

⁷¹ Direttiva Consiglio sulla lotta alla violenza contro le donne e la violenza domestica [2024], art. 35.

Roberta De Paolis

Il mancato consenso sul consenso: una riflessione alla luce della nuova Direttiva sulla lotta alla violenza contro le donne e la violenza domestica

La frammentazione europea in tema di consenso costituisce un *vulnus* all'uopo di un'efficace strategia a contrasto della violenza di genere a livello europeo, così come un ostacolo all'armonizzazione di alcune norme di diritto penale sostanziale che interessano i valori fondanti su cui l'Unione è stata costruita e ha l'ambizione di consolidarsi. È proprio in forza di una situazione di questo tipo che, rispetto alle ambizioni originarie, la Direttiva approvata dal Parlamento Europeo rappresenta una versione mitigata e compromissoria rispetto alla Proposta originariamente pensata dalla Commissione Europea.

A valle di ciò, è doveroso notare in questa sede che la mancata convergenza degli Stati membri sulla definizione del reato di stupro risulta altresì in contrasto con le fonti di diritto internazionale, le quali, per converso, sembrano confluire sul concetto di stupro alla stregua di un rapporto sessuale non consensuale, vale a dire non pienamente volontario. In questo senso, non può non venire citato il caso *M.C. v. Bulgaria*, in cui la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo (CEDU)⁷² ha ritenuto la Bulgaria colpevole di aver violato gli articoli 3 e 8 della Carta Europea dei diritti dell'Uomo, i quali impongono, rispettivamente, l'obbligo di adottare misure volte a garantire che gli individui non siano sottoposti a maltrattamenti, compresi quelli perpetrati da privati, e, in ossequio al diritto all'effettivo rispetto della vita privata, l'obbligo di garantire un'efficace deterrenza contro atti gravi come lo stupro⁷³. Sul punto, la Corte ha precisato che, sebbene il panorama europeo sia stato storicamente caratterizzato da legislazioni e prassi che basavano il reato di stupro sull'elemento della forza e della resistenza fisica, gli ultimi decenni si sono contraddistinti da una chiara e costante tendenza volta a superare un simile onere probatorio gravante in capo alla vittima. In questo contesto si distinguono virtuosamente gli ordinamenti irlandese e inglese, i quali, sensibili alle innovazioni provenienti dagli Stati Uniti, hanno formalizzato che il consenso della vittima non possa essere dedotto dalla mancata resistenza al rapporto sessuale⁷⁴. Per altro verso, nei paesi europei influenzati dalla tradizione giuridica continentale, è la giurisprudenza ad essersi resa

⁷² European Court of Human Rights, 1st section, *Case Of M.C. v. Bulgaria*, Strasbourg, 4 Marzo 2004.

⁷³ European Court of Human Rights, 1st section, *Case Of M.C. v. Bulgaria*, Strasbourg, 4 Marzo 2004, p. 28

⁷⁴ S. J. Schulhofer, *What Does 'Consent' Mean?*, in T. Hörnle (eds), *Sexual Assault: Law Reform in a Comparative Perspective*, New York, 2023, p. 67.

Roberta De Paolis

Il mancato consenso sul consenso: una riflessione alla luce della nuova Direttiva sulla lotta alla violenza contro le donne e la violenza domestica

protagonista di un movimento innovatore rivolto a considerare la mancanza di consenso, e non la forza, l'elemento costituito del reato di stupro⁷⁵.

Con riferimento al caso di specie, la CEDU trovava che i pubblici ministeri bulgari, pur non escludendo la possibilità che la ricorrente non avesse acconsentito, concludevano che l'impossibilità di provare la resistenza della vittima non permettesse di stabilire altresì l'assenza di consenso. In buona sostanza, i pubblici ministeri avrebbero rinunciato all'opportunità di dimostrare la *mens rea* degli autori alla luce di tutte le circostanze rilevanti⁷⁶. In forza di un simile approdo, la CEDU stabiliva che le autorità devono per converso esaminare tutti i fatti e decidere sulla base di una valutazione di tutte le circostanze, tenendo presente che le indagini e le conclusioni sui casi in tema di violenza sessuale devono essere incentrate sulla "questione del non consenso"⁷⁷.

Un simile orientamento si è visto confermato in seno alla Convenzione di Istanbul, nella misura in cui offre una definizione di stupro radicata sul concetto di consenso che deve essere dato volontariamente e valutato «tenendo conto delle situazione e del contesto»⁷⁸. Più nello specifico, l'articolo 36 della Convenzione di Istanbul chiarisce che per stupro si intende qualsiasi atto sessuale non consensuale con penetrazione o non, ovvero il fatto di costringere un'altra persona a compiere atti sessuali non consensuali con un terzo. A questo proposito, a detta della Relazione esplicativa alla Convenzione del Consiglio d'Europa⁷⁹, le parti contraenti devono tenere conto proprio della giurisprudenza della Corte Europea dei diritti dell'Uomo per come assestata nel caso *Mc. C. Bulgaria*. Sul punto, la Relazione avverte che la rigidità degli approcci nel perseguire i reati sessuali, come quello esclusivamente fondato sulla prova della resistenza fisica, rischia di lasciare impuniti alcuni tipi di stupro e di compromettere così l'effettiva protezione dell'autonomia sessuale dell'individuo⁸⁰.

⁷⁵ European Court of Human Rights, 1st section, *Case Of M.C. v. Bulgaria*, Strasbourg, 4 Marzo 2004, p. 29.

⁷⁶ European Court of Human Rights, 1st section, *Case Of M.C. v. Bulgaria*, Strasbourg, 4 Marzo 2004, p. 32

⁷⁷ European Court of Human Rights, 1st section, *Case Of M.C. v. Bulgaria*, Strasbourg, 4 Marzo 2004, p. 33

⁷⁸ Convenzione del Consiglio d'Europa sulla prevenzione e la lotta contro la violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica, art. 36.

⁷⁹ *istat.it*, p. 32, 33.

⁸⁰ European Court of Human Rights, 1st section, *Case Of M.C. v. Bulgaria*, Strasbourg, 4 Marzo 2004, p. 30.

Roberta De Paolis

Il mancato consenso sul consenso: una riflessione alla luce della nuova Direttiva sulla lotta alla violenza contro le donne e la violenza domestica

Infine, vale la pena notare come l'orientamento della Convenzione di Istanbul si pone altresì in continuità con le indicazioni predisposte dalla Corte Penale Internazionale in tema di procedura penale e prove, laddove la Regola numero 70 stabilisce che, in caso di violenza sessuale, il consenso non può essere dedotto dal silenzio, dalla mancata resistenza ovvero dalle parole o dalla condotta della vittima quando quest'ultima si trova in una situazione che pregiudica la sua capacità di dare un consenso volontario e genuino (in caso di forza, minaccia di forza, coercizione, l'approfittamento di un ambiente coercitivo, etc.)⁸¹.

5. Sul consenso: approdi e questioni aperte

Il quadro brevemente illustrato sinora impone di chiarire, seppur senza ambizione di esaustività, i termini entro cui il concetto di “consenso” con riferimento ai reati di stupro rappresenta ancora un tema di grande dibattito, tanto da costituire un nodo cruciale di iniziative nazionali e internazionali.

Il reato di stupro era convenzionalmente legato al concetto di integrità fisica della vittima, laddove l'illiceità di un rapporto sessuale si rinveniva alla luce della coercizione esercitata dall'agente e dallo stato di soggezione della vittima⁸². Tuttavia, a partire dalla sensibilità sviluppata negli Stati Uniti d'America intorno agli anni Settanta, il requisito della violenza è venuto progressivamente a indebolirsi, comportando dapprima un'estensione del reato di stupro anche ai casi di coercizione non strettamente fisica, in seguito riconcependo il bene giuridico tutelato: non più una fattispecie a protezione esclusiva dell'integrità fisica, quanto piuttosto a salvaguardia dell'autonomia sessuale⁸³, ossia il diritto di ogni persona di scegliere liberamente se e con chi avere rapporti sessuali. Sul punto, è bene specificare che la conformazione del principio dell'autonomia sessuale è composita, nel senso che si declina in due concetti tra loro interdipendenti: la libertà dal sesso indesiderato (libertà sessuale negativa) e la libertà di avere una relazione sessuale desiderata con una persona consenziente (libertà sessuale positiva)⁸⁴. In altre parole, l'autonomia sessuale include il diritto a non dover

⁸¹ icc-cpi.int.

⁸² S. J. Schulhofer, *What Does 'Consent' Mean?*, in Tatjana Hörnle (eds), *Sexual Assault: Law Reform in a Comparative Perspective*, Oxford, 2023, p. 54.

⁸³ S. J. Schulhofer, *Unwanted Sex*, Cambridge, 1998.

⁸⁴ S. J. Schulhofer, *What Does 'Consent' Mean?*, in Tatjana Hörnle (eds), *Sexual Assault: Law Reform in a Comparative Perspective*, Oxford, 2023, p. 54.

Roberta De Paolis

Il mancato consenso sul consenso: una riflessione alla luce della nuova Direttiva sulla lotta alla violenza contro le donne e la violenza domestica

subire nella propria sfera sessuale invasioni indesiderate e quello di esplicitare qualsiasi attività sessuale in conformità ai propri desideri e nei confronti di soggetti capaci e consenzienti. L'equilibrio tra queste due libertà è fondamentale per assicurare che un rapporto sessuale non travalichi in stupro, laddove l'esclusiva tutela della libertà sessuale negativa frustrerebbe la libertà di perseguire un'intimità reciprocamente desiderata, mentre l'esclusiva valorizzazione della libertà sessuale positiva si presterebbe a rappresentare un espediente potenzialmente capace di giustificare un rapporto sessuale indesiderato. Pertanto, al fine di scongiurare che si realizzino i due estremi appena menzionati, è necessario individuare un parametro in forza del quale discriminare un rapporto sessuale legittimo da uno stupro. Una simile necessità sorge in seno ad una nuova consapevolezza, ossia quella per cui «lo stupro è un reato infinitamente più banale»⁸⁵ del diffuso ma irrealistico immaginario dello stupratore alla stregua di una persona malata che agisce in modo incontrollato; trattandosi, per converso, di una condotta interclasse e spesso riconducibile a individui insospettabili in quanto parte del nucleo familiare o comunque del circolo ristretto della vittima. Difatti, è stato registrato che, a partire dai 15 anni, 245 milioni di donne e ragazze subiscono annualmente violenza dai loro partner⁸⁶: a titolo puramente esemplificativo, da gennaio a novembre 2023, il 31,5% delle donne italiane tra i 16 e 70 anni ha subito molestie fisiche, di cui il 53% dei casi riferibili al partner ed il 25% ad un ex partner⁸⁷; in Inghilterra e Galles, il 6,9% delle donne dai 16 anni in su ha subito abusi domestici nel corso del 2022⁸⁸; in Irlanda una donna su sei ha subito violenza da un partner a partire dai 15 anni⁸⁹; mentre in Grecia il 46% delle donne ha subito violenza sessuale nella propria casa⁹⁰. Neanche i paesi nordici, riconosciuti tra i più sensibili in tema di uguaglianza di genere, sembrano sfuggire da simili stime, tanto da poter parlare di un vero e proprio “paradosso nordico”, laddove i tassi di violenza riferibili alle

⁸⁵ M. Garcia, *Di cosa parliamo quando parliamo di consenso. Sesso e rapporti di potere*, Torino, 2022, p.7.

⁸⁶ [unric.org](https://www.unric.org/).

⁸⁷ [istat.it](https://www.istat.it/).

⁸⁸ [ons.gov.uk](https://www.ons.gov.uk/).

⁸⁹ M. Wemrell, *Stories of Backlash in Interviews With Survivors of Intimate Partner Violence Against Women in Sweden*, in *Violence Against Women*, 29(2), 2023, p. 154-184

⁹⁰ eige.europa.eu.

Roberta De Paolis

Il mancato consenso sul consenso: una riflessione alla luce della nuova Direttiva sulla lotta alla violenza contro le donne e la violenza domestica

relazioni di intimità⁹¹ superano di gran lunga la media del 22% a cui si assesta l'Unione Europea: 32% in Danimarca⁹², 30% in Finlandia⁹³, 28% in Svezia e 22,4% in Islanda⁹⁴.

In definitiva, è sorta una matrice di cambiamento nella direzione di considerare la coercizione fisica semplicemente come un fattore rilevante per determinare la portata criminale di un rapporto sessuale e non un prerequisito necessario della condotta che, viceversa, dovrebbe rinvenirsi nel consenso accordato dalla vittima a consumare un rapporto sessuale. Tuttavia, la questione del consenso all'interno dei rapporti interpersonali è controversa per almeno un doppio ordine di ragioni: in primo luogo, non vi è piena convergenza su cosa significhi consenso e, per altro verso, quale sia il grado della sua coerenza o le condizioni della sua possibilità. Difatti, il consenso assume diverse forme ed estensioni a seconda del contesto in cui lo si inserisce, laddove nel diritto dei contratti, ad esempio, esso costituisce la *conditio sine qua non* affinché un contratto possa dirsi legalmente valido. Nonostante ciò, vi sono contratti che non presuppongono la formulazione esplicita del consenso, laddove si può contrarre un'obbligazione attraverso un consenso tacito, ma inequivocabile, in cui una parte acconsente alle conseguenze necessarie del proprio atto: salire sul taxi significherà quindi contrarre tacitamente l'obbligazione di pagare la corsa, sedersi al tavolo di un ristorante significherà contrarre tacitamente l'obbligazione di pagare il pasto, e così via. In tutti questi casi si presuppone che vi sia stato un libero incontro di volontà univocamente orientato a contrarre l'obbligazione, tant'è che una parte potrà revocare il proprio consenso precedentemente accordato solo in casi eccezionali, vale a dire solo in presenza di condizioni tali da viziare il consenso accordato. Quest'ultime sono generalmente tassativamente previste dalla legge, a riprova del fatto che nel diritto dei contratti non rileva tanto l'atteggiamento psicologico con cui si presta il consenso⁹⁵, quanto piuttosto l'oggettiva presenza di determinate situazioni che il legislatore ritiene sufficienti per giudicare il consenso viziato e, di conseguenza, assumere una formazione anomala della volontà durante il

⁹¹ G. A. Bogat, A. M. Garcia, A. A. Levendosky, *Assessment and Psychotherapy with Women Experiencing Intimate Partner Violence: Integrating Research and Practice*, in *Psychodyn Psychiatry*, 2013, p. 189-217.

⁹² eige.europa.eu.

⁹³ eige.europa.eu.

⁹⁴ government.is.

⁹⁵ M. Garcia, *Di cosa parliamo quando parliamo di consenso. Sesso e rapporti di potere*, Torino, 2022, p.31.

Roberta De Paolis

Il mancato consenso sul consenso: una riflessione alla luce della nuova Direttiva sulla lotta alla violenza contro le donne e la violenza domestica

suo processo di creazione. Per questo motivo, non esiste un «diritto di recesso unilaterale discrezionale» in tema di contratti⁹⁶, nel senso che, ad esempio, l'obbligazione di pagare un pasto al ristorante ovvero una corsa sul taxi non può venir meno a discrezione di coloro che si sono tacitamente obbligati alla controprestazione. Tuttavia, lo stesso ragionamento non è applicabile al concetto di consenso inserito nell'ambito del diritto penale. Difatti, il consenso nel diritto penale non produce un'obbligazione, quanto piuttosto un' "autorizzazione"⁹⁷, alla stregua di un atto unilaterale capace di sospendere un'incriminazione a tutela di un interesse o bene disponibile in quanto inibisce la sua costituzione materiale ovvero si pone come elemento di giustificazione⁹⁸. In altre parole, il consenso in ambito penale rappresenta una difesa ad un'azione illecita⁹⁹, nel senso di escludere la punibilità di condotte che, viceversa, integrerebbero fattispecie criminose. Un simile funzionamento risulta pertanto fondamentale quando vi è in gioco la libertà sessuale, laddove il consenso segna il confine tra una condotta che è «seconda solo all'omicidio per la sua efferatezza»¹⁰⁰ da una condotta penalmente innocua. Tuttavia, contrariamente ai casi in cui i soggetti implicati sono posti sullo stesso piano relazionale (come nel diritto dei contratti), «essere d'accordo ad avere un rapporto sessuale costituisce un'espressione assai vaga»¹⁰¹. Detto diversamente, se di primo acchito il consenso esprime l'idea di un accordo, una convergenza univoca di volontà, quando aderisce all'ambito dei rapporti sessuali esso «si colloca in uno spazio di significato assai ampio»¹⁰², laddove la linea di demarcazione tra ciò che si sceglie e ciò che si accetta, o addirittura subisce, può essere molto sottile. In definitiva, il concetto di consenso può variare a seconda del contesto di riferimento ed è in quest'ultimo che si sviluppano le condizioni della sua possibilità, ovvero le modalità entro cui il consenso viene prestato che fanno sì che esso venga ritenuto valido. Difatti, se il consenso espresso

⁹⁶ E. Raschel, *La pénalisation des atteintes au consentement dans le champ contractuel*, Poitiers, 2014.

⁹⁷ M. Garcia, *Di cosa parliamo quando parliamo di consenso. Sesso e rapporti di potere*, Torino, 2022, p.33.

⁹⁸ X. Pin, *Le consentement en matière pénale*, Thèses, 2002

⁹⁹ P. K. Westen, *Some Common Confusions About Consent in Rape Cases*, in *Ohio State Journal of Criminal Law*, 2004, p. 333

¹⁰⁰ H.M. Hurd, *The Moral Magic of Consent*, in *Legal Theory*. 1996 p. 121-146.

¹⁰¹ M. Garcia, *Di cosa parliamo quando parliamo di consenso. Sesso e rapporti di potere*, Torino, 2022, p.7.

¹⁰² M. Borrello, *Consenso e violenza sessuale: tra normatività e problematicità*, (2023) Baden-Baden, p. 2.

nel diritto dei contratti è valido ogni qualvolta non vi siano le condizioni tipizzate dal legislatore per cui esso possa dirsi viziato, lo stesso non si può dire per il diritto penale: prestare il consenso non è sufficiente affinché un atto possa ritenersi non-criminale, vigendo infatti il principio *voluntas non excusat iniuriam*, in virtù del quale il consenso della vittima non annulla il reato¹⁰³. È dunque in questo frangente che emerge un'altra fondamentale distinzione tra il consenso nel diritto privato e nel diritto penale, vale a dire la rilevanza attribuita alla differenza tra il consenso effettivo e quello legale. Una donna può effettivamente prestare il suo consenso quando sceglie, con le parole o con le azioni, di intraprendere un rapporto sessuale: un consenso così formato è anche legalmente valido quando viene prestato in condizioni che la giurisdizione di riferimento ritiene sufficienti affinché la sua condotta o esperienza costituisca una difesa dal reato di stupro¹⁰⁴. Difatti, dalla fine del diciannovesimo secolo¹⁰⁵, si è convenuto sul fatto che non fosse sufficiente aver “comunicato” o “dimostrato” il proprio consenso ad un rapporto sessuale, ove le circostanze del caso non permettessero di ritenerlo prestato in inequivocabili condizioni di libertà e volontarietà: si tratta di tutte quelle situazioni in cui la persona che sembra acconsentire al rapporto è giudicata incapace (per minore età, per incoscienza, per intossicazione, per disabilità mentale o fisica) ovvero perché si trova in una posizione subordinata rispetto all'altra parte¹⁰⁶. Tale impostazione spiega il motivo per cui gli Stati membri posseggono previsioni penali che fissano la cosiddetta “età del consenso”, vale a dire l'età al di sotto della quale un rapporto sessuale non è considerato legittimo, a prescindere dal consenso effettivamente prestato e in assenza di circostanze eccezionali. Ad esempio, l'ordinamento italiano ritiene che il consenso dato ad un rapporto sessuale da parte di un minore di tredici anni non possa ritenersi valido, a meno che il rapporto avvenga con un altro minorenne e se la differenza di età tra i soggetti non è superiore a quattro anni¹⁰⁷. Pertanto, se una minore di tredici

¹⁰³ Paradigmatica di questo principio è proprio la previsione di cui all'articolo 579 del codice penale italiano, nella parte in cui punisce chiunque cagioni la morte di un uomo, col consenso di lui.

¹⁰⁴ P. K. Westen, *Some Common Confusions About Consent in Rape Cases*, in *Ohio State Journal of Criminal Law*, 2004, p. 335.

¹⁰⁵ Stuart P. Green, *Presuming Non-consent to Sex in Cases of Incapacity and Abuse of Position*, in Tatjana Hörnle (eds), *Sexual Assault: Law Reform in a Comparative Perspective*, New York, 2023, p.1

¹⁰⁶ Si pensi agli agenti penitenziari e detenuti, operatori sanitari e pazienti, educatori e studenti, allenatori e atleti, ecc.

¹⁰⁷ Codice Penale, Art. 609 *quater*.

Roberta De Paolis

Il mancato consenso sul consenso: una riflessione alla luce della nuova Direttiva sulla lotta alla violenza contro le donne e la violenza domestica

anni presta il suo consenso ad avere un rapporto sessuale con un maggiorenne – nel senso che sceglie il rapporto sessuale come ciò che desidera incondizionatamente per se stessa, che preferisce per se stessa nelle circostanze in cui ritiene di trovarsi, oppure come ciò a cui è sufficientemente indifferente da essere disposta a lasciare il suo verificarsi ad altri¹⁰⁸ – quest’ultimo non è ritenuto sufficiente dal punto di vista legale per escludere l’ipotesi criminale dello stupro. In Germania, i minori di quattordici anni non sono imputabili, mentre il rapporto sessuale tra infrasedicenni integra un reato minorile; per converso, l’età del consenso prevista dall’ordinamento austriaco è di quattordici anni, mentre quello di Svizzera e Paesi Bassi è di sedici anni¹⁰⁹.

In definitiva, il consenso legale è quello che valorizza certe condizioni in cui non sembra poter esistere «una prova positiva della mancanza di consenso della vittima»¹¹⁰, presumendo quindi che il rapporto sessuale non sia consensuale, a prescindere dalla presenza di un consenso effettivo.

A tal riguardo, è bene notare come in alcune giurisdizioni, soprattutto in tempi meno recenti, fosse possibile assistere ad una logica inversa, ossia il caso in cui era l’ordinamento stesso che imputava alla donna una scelta che prescindeva dal consenso effettivamente prestato da quest’ultima: si consideri la cosiddetta “esenzione dallo stupro coniugale”, in forza della quale si riteneva che, in seguito alla contrazione del matrimonio, la donna acconsentisse ai futuri rapporti sessuali a cui il marito avrebbe potuto sottoporla¹¹¹. Analogamente si potrebbe dire dell’interpretazione per cui una donna che ha deciso di iniziare un rapporto sessuale in condizioni di competenza, conoscenza e libertà, si ritiene continui ad acconsentire per tutta la durata del rapporto sessuale, a prescindere dal fatto che possa cambiare radicalmente idea prima della conclusione di quest’ultimo¹¹². In buona sostanza, il consenso iniziale ad un rapporto sessuale equivarrebbe al

¹⁰⁸ P. K. Westen, *Some Common Confusions About Consent in Rape Cases*, in *Ohio State Journal of Criminal Law*, 2004, p. 335.

¹⁰⁹ fra.europa.eu.

¹¹⁰ S. P. Green, *Presuming Non-consent to Sex in Cases of Incapacity and Abuse of Position*, in Tatjana Hörnle (eds), *Sexual Assault: Law Reform in a Comparative Perspective* (OUP, 2023), p. 85.

¹¹¹ D. R. Banerjee, *The Dark Shadow of Marital Rape: Need to Change the Narrative*, in *Journal of Psychosexual Health*, 2022, p. 11-13.

¹¹² Vd. *infra* sulla decisione dell’Alta Corte di Capodistria la quale, nel 2019, determinava che quando l’autore del reato usa la forza solo dopo che il rapporto sessuale è già avvenuto o completato, allora il reato di stupro non può essere considerato commesso: amnesty.si.

Roberta De Paolis

Il mancato consenso sul consenso: una riflessione alla luce della nuova Direttiva sulla lotta alla violenza contro le donne e la violenza domestica

consenso per tutto il corso del rapporto. Infine, è necessario precisare che la dicotomia tra consenso effettivo e consenso legale non è l'unica che interessa l'ambito del diritto penale, laddove lo stesso consenso effettivo si declina in un'altra coppia di concetti finalizzati a determinare le modalità entro cui si può acconsentire ad un rapporto sessuale. Per un verso, una donna può acconsentire "soggettivamente"¹¹³, vale a dire con il suo atteggiamento mentale o emotivo; per altro verso, il consenso può essere prestato "oggettivamente" tramite parole o azioni che rappresentino un'espressione oggettiva di scelta¹¹⁴.

In definitiva, il diritto penale ha il compito di stabilire le modalità entro cui il consenso possa dirsi liberamente accordato e se ed in quale misura esso possa porsi come strumento autorizzativo che permette ad altri di fare o non fare con riferimento alla libertà sessuale altrui¹¹⁵. A seconda delle modalità prescelte dal legislatore penale di interpretare il consenso e le condizioni della sua possibilità, si potranno dunque distinguere gli estremi entro cui un rapporto sessuale può dirsi legittimo.

6. Gli estremi del consenso legale in Europa

Come anticipato in apertura, si registra una certa frammentazione nell'Unione Europea per quanto riguarda il ruolo del consenso nei casi di violenza sessuale. Più nello specifico, mentre alcuni Stati membri aderiscono al cosiddetto "modello consensuale puro", vale a dire quel paradigma che ritiene integrata la fattispecie di violenza sessuale ogni qualvolta manchi il valido consenso al rapporto sessuale, altri, invece, hanno optato per un modello consensuale "limitato" ovvero "vincolato", entrambi rivolti a valorizzare il consenso con intensità diverse. Da quest'ultimo punto di vista, l'opzione a favore del consenso "limitato" attribuisce priorità nella valutazione dei fatti all'effettiva e manifesta volontà contraria all'attività sessuale: in altre parole, ciò che rileva affinché si possa parlare di stupro non è tanto la mancanza di consenso, quanto piuttosto l'esplicita manifestazione del dissenso. Per altro verso, il "modello consensuale vincolato" desume

¹¹³ P. Westen, *The Logic of Consent*, Ashgate, 2004, 5.

¹¹⁴ Stuart P. Green, *Presuming Non-consent to Sex in Cases of Incapacity and Abuse of Position*, in Tatjana Hörnle (eds), *Sexual Assault: Law Reform in a Comparative Perspective*, New York, 2023, p.74.

¹¹⁵ M. Borrello, *Consenso e violenza sessuale: tra normatività e problematicità*, (2023) Baden-Baden, p. 6.

Roberta De Paolis

Il mancato consenso sul consenso: una riflessione alla luce della nuova Direttiva sulla lotta alla violenza contro le donne e la violenza domestica

l'assenza di consenso da un'attività sessuale condotta con violenza, minaccia o comunque con qualsiasi forma che ponga la vittima nell'incapacità di resistere all'aggressione dell'agente. Come è evidente, mentre il paradigma consensuale puro mette al centro la vittima e tutte le circostanze della vicenda, non ritenendo necessarie prove "dirette" dello stupro – come tracce di costrizione ovvero di resistenza – i modelli "limitato" e "vincolato" rischiano di creare un vuoto di tutela per tutti quei casi in cui non è possibile dimostrare che le vittime abbiano reagito o tentato di reagire. Si pensi alle circostanze in cui le vittime non sono capaci di opporsi, laddove è stato dimostrato che la risposta più comune ad una violenza sessuale consiste nella cosiddetta "paura congelata" o "immobilità tonica"¹¹⁶, reazioni difensive-adattive le quali, a fronte di un attacco e nell'impossibilità di resistere, o nella mancanza di altre risorse, comportano l'immobilizzazione fisica ed emotiva di coloro sottoposti a un pericolo o stress elevato. Analogamente, si pensi ai casi in cui la violenza non viene esercitata con costrizione quanto piuttosto sfruttando, ad esempio, relazioni di potere asimmetriche oppure contesti di disuguaglianza di genere in cui le narrazioni violente sono introiettate e consolidate¹¹⁷. In altre parole, basare il reato di violenza sessuale sul presupposto che la vittima abbia tentato di resistere all'aggressione (modello consensuale limitato) o sia stata messa nella condizione di non essere in grado di resistere (modello consensuale vincolato), non solo contribuiscono a perpetuare credenze e stereotipi su come una vittima di stupro "dovrebbe" comportarsi¹¹⁸ – prima, durante e dopo un'aggressione sessuale – ma risultano altresì estranei alla realtà.

7. La questione del consenso tra gli Stati membri

Alla luce di quanto sinora brevemente illustrato, di seguito si tenterà di condurre un'analisi comparativa della legislazione degli Stati membri che

¹¹⁶ Such as the expert opinion submitted to the European Court of Human Rights in the case of *M.C. v Bulgaria*, or A. Möller- H. P. Söndergaard- L. Helström, *Tonic immobility during sexual assault – a common reaction predicting post- traumatic stress disorder and severe depression*, in *Acta Obstetrica et Gynecologica Scandinavica*, 2017.

¹¹⁷ K. M. Edwards – J. A. Turchik – C. M. Dardis – N. Reynolds – C. A. Gidycz, *Rape Myths: History, Individual and Institutional-Level Presence, and Implications for Change*, in *Sex Roles*, 2011, p. 761; J. A. Turchik – K. M. Edwards, *Myths about male rape: A literature review*, in *Psychology of Men & Masculinity*, 2012, p. 211.

¹¹⁸ M. Burt, *Cultural myths and supports for rape*, in *Journal of Personality and Social Psychology*, 1980, p. 217-23.

Roberta De Paolis

Il mancato consenso sul consenso: una riflessione alla luce della nuova Direttiva sulla lotta alla violenza contro le donne e la violenza domestica

hanno ratificato la Convenzione di Istanbul, i quali hanno pertanto preso l'impegno di conformare i propri quadri normativi alle indicazioni di matrice internazionale. L'obiettivo è quello di tratteggiare i profili rilevanti delle legislazioni contro la violenza sessuale e valutare se ed in che misura esse rientrano in uno dei modelli consensuali poc'anzi presentati e come questi si pongono rispetto agli impegni internazionali presi.

A titolo preliminare, è bene fornire delle informazioni di contesto utili ad orientare l'analisi *de qua*. In primo luogo, va notato che ventuno Stati membri hanno ratificato la Convenzione di Istanbul, quattordici dei quali hanno modificato la loro legislazione per incorporare o rendere più esplicita la nozione di consenso come elemento costitutivo del reato di violenza sessuale. In quattro Stati membri – Cipro, Irlanda, Belgio e Lussemburgo – la legislazione penale includeva la nozione di consenso ancor prima della ratifica della Convenzione, in seguito alla quale si è proceduto a riformare la legislazione per rendere il concetto più esplicito in conformità alle indicazioni internazionali. A tal proposito, vale la pena sottolineare che le riforme in materia di reati sessuali sono state condotte perseguendo una diversità di approcci per quanto riguarda il contenuto sostanziale delle disposizioni. Ad esempio, i Paesi Bassi, la cui legislazione attualmente richiede la prova della violenza o costrizione, stanno attuando una riforma legislativa nel senso di superare l'onere probatorio della sopraffazione fisica o morale dell'autore della violenza sessuale. Per altro verso, la legislazione austriaca distingue il reato di violenza dell'autodeterminazione dal reato di stupro, laddove quest'ultimo è ancora radicato alla presenza di elementi coercitivi. Analogamente, il Portogallo e la Grecia hanno previsto due reati in cui solo uno criminalizza l'attività sessuale coartata per cui è prevista una pena superiore. Infine, ordinamenti come quello tedesco e spagnolo contemplano un reato generale di aggressione sessuale che viene integrato in mancanza di consenso, laddove lo stupro costituisce un reato aggravato in quanto caratterizzato da un'attività di carattere penetrativo. Infine, Estonia, Francia, Italia, Romania e Polonia non hanno intrapreso nessuna iniziativa per includere il consenso nella loro definizione penale di stupro, sebbene alcuni di essi hanno recentemente modificato la loro legislazione con riferimento ad altri aspetti: ad esempio, mentre la Francia ha incluso nella definizione di stupro anche la violenza commessa da una donna nei confronti di un uomo¹¹⁹, i rapporti orali-genitali non penetranti e qualsiasi

¹¹⁹ LOI n° 2018-703 du 3 août 2018 renforçant la lutte contre les violences sexuelles et sexistes.

atto sessuale tra un minore di età di 15 anni e un adulto, oppure tra un adulto e un minore di età superiore quando la differenza è superiore a 5 anni¹²⁰; la Romania ha proceduto a considerare stupro il rapporto sessuale intercorrente tra un adulto e un minore di sedici anni¹²¹.

8. *Il modello consensuale puro*

Tra gli ordinamenti che perseguono il modello consensuale puro, riassumibile nello slogan “solo sì e sì”¹²², si possono annoverare le legislazioni di Belgio, Spagna, Lussemburgo, Svezia, Grecia, Croazia, Cipro, Danimarca, Finlandia e Malta. Tra questi, proprio Cipro si è dimostrato pioniere dell’approccio basato sul consenso, laddove sin dal 1959, ossia sin dall’adozione del codice penale nel periodo precedente all’indipendenza, lo stupro era inteso come la “conoscenza carnale” in mancanza di consenso, a prescindere dall’eventuale resistenza fisica della vittima.¹²³ Nel 2020, il legislatore cipriota ha attuato delle modifiche in punto di reati sessuali, stante la necessità di allineare la definizione di stupro e di altri reati sessuali alla realtà contemporanea, estendendo quindi la definizione di “conoscenza carnale” ad ogni rapporto sessuale illecito e prevedendo che anche le persone di sesso maschile possano essere vittime di stupro¹²⁴. Una sensibilità giuridica tanto precoce è stata altresì dimostrata dall’ordinamento belga, nella misura in cui, già nel 1989, definiva lo stupro come qualsiasi atto di penetrazione sessuale di qualsiasi tipo e con qualsiasi mezzo, commesso su o con l’assistenza di una persona non consenziente¹²⁵. A valle di ciò, e a seguito della ratifica della Convenzione di Istanbul, il legislatore belga ha ritenuto necessario dettagliare i contorni del consenso “dato liberamente”, annoverando le circostanze che ne precludono la sussistenza¹²⁶: si

¹²⁰ LOI n° 2018-703 du 3 août 2018 renforçant la lutte contre les violences sexuelles et sexistes.

¹²¹ LEGE nr. 217 din 10 iulie 2023, applicable from 1 January 2024.

¹²² J. Napolitano, “Only Yes Means Yes”: *An Essay on University Policies Regarding Sexual Violence and Sexual Assault*, in *Yale Law and Policy Review*, 2015, p. 387-402.

¹²³ A. Constantinou, *The Exposition Of Rape In Cyprus: From The Crime Scene To The Court Room*, in *The International Journal of Evidence & Proof*, 2023, p.169-191.

¹²⁴ Codice penale cipriota, Art. 144.

¹²⁵ Loi du 4 juillet 1989 modifiant certaines dispositions relatives au crime de viol., *Annu Rev Popul Law*. 1989.

¹²⁶ Loi modifiant le Code pénal en ce qui concerne le droit pénal sexuel, 21 marzo 2022, art. 417/5.

Roberta De Paolis

Il mancato consenso sul consenso: una riflessione alla luce della nuova Direttiva sulla lotta alla violenza contro le donne e la violenza domestica

considerano lo stato di paura della vittima, l'influenza di sostanze stupefacenti o psicotrope, una condizione di alterazione del libero arbitrio dovuto a malattia o disabilità, fino ai casi di più evidente coartazione del consenso come quelli in cui vi è minaccia, violenza fisica o psicologica, fino alle situazioni di inganno ovvero di sfruttamento di condizioni di incoscienza o sorpresa della vittima. Un simile intervento ha dunque inteso arricchire la casistica utile ad onorare il principio per cui il consenso deve essere valutato alla luce di tutte le circostanze del caso e non può essere dedotto dalla semplice mancanza di resistenza della vittima. Lo stesso intento chiarificatore ha interessato il Lussemburgo, il quale, nonostante adottasse già da tempo un modello consensuale puro¹²⁷, ha recentemente modificato il codice penale nel senso di esplicitare che una violazione dell'integrità sessuale consiste nel compiere un atto di natura sessuale su una persona non consenziente, laddove il consenso deve essere valutato alla luce delle circostanze del caso e fermo restando che esso può essere ritirato in ogni momento e non possa essere dedotto dalla mancanza di resistenza della vittima¹²⁸. Analogamente, il legislatore croato ha introdotto un'unica fattispecie di stupro che includesse tutti i rapporti sessuali, o atti equivalenti, compiuti senza il consenso della vittima, ovvero in tutti quei casi in cui la persona non fosse in grado di agire di sua spontanea volontà o esprimere la sua predisposizione all'attività sessuale¹²⁹. Difatti, prima di un simile intervento, l'ordinamento croato prevedeva due fattispecie autonome con riferimento ad un rapporto sessuale indesiderato: da un lato, il reato di "atti sessuali senza consenso", dall'altro, il reato di "stupro" che, diversamente dal primo, richiedevano l'uso della forza o della minaccia da parte dell'autore¹³⁰. Vi è inoltre da notare che nella nuova formulazione del reato

¹²⁷ Law of 16 July 2011 on the approval of the Council of Europe Convention for the Protection of Children against Sexual Exploitation and Sexual Abuse, opened for signature in Lanzarote on 25-26 October 2007 and the Optional Protocol to the United Nations Convention on the Rights of the Child on the sale of children, child prostitution and child pornography and amending certain articles of the Penal Code and the Code of Criminal Procedure.

¹²⁸ Loi du 7 août 2023 portant modification :1° du Code pénal; 2° du Code de procédure pénale; en vue de renforcer les moyens de lutte contre les abus sexuels et l'exploitation sexuelle des mineurs. - Mémorial A n° 520 de 2023.

¹²⁹ Codice penale croato, Art. 153.

¹³⁰ Il governo croato ha infatti voluto introdurre dei correttivi e delle modifiche in tema di violenza sessuale in cui «il fulcro dell'intero processo è la vittima della violenza»; così in [https://vlada-gov-hr.translate.google/vijesti/predstavljene-nove-zakonske-](https://vlada-gov-hr.translate.google/vijesti/predstavljene-nove-zakonske)

Roberta De Paolis

Il mancato consenso sul consenso: una riflessione alla luce della nuova Direttiva sulla lotta alla violenza contro le donne e la violenza domestica

di stupro rilevano altresì condotte meramente induttive, laddove la pressione suggestiva è considerata sufficiente per ledere la libera autodeterminazione nel senso di acconsentire o meno ad un rapporto sessuale¹³¹.

Nel panorama europeo, un ruolo fortemente propulsivo con riferimento ai reati sessuali è rappresentato dal Parlamento spagnolo, il quale, anche in seguito ad un'intensa attività da parte della società civile¹³², ha adottato il progetto di legge sulla garanzia globale della libertà sessuale¹³³ che introduce il concetto di "consenso sessuale positivo", prevedendo che il consenso sessuale è da ritenersi valido ed espresso liberamente attraverso atti che, alla luce delle circostanze del caso, mostrano in modo chiaro la volontà della persona. Pertanto, il consenso viene ritenuto assente in tutti quei casi in cui la vittima può aver subito prevaricazioni e soggiogamenti, laddove l'uso della forza o della minaccia rappresentano circostanze aggravanti¹³⁴. Una particolare attenzione alle circostanze del caso è stata dedicata dall'ordinamento svedese il quale, con la riforma del 2018, ed in seguito ad un fitto dibattito pubblico derivante dall'assoluzione per alcuni casi di violenza molto mediatizzati¹³⁵, ha superato il paradigma previgente che, ai fini della prova del reato di stupro, prevedeva che si provasse l'uso della minaccia, della forza, o dell' approfittamento di una situazione di vulnerabilità della vittima. Attualmente, la nuova legge definisce lo stupro come rapporto sessuale con una persona che non partecipa volontariamente, laddove la non volontarietà della partecipazione può essere desunta da fattori contestuali a gravità crescente: la violenza o la minaccia di un atto criminale oppure la minaccia di intentare un'azione penale ovvero fornire informazioni dannose; l'abuso di una posizione di dipendenza della vittima nei confronti dell'autore del reato; lo sfruttamento di una situazione di particolare vulnerabilità come l'influenza di sostanze

[izmjene-s-ciljem-zastite-zena-i-djece-u-fokusu-cijelog-procesa-je-zrtva-nasilja/38987?lang=it& x tr sl=hr& x tr tl=it& x tr hl=it& x tr pto=sc](https://www.izmjene-s-ciljem-zastite-zena-i-djece-u-fokusu-cijelog-procesa-je-zrtva-nasilja/38987?lang=it& x tr sl=hr& x tr tl=it& x tr hl=it& x tr pto=sc).

¹³¹ I. Zamfir, *Definitions of rape in the legislation of EU Member States*, in *European Parliamentary Research Service*, 2024, p. 10.

¹³² I. Merenda, *La "ley del solo sí es sí": la controversa riforma dei delitti contro la libertà sessuale nell'ordinamento spagnolo. Spunti per il legislatore italiano?*, 2024, p. 2.

¹³³ Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual.

¹³⁴ Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual, art. 178.2.

¹³⁵ G. Nilsson, *Towards voluntariness in Swedish rape law. Hyper-medialised group rape cases and the shift in the legal discourse*, in *Rape in the Nordic Countries*, 2019.

Roberta De Paolis

Il mancato consenso sul consenso: una riflessione alla luce della nuova Direttiva sulla lotta alla violenza contro le donne e la violenza domestica

stupefacenti o psicotrope, disturbi mentali, grave timore, incoscienza o sonno. Tuttavia, sebbene l'orientamento svedese appaia in continuità a quello belga e spagnolo, esso presenta una particolarità che si sostanzia nella previsione del reato di stupro "per negligenza", rivolto a punire coloro che, pur non intendendo commettere uno stupro, si dimostrano gravemente negligenti nell'appurare la volontarietà dell'altra persona nel rapporto sessuale. Una simile previsione pare rispondere coerentemente all'orientamento della Corte Suprema Svedese nella parte in cui stabilisce che l'atteggiamento passivo della vittima non può essere letto univocamente né come consenso né come mancanza di quest'ultimo, dovendosi, per converso, fare una valutazione dell'intero contesto¹³⁶. In buona sostanza, pare che la Svezia abbia aperto la strada per formulare un vero e proprio standard di diligenza per le persone che desiderano intraprendere un rapporto sessuale¹³⁷, proprio a bilanciare l'assunta non equivocità dei comportamenti volti a esprimere liberamente il proprio consenso all'atto sessuale. All'interno del novero dei paesi nordici, anche la Danimarca e la Finlandia si sono recentemente attivate per modificare la definizione di stupro a favore di una basata consenso: per un verso, la previgente legislazione danese incentrata sulla coercizione comportava una situazione di forte sotto denuncia dei reati di stupro¹³⁸; per altro, la Finlandia ha inteso rafforzare il diritto di ciascuno all'autodeterminazione sessuale¹³⁹ focalizzando l'attenzione sulla volontarietà dell'atto e sulle circostanze in cui esso non possa ritenersi tale¹⁴⁰.

Infine, vi sono tre Stati membri che hanno traghettato le loro legislazioni da un modello consensuale "vincolato" – ossia basato

¹³⁶ L. Wegerstad, *Sex Must Be Voluntary: Sexual Communication and the New Definition of Rape in Sweden*, in *German Law Journal*, 2021 pp. 734-752.

¹³⁷ L. Wegerstad, *Sense and Caution: A Comparative Perspective on Sweden's Negligent Rape Law*, in *Consent and Sexual Offenses*, 2022.

¹³⁸ Vd. Amnesty International, *Denmark: "Give us respect and justice!" Overcoming barriers to justice for women rape survivors in Denmark*, March 2019.

¹³⁹ Vd. Ministero della Giustizia <https://oikeusministerio.fi/-/rikoslain-uudistaminen-vahvistaa-seksuaalista-itsemaaramisoikeutta>

¹⁴⁰ Codice penale finlandese, sezione 1 capitolo 20: «la persona non ha espresso verbalmente, con il suo comportamento o in qualsiasi altro modo che vi partecipa volontariamente, 2) la persona è stata costretta ad avere un rapporto sessuale usando violenza contro una persona o facendo una minaccia, oppure 3) la persona non è stata in grado di formulare o esprimere la propria volontà a causa di incoscienza, malattia, disabilità, stato di paura, stato di intensa ebbrezza, riduzione della coscienza, natura improvvisa della situazione, grave abuso di una speciale posizione di potere o altro motivo analogo».

Roberta De Paolis

Il mancato consenso sul consenso: una riflessione alla luce della nuova Direttiva sulla lotta alla violenza contro le donne e la violenza domestica

esclusivamente sulla prova di una condotta costrittiva o comunque minacciosa – al paradigma consensuale puro, rendendo dunque la mancanza di consenso un elemento costitutivo del reato di stupro. In questo senso, Malta ha modificato nel 2018 il codice penale introducendo il concetto di consenso inteso come la libera volontà della persona che tenga conto del suo stato emotivo e psicologico¹⁴¹; analogamente, l'ordinamento greco, pur mantenendo una definizione di stupro come coercizione o “aggressione indecente”, ha introdotto un nuovo reato che criminalizza qualsiasi atto sessuale perpetuato senza il consenso della vittima¹⁴². Inoltre, con la legge 3500/2006 sulla lotta alla violenza domestica, il legislatore ellenico ha tipizzato il cosiddetto “stupro coniugale”, ossia il reato di coloro che intraprendono un rapporto sessuale senza il consenso libero e volontario del coniuge¹⁴³.

In questo contesto, vale la pena dettagliare le circostanze che hanno determinato la riforma del reato di stupro in Slovenia, motivata da una decisione dell'Alta Corte di Capodistria talmente discussa da portare la società civile a fare appello al ministro della Giustizia per modificare la definizione di stupro¹⁴⁴. Nello specifico, nel gennaio 2019 l'Alta Corte di Capodistria determinava che quando l'autore del reato usa la forza solo dopo che il rapporto sessuale è già avvenuto o completato, allora non può dirsi integrata la fattispecie di stupro. Ad aggravare il peso di un simile approdo vi era la dinamica del caso di specie: un uomo approfittava dello stato di ubriachezza di una donna per iniziare un rapporto sessuale, forzandola a terminarlo non appena quest'ultima rinveniva dallo stato di semi-incoscienza. L'uomo, condannato in primo grado per stupro, si è visto derubricare la sua imputazione a violenza sessuale su persona vulnerabile, con una condanna ad un anno di reclusione. Come anticipato, la cassa di risonanza delle critiche indirizzate ad una simile soluzione ha portato l'Assemblea Nazionale della Repubblica di Slovenia ad adottare nel giugno 2021 una legge che accogliesse il modello del consenso affermativo, superando l'impostazione per cui possa dirsi integrato il reato di stupro solo

¹⁴¹ Codice penale maltese, art. 198, par. 3.

¹⁴² Codice penale greco, Art. 336, punto 4.

¹⁴³ Vd. Amnesty International, *Amnesty International Submission On The Legal Definition Of Rape In Greece Crucial Legislative Changes Must Be Brought In Line With International Standards*, in [amnesty.org](https://www.amnesty.org).

¹⁴⁴ [amnesty.si](https://www.amnesty.si).

Roberta De Paolis

Il mancato consenso sul consenso: una riflessione alla luce della nuova Direttiva sulla lotta alla violenza contro le donne e la violenza domestica

in presenza di violenza o minaccia¹⁴⁵. Pertanto, attualmente l'ordinamento sloveno definisce lo stupro quale qualsiasi rapporto sessuale o comportamento sessuale equivalente condotto in assenza di consenso, laddove il consenso, per risultato valido, deve essere espressione della volontà libera della persona capace, inequivocabile e percepibile dall'esterno¹⁴⁶.

Infine, viene in considerazione il caso dei Paesi Bassi, i quali solo recentemente hanno accolto un disegno di legge¹⁴⁷ che traghetta l'ordinamento da un modello vincolato ad uno che predilige l'elemento del consenso. Più nello specifico, l'articolo 42 del codice penale olandese per come modificato nel 1991¹⁴⁸, riconosceva lo stupro come quell'azione che comprende o include la penetrazione sessuale del corpo avvenuta con la forza, alla stregua di una condotta che sfrutta la violenza, la minaccia di violenza, o un altro atto o la minaccia di un altro atto. Per converso, nella riforma che entrerà in vigore dall'1 luglio 2024, il punto focale di tutta la disciplina è il consenso, sia per quanto riguarda la violenza sessuale e lo stupro intenzionale – prevedendo una pena massima più elevata in caso di forza, violenza o minaccia – sia per tutti quei casi di violenza sessuale e stupro in cui non è possibile stabilire l'intento dell'autore ma che, alla luce delle conseguenze dell'azione, vi è motivo di sospettare che l'altra persona non abbia acconsentito. In altre parole, nella nuova formulazione, lo stupro e la violenza sessuale – intenzionali e non – non dipendono dal fatto che l'autore del reato abbia coartato la vittima, quanto piuttosto dall'assenza di volontà che può rilevarsi anche alla luce di un comportamento marcatamente passivo o evidenti segni non verbali che indicano riluttanza, ovvero quando l'altra persona si dimostra esplicitamente moderata nelle sue manifestazioni verbali o fisiche¹⁴⁹.

9. Il modello consensuale limitato

¹⁴⁵ Zakon o spremembah in dopolnitvah Kazenskega zakonika, Official Gazette of the Republic of Slovenia, no. 95/21.

¹⁴⁶ Codice penale sloveno, art. 170 c.p.

¹⁴⁷ [rijksoverheid.nl](https://www.rijksoverheid.nl).

¹⁴⁸ Wet van 9 oktober 1991 tot wijziging van de artikelen 242 tot en met 249 van het Wetboek van Strafrecht.

¹⁴⁹ [internetconsultatie.nl](https://www.internetconsultatie.nl).

Roberta De Paolis

Il mancato consenso sul consenso: una riflessione alla luce della nuova Direttiva sulla lotta alla violenza contro le donne e la violenza domestica

Nel novero del modello consensuale limitato vanno inclusi tutti quegli ordinamenti che invece di adottare un approccio basato esclusivamente sulla presenza del consenso, si concentrano su atti sessuali “meramente dissensuali”, cioè commessi contro la volontà riconoscibile della vittima, senza necessità di violenza o minaccia¹⁵⁰. In altre parole, se il primo modello è puramente consensuale perché fa del consenso un elemento essenziale per discriminare condotte lecite da quelle illecite, il modello consensuale limitato si affida alla presenza del “non-consenso” per determinare quando un rapporto sessuale possa definirsi stupro. La Germania è paradigmatica di quest’ultimo approccio, nella misura in cui ha riformato radicalmente il proprio diritto penale in materia di reati sessuali nel senso di garantire che qualsiasi atto sessuale contro la volontà riconoscibile della vittima sia criminalizzato. Prima della riforma, la Germania si riferiva alla fattispecie di “coercizione sessuale” per la condotta di coloro che usavano la forza o la minaccia, ovvero sfruttavano determinate situazioni di vulnerabilità, per costringere la vittima a compiere o tollerare atti sessuali¹⁵¹. Con la 50esima legge di modifica del codice penale per migliorare la tutela dell’autodeterminazione sessuale¹⁵², il legislatore ha inteso dunque superare il paradigma vincolato ed accogliere un modello “consensuale limitato”, in cui la fattispecie di stupro si ritiene integrata qualora l’autore superi il dissenso della vittima¹⁵³. Pertanto, il codice penale corrente prevede la punibilità di chiunque compia atti sessuali contro la volontà percepibile di un’altra persona, includendo anche i casi in cui la comunicazione del rifiuto è impossibile o non necessaria. A tal riguardo, viene anche in considerazione la condotta di chiunque presuppone di ottenere il consenso di una persona che, a causa della sua condizione fisica o psichica, è dunque incapace di formare o esprimere adeguatamente la propria volontà. Allo stesso modello può essere ricondotta la legislazione irlandese, la quale prevede che il reato di stupro sia integrato laddove un uomo abbia rapporti sessuali con una donna che, al momento del rapporto, non è consenziente, con coscienza della resistenza della donna, oppure dubitando sul consenso della donna¹⁵⁴.

¹⁵⁰ F. Macrì, *La riforma dei reati sessuali in germania-Centralità del dissenso e “tolleranza zero” verso le molestie sessuali tra diritto penale simbolico e potenziamento effettivo della tutela della sfera sessuale*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2016, p. 19.

¹⁵¹ Codice penale tedesco, § 177 (1).

¹⁵² Fünfzigstes Gesetz zur Änderung des Strafgesetzbuches – Verbesserung des Schutzes der sexuellen Selbstbestimmung vom 4. November 2016.

¹⁵³ Codice penale tedesco, § 177.

¹⁵⁴ Criminal Law (Rape) Act 1981, §2.

Roberta De Paolis

Il mancato consenso sul consenso: una riflessione alla luce della nuova Direttiva sulla lotta alla violenza contro le donne e la violenza domestica

Da quest'ultimo punto di vista, nel caso in cui un accusato per stupro dimostri di essere stato onestamente ma erroneamente convinto che il consenso fosse stato accordato (*honest belief*), allora simile stato soggettivo opera come difesa – soggettiva, appunto¹⁵⁵ – che esclude la punibilità poiché il reato è stato commesso a causa di una falsa rappresentazione della realtà. Una maglia così larga per far valere l'*honest belief* ha tuttavia costituito motivo di perplessità, sembrando necessario intraprendere un cammino di riforma volto a restringere il perimetro soggettivo entro cui l'autore di violenza sessuale possa ritenersi non punibile¹⁵⁶. Più nello specifico, si è ritenuto opportuno innalzare lo standard dell' "onesta convinzione" alla "ragionevole convinzione" che la vittima acconsenta o abbia acconsentito al rapporto sessuale: in questo senso, e di conseguenza, le giurie sarebbero obbligate a considerare quali misure l'imputato ha eventualmente preso per verificare se la denunciante fosse consenziente, nonché la capacità decisionale dell'imputato e, in ultimo, se la "ragionevole convinzione" dell'imputato rispecchi la predisposizione soggettiva che ci si potrebbe aspettare da una persona ragionevole nelle medesime circostanze¹⁵⁷.

10. Il modello consensuale vincolato

Infine, seppur con estensione diversa, vi sono gli ordinamenti che fanno dell'uso della forza o della minaccia elementi costitutivi della fattispecie di stupro. Di questi, la Polonia e l'Estonia rappresentano sicuramente i casi più esemplari. Difatti, la Polonia non include l'assenza di consenso nella definizione di stupro, concentrandosi esclusivamente sulla prova della violenza, minaccia illecita o inganno¹⁵⁸; allo stesso modo, l'Estonia definisce lo stupro come "rapporto sessuale con una persona contro la sua volontà, usando la forza o approfittando di una situazione in cui la persona non è in grado di opporre resistenza o di comprendere la situazione"¹⁵⁹.

¹⁵⁵ Y. M. Daly, *Knowledge or belief concerning consent in rape law: recommendations for change in Ireland*, in *Crim. LR*, 2020, p. 478.

¹⁵⁶ The so-called O'Malley Review: Review of Protections For Vulnerable Witnesses In The Investigation And Prosecution Of Sexual Offence.

¹⁵⁷ M. Hillard, *Mistaken belief of consent no defence to rape accusation under new law*, in *The Irish Time*, irishtimes.com.

¹⁵⁸ Codice penale polacco, art. 97 § 1.

¹⁵⁹ Codice Penale Estone, (§ 141(1)).

Roberta De Paolis

Il mancato consenso sul consenso: una riflessione alla luce della nuova Direttiva sulla lotta alla violenza contro le donne e la violenza domestica

Più sfumata è invece la posizione di Francia, Portogallo e Romania i quali, sebbene non rendano la nozione di consenso centrale nella fattispecie, hanno tentato di allargare le maglie del concetto di coercizione con lo scopo di includere tutta la casistica rilevante ai fini del reato di stupro. Così, la Francia ha ampliato la definizione di stupro¹⁶⁰ intendendo «qualsiasi atto di penetrazione sessuale, di qualsiasi natura, o qualsiasi atto orale-genitale commesso sulla persona di un altro o sulla persona dell'autore del reato mediante violenza, coercizione, minaccia o sorpresa»; il Portogallo ha proceduto nella stessa direzione¹⁶¹, inserendo un terzo paragrafo all'articolo 164 che chiarisce che la costrizione possa avvenire con qualsiasi mezzo contro la volontà consapevole della vittima. In buona sostanza, la legge sullo stupro portoghese, come modificata dalla riforma del 2019, combina un modello consensuale vincolato ad un paradigma dissensuale, laddove si considera coercitivo l'atto che avviene contro la volontà consapevole della vittima. Analogamente, la Romania definisce lo stupro come una condotta di violenza sessuale commessa con la coercizione, rendendo impossibile alla vittima la difesa o l'espressione della propria volontà, o comunque approfittando delle suddette incapacità. Sul punto, il GREVIO¹⁶² ha raccomandato alla Romania di modificare la propria definizione per adeguarla ai requisiti previsti dall'articolo 36 della Convenzione di Istanbul, ossia prevedendo il concetto di consenso liberamente dato. A questa raccomandazione la Romania ha risposto che la propria legislazione sullo stupro, seppur formulata in modo diverso, non limita il numero e i modi in cui la mancanza di consenso può essere manifestata, così da comprendere altresì le impossibilità psicologiche/traumatiche a prestarlo liberamente, come nel caso della già citata "immobilità tonica"¹⁶³.

In una posizione intermedia si pongono invece l'ordinamento austriaco e quello italiano. Per un verso, nel 2015 l'Austria ha riformato il proprio codice penale nel senso di distinguere il reato di violazione dell'autodeterminazione sessuale dallo stupro. La prima ipotesi¹⁶⁴ punisce con una pena fino a due anni tutti coloro che intraprendono rapporti

¹⁶⁰ LOI n° 2018-703 du 3 août 2018 renforçant la lutte contre les violences sexuelles et sexistes.

¹⁶¹ Leggi n. 83/2015 del 5 agosto 2015 e n. 101/2019 del 6 giugno 2019.

¹⁶² GREVIO, *Baseline Evaluation Report – Romania*, in [rm.coe.int](#).

¹⁶³ Comments submitted by Romania on GREVIO's final report on the implementation of the Council of Europe Convention on preventing and combating violence against women and domestic violence (Baseline Report): [coe.int](#).

¹⁶⁴ Codice Penale Austriaco, § 205.

Roberta De Paolis

Il mancato consenso sul consenso: una riflessione alla luce della nuova Direttiva sulla lotta alla violenza contro le donne e la violenza domestica

sessuali contro la volontà della vittima, approfittando di una situazione di costrizione o dopo una precedente intimidazione, oppure attraverso un'attività induttiva. Per converso, la definizione di stupro mantiene il concetto di forza come elemento centrale della fattispecie e non menziona il consenso: più nello specifico, il reato di stupro prevede una pena da due a dieci anni di reclusione per tutti coloro che costringono una persona a compiere o sottoporsi ad un rapporto sessuale attraverso la violenza, la privazione della libertà o la minaccia di pericolo per la vita o l'integrità fisica¹⁶⁵. Una simile ibridazione dei profili criminologici della fattispecie di stupro si assiste altresì nell'ordinamento italiano che, sebbene preveda ancora una fattispecie ancorata alla presenza della violenza, minaccia o abuso di autorità, è bilanciata dall'ormai consolidata posizione della giurisprudenza che non solo vede nel consenso l'elemento scriminante per il reato di violenza sessuale, ma altresì richiede che quest'ultimo sussista nel momento del rapporto e permanga per tutta la durata dello stesso, prescindendo dal comportamento eventualmente provocatorio tenuto in precedenza dalla vittima¹⁶⁶.

11. Gli approcci degli Stati membri e la Convenzione di Istanbul: un'analisi trasversale

Come già menzionato, sebbene ventuno Stati membri abbiano ratificato la Convenzione di Istanbul, e l'Unione Europea vi aderisce ufficialmente dal 1° ottobre 2023, non sembra esserci omogeneità con riferimento agli elementi costitutivi della fattispecie di stupro. In altre parole, a fronte di un impegno condiviso ad aderire alle indicazioni della Convenzione, la quale riconosce nell'approccio affermativo (il modello consensuale puro) quello che meglio offre una tutela alle vittime, non tutti gli Stati membri firmatari hanno poi modificato le proprie legislazioni conformemente all'articolo 36, spesso proponendo o ri-proponendo modelli che hanno ricevuto sostanziali critiche¹⁶⁷.

¹⁶⁵ Codice Penale Austriaco, § 201.

¹⁶⁶ Cass. pen. Sez. III, sent., (ud. 14/06/2023) 26-07-2023, n. 32447.

¹⁶⁷ Council of Europe (2023): 4th General Report on GREVIO's Activities. Covering the period from January to December 2022.

Roberta De Paolis

Il mancato consenso sul consenso: una riflessione alla luce della nuova Direttiva sulla lotta alla violenza contro le donne e la violenza domestica

Primo tra tutti, a sortire perplessità è il modello consensuale vincolato¹⁶⁸, specialmente stante l'elevato standard probatorio richiesto e lo spostamento di attenzione dalle azioni dell'accusato al comportamento della vittima. In buona sostanza, un simile approccio mancherebbe di cogliere appieno la realtà delle donne che subiscono violenza e consolida idee oramai abbondantemente smentite dalla prassi, come ad esempio la convinzione per cui lo stupro rappresenti un'esperienza eccezionale e straordinaria, prevalentemente commesso da uno sconosciuto quando, al contrario, la maggior parte delle violenze sessuali si consumano in ambienti e con persone conosciute, spesso non provocando nemmeno lesioni visibili¹⁶⁹. Inoltre, un simile modello rappresenterebbe il precipitato di idee oramai abbondantemente smentite dalla prassi, prima tra tutte la convinzione in forza della quale lo stupro sia un'esperienza eccezionale e straordinaria, prevalentemente commesso da uno sconosciuto quando, al contrario, la maggior parte delle violenze sessuali si consumano in ambienti e con persone conosciute, non provocando lesioni visibili¹⁷⁰. In altre parole, vincolare il riconoscimento del reato di stupro solo alla condizione di violenza e minaccia significherebbe perpetuare erroneamente l'idea per cui lo stupratore è «un emarginato, (...) un pazzo»¹⁷¹, così relegando la maggior parte degli stupri in un perimetro estraneo ai moderni concetti di agenzia sessuale delle donne.¹⁷² Analogamente, viene inoltre circoscritta l'area di vulnerabilità delle donne ai casi di oggettiva incapacità a rendere un consenso valido, appiattendolo la mancanza di consenso alle situazioni di "impotenza" relative a qualche tipo di incoscienza dovuta all'alcol, alle droghe o a particolari patologie o disabilità. Sebbene si debba dare credito al fatto che la tipizzazione delle casistiche di coercizione soverchiante alleggerisca l'onere in capo alla vittima di dimostrare la propria resistenza, essa non permette tuttavia di valorizzare tutti quei casi in cui l'assenza di

¹⁶⁸ Council of Europe (2023): 4th General Report on GREVIO's Activities. Covering the period from January to December 2022, p. 30-32.

¹⁶⁹ UNODC, *Handbook on Effective Prosecution Responses*, 2014, p. 31.

¹⁷⁰ UNODC, *Handbook on Effective Prosecution Responses*, 2014, p. 31.

¹⁷¹ M. Garcia, *Di cosa parliamo quando parliamo di consenso. Sesso e rapporti di potere*, Torino, 2022, p.11.

¹⁷² D. Tuerkheimer, *Rape on and off campus*, in *Emory Law Journal*, 2015, p. 44-45; C. Pateman, *Il contratto sessuale*, Roma, 1988; A. Wertheimer, *Consent to sexual relations*, New York, 2003.

Roberta De Paolis

Il mancato consenso sul consenso: una riflessione alla luce della nuova Direttiva sulla lotta alla violenza contro le donne e la violenza domestica

resistenza è il risultato di meccanismi di *coping*¹⁷³ che possono includere reazioni come il congelamento¹⁷⁴ oppure il cosiddetto “*be friend*”, vale a dire il tentativo di “fare amicizia” con l’aggressore ad esempio placandolo, negoziando, corrompendolo o supplicandolo¹⁷⁵. In definitiva, la realtà è estremamente diversa dal cosiddetto paradigma della “vittima perfetta”¹⁷⁶ di stupro, ossia quella che «dice di no, chiaramente e spesso, respinge il suo aggressore e continua a professare il suo non consenso durante l’incontro»¹⁷⁷: non considerare la varietà delle circostanze fattuali in cui può consumarsi un reato di stupro espone le vittime al rischio di vittimizzazione secondaria¹⁷⁸, vale a dire il rischio di danni psicologici ed emotivi conseguenti all’impatto tra il reato subito e il sistema penale¹⁷⁹.

Per altro verso, anche il modello consensuale limitato non appare pienamente capace di fornire una tutela adeguata poiché, seppur comporti l’inclusione di definizioni di stupro basate sul consenso, sembra ancora dedicare un’eccessiva attenzione al comportamento della vittima¹⁸⁰. In questo senso, il riferimento va all’approccio adottato da Germania ed Austria, esemplificato dalla formula “no significa no”, nella misura in cui criminalizza gli atti sessuali che avvengono contro la volontà riconoscibile di una persona. È proprio la formula “contro la volontà” a rappresentare la chiave di lettura del paradigma prescelto, laddove il pubblico ministero è

¹⁷³ R.S. Lazarus – S. Folkam, *Stress, Appraisal, and Coping*, New York City, 1984: Il concetto di coping può essere definito come il processo messo in atto in una situazione valutata come personalmente significativa ed eccedente o comunque gravosa sulle risorse individuali per farvi fronte.

¹⁷⁴ M. Schiewe, *Tonic Immobility: The Fear-Immobilization Response as a Fear-Freezing Response as a Forgotten Factor in Sexual Assault Laws*, in DePaul J. *Women, Gender & Law*, p. 1-28.

¹⁷⁵ S. E. Taylor – L.C. Klein – B. P. Lewis – T. L. Gruenewald – R. A. R. Gurung-John – A. Updegraff, *Biobehavioral Responses to Stress in Females: Tend-and-Befriend, Not Fight-or-Flight*, in *Psychological Review*, 2000, p. 411-429

¹⁷⁶ M. Duggan, *Revisiting the ‘Ideal Victim’*, Bristol, 2018; E. Habba-R. Keydar-D. Bareket – G. Stanovsky, *The Perfect Victim: Computational Analysis of Judicial Attitudes towards Victims of Sexual Violence*, in *Intelligence and Law*, 2023.

¹⁷⁷ M. Korbel, *Sometimes You Make Your Rapist Breakfast. Inside the controversial – and often confusing – “tending instinct” of women*, 2018, in [harpersbazaar.com](https://www.harpersbazaar.com).

¹⁷⁸ S. De Vido – L. Sosa, *Criminalisation of gender-based violence against women in European States, including ICT-facilitated violence*, Luxembourg, 2021, p.172-178.

¹⁷⁹ Direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio 2012/29/UE del 25 ottobre che istituisce norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato e che sostituisce la decisione quadro 2001/220/GAI.

¹⁸⁰ Council of Europe (2023): 4th General Report on GREVIO’s Activities. Covering the period from January to December 2022, p. 33-34.

Roberta De Paolis

Il mancato consenso sul consenso: una riflessione alla luce della nuova Direttiva sulla lotta alla violenza contro le donne e la violenza domestica

chiamato a dimostrare che la vittima di stupro abbia espresso, verbalmente o in altro modo, la volontà contraria all'atto sessuale. Un simile criterio, seppur migliorativo rispetto a quello fondato sulla violenza o minaccia, presenta sicuramente il problema principale di non coprire i casi in cui la vittima rimane passiva ma non acconsente; in altre parole, richiedere che la vittima resista in modo verbale o non verbale sottovaluta ancora una volta tutta quella serie di reazioni in cui, sebbene sia verosimile la possibilità del rifiuto, ne risulta difficile il proferimento¹⁸¹. Peraltro, una simile impostazione non sembra rispondere adeguatamente ai miti che continuano ad abbondare e che suggeriscono che il rifiuto ad una *avances* sessuale possa in realtà costituire un elemento della dinamica del corteggiamento¹⁸².

Tutto considerato, è proprio l'approccio consensuale puro – “solo sì è sì” – a sembrare il più idoneo ad individuare il discrimine tra un'attività sessuale illecita ed uno stupro, i cui corollari permettono di apprezzare le svariate dinamiche di rapporto sessuale non partecipato volontariamente. In primo luogo, il modello affermativo sposta la responsabilità di un rapporto sessuale indesiderato dalla persona che esprime – o si presuma esprima – un “no”, a quella che ascolta – o che è tenuta ad ascoltare – un sì¹⁸³. Da questo punto di vista, emerge in modo inequivocabile la dimensione biunivoca del consenso, laddove si tratterebbe di stupro ogni qualvolta manchi un “accordo” comunicato tra le parti in base alla libertà volontà, superando quindi le incertezze che interessano i casi di mancata resistenza o protesta, passività o silenzio. Infine, orientare la valutazione alla luce del consenso prestato – e non in forza del dissenso manifestato – impone di prestare particolare attenzione a tutta la durata dell'attività sessuale, poiché il consenso può essere revocato in ogni momento¹⁸⁴. In definitiva, una legislazione sullo stupro basata sul modello consensuale puro fornisce regole più chiare alle parti che rischiano di perpetrare o subire violenza

¹⁸¹ E. Ferrarese, *The political grammar of consent*, in *Constellations*, 2015, p. 463.

¹⁸² N. Little, *From No Means No to Only Yes Means Yes: The Rational Results of an Affirmative Consent Standard*, in *Rape Law*, in *Vanderbilt Law Review*, 2019, p. 349; M.G. Leary, *Affirmatively Replacing Rape Culture with Consent Culture*, in *Texas Tech Law Review*, 2016, p. 49-51.

¹⁸³ O. Björklund Dahlgren, *FATTA (NGO that means “Get it”), Presentation on the law reform in Sweden at the UN Special Rapporteur on violence against women and Equality Now at the 2020 Expert Group Meeting on Rape as a Grave and Systematic Human Rights Violation and Gender-Based Violence against Women*, in [obchr.org](https://www.obchr.org).

¹⁸⁴ Council of Europe (2023): 4th General Report on GREVIO's Activities. Covering the period from January to December 2022. P. 35.

Roberta De Paolis

Il mancato consenso sul consenso: una riflessione alla luce della nuova Direttiva sulla lotta alla violenza contro le donne e la violenza domestica

sessuale, offrendo così agli operatori del diritto delle indicazioni meno equivocabili sul modo di indagare e perseguire tali casi¹⁸⁵.

12. Conclusione

Con la Direttiva sulla lotta alla violenza contro le donne e la violenza domestica, l'Unione Europea ha confermato il suo ruolo centrale nel sostenere gli attori a livello europeo e nell'influenzare e facilitare il lavoro degli Stati membri nell'affrontare fenomeni di grande rilevanza sociale. Come da più parti sottolineato, l'approvazione della Direttiva costituisce un passo nevralgico per rendere l'Europa il primo continente al mondo ad adottare misure concrete per rafforzare i diritti delle donne e illuminare il percorso verso un futuro in cui le donne possano dirsi esenti dalla paura e dall'oppressione¹⁸⁶. In altre parole, l'approvazione della Direttiva rappresenta un evento storico poiché pone le basi affinché tutte le donne e ragazze abbiano gli stessi diritti in tema di violenza di genere e violenza domestica, a prescindere dallo Stato europeo in cui risiedono¹⁸⁷.

Nonostante questi incontrovertibili risultati, e soprattutto al netto della bontà delle ambizioni, il testo della Direttiva non recepisce la vera innovazione introdotta dalla Convenzione di Istanbul, vale a dire una definizione di stupro esclusivamente basata sul consenso, frutto di un approccio olistico capace di individuare e scardinare gli stereotipi di genere. Sarebbe, piuttosto, che l'Unione Europea abbia rinunciato alla possibilità di vedere gli Stati membri convergere su una definizione di stupro in grado di arginare pregiudizi e credenze radicati nelle diseguali relazioni di potere tra uomini e donne, i quali impongono alle donne un doppio onere: quello di rendere evidente la propria non-adesione all'attività sessuale e quello, eventualmente, di giustificare condotte alternative alla resistenza o al rifiuto. In definitiva, attribuire centralità al concetto di consenso non solo sarebbe in grado di ribilanciare la parità tra i generi nella relazionalità sessuale¹⁸⁸, ma orienterebbe la valutazione circa il discrimine tra un rapporto sessuale desiderato e uno indesiderato, nel senso di valorizzare la capacità dispositiva della donna e non elementi circostanziali che rischiano di

¹⁸⁵ M.G. Leary, *Affirmatively replacing rape culture with consent culture*, in *Texas Tech Law Review*, 2016, p. 32.

¹⁸⁶ europarl.europa.eu.

¹⁸⁷ womenlobby.org.

¹⁸⁸ T. Casadei, *Donne, diritto, diritti. Prospettive del giusfemminismo*, Torino, 2015.

Roberta De Paolis

*Il mancato consenso sul consenso: una riflessione alla luce della nuova Direttiva
sulla lotta alla violenza contro le donne e la violenza domestica*

pregiudicare il pieno riconoscimento delle condizioni che influenzano l'autonomia della volontà.

ABSTRACT: In May 2024, the Directive on combating violence against women and gender-based violence was adopted, which, unlike the original Proposal, lacks a definition of rape as a non-consensual act of penetration. Such a solution represented the necessary compromise to reconcile the different positions of the Member States on this issue, whose legislations do not seem to align on the element of consent.

Following these premises, the article aims to offer an overview of the models pursued by the Member States to frame the offense of rape, also attempting a critical reflection on the current legislative fragmentation in the light of international sources.

KEYWORDS: European criminal law – gender-based violence – consent – rape – Directive

Roberta De Paolis - Post-Doc Fellow in Diritto Penale; Scuola Superiore Sant'Anna (roberta.depaolis@santannapisa.it).

In bilico tra continuità e innovazione. Osservazioni comparate sullo sviluppo delle tecniche di informazione e comunicazione applicate all'attività parlamentare in Regno Unito e Germania*

Paola Pannia

SOMMARIO: 1. Introduzione: un'istantanea a doppio fuoco su metodo e obiettivi della ricerca. - 2. Innovazione tecnologica e Parlamento britannico: tra lo storicismo tradizionale e una crescente attenzione alla società digitale. - 2.1. Come la tecnologia entra nel parlamento britannico: una prima ricognizione storica. - 2.2. L'avvento della pandemia e la permeabilità del Parlamento britannico alla tecnologia. - 3. Innovazione tecnologica e Parlamento tedesco: una rimodulazione delle procedure in chiave digitale. - 3.1. Come la tecnologia entra nel parlamento tedesco: una prima ricognizione storica. - 3.2. L'avvento della pandemia e la permeabilità del Parlamento tedesco alla tecnologia. - 4. L'esperienza del Parlamento britannico e tedesco a confronto: uno sviluppo tecnologico a geometria variabile. Quali differenze nel processo di digitalizzazione? - 5. Parlamenti, nuove tecnologie e tempo digitale: una relazione che si intreccia (anche) ad una questione identitaria.

1. Introduzione: un'istantanea a doppio fuoco su metodo e obiettivi della ricerca¹

La trasformazione digitale, che ormai pervade ogni ambito del sociale, è entrata da tempo anche nel discorso istituzionale, permeando di sé tanto il dibattito pubblico, e le strutture governative nazionali e internazionali², quanto la discussione accademica. Il numero degli articoli scientifici prodotti sul ruolo delle tecniche di informazione e comunicazione (d'ora innanzi anche ICT) nell'attività legislativa e parlamentare procede con un andamento a dir poco esponenziale. Questo studio aspira a contribuire al dibattito, esaminando lo sviluppo delle tecniche ICT nell'attività parlamentare di due esperienze specifiche, Regno Unito e Germania. L'analisi, che si serve della prospettiva

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

¹ Questo articolo si sviluppa a partire dai dati reperiti durante l'indagine realizzata per il progetto di ricerca Legitech (Legitech (google.com)), coordinato dai prof. Enrico Borghetto e Renato Ibrido. Ci tengo a ringraziare entrambi per l'arricchente opportunità di studio. Una prima versione di questo articolo ha beneficiato dei commenti dei prof. Giuseppe Martinico, Renato Ibrido, Fabio Pacini e del dott. Stefano Bargiacchi. I miei ringraziamenti più sentiti vanno a loro e ai revisori, per i commenti dettagliati, i suggerimenti sapienti e gli spunti numerosi che hanno illuminato le questioni da sviluppare ulteriormente, contribuendo, così, a rendere questo studio più ricco e solido. Ovviamente, si applicano a questo lavoro tutti i disclaimer di rito.

² Si pensi, ad esempio, al fatto che l'OECD, l'ONU e la Commissione europea hanno creato dei dipartimenti dedicati a promuovere l'innovazione attraverso l'ICT all'interno delle istituzioni pubbliche, incorporando concetti quali e-democracy e digital government. Così in T. Janowski, *Digital government evolution: From transformation to contextualization*, in *Government Information Quarterly*, 2015.

comparata, sempre più invocata dagli specialisti del settore³, risponde ai seguenti obiettivi: a) verificare se, all'interno del Parlamento britannico e di quello tedesco, vi siano o meno delle aree operative che hanno conosciuto uno sviluppo digitale maggiore di altre (all'indomani di una ricognizione degli strumenti tecnologici rispettivamente elaborati e utilizzati); b) individuare differenze e similitudini tra i due casi studio e indagare i fattori giuridici che possono contribuire a spiegare i risultati emersi dall'analisi comparata; c) capire se, e in che misura, l'introduzione e l'uso di queste tecniche abbia inciso sull'attività, e identità, dei due Parlamenti selezionati.

A questi obiettivi, se ne aggiunge un altro, di tipo metodologico: restituire all'analisi sui Parlamenti e le nuove tecnologie una tridimensionalità che spesso fatica ad emergere. A questo proposito, si procederà ad osservare lo strumento tecnologico nella sua dimensione relazionale, nell'interazione che lo collega agli utilizzatori e al servizio reso, nonché alla cornice giuridica che fa da sfondo operativo. Una ricognizione della letteratura sul tema mostra, infatti, come la questione sia spesso ricostruita in termini diadici e oppositivi: ci si chiede se la tecnologia sia in linea con la rule of law o non rischi piuttosto di comprometterla drammaticamente, se promuova l'equilibrio dei poteri o, al contrario, non minacci di alterare il rapporto tra il legislativo e l'esecutivo, se migliori il funzionamento delle assemblee legislative o non rischi, invece, di distruggerne lo spirito più profondo⁴.

Un'impostazione di questo tipo, animata dal legittimo obiettivo di contestare la supposta neutralità di ogni dispositivo, finisce, però, con l'essenzializzare lo strumento tecnologico. Questi studi, spesso avari di definizioni, tendono a guardare alla tecnologia in termini astratti, come se si fosse in presenza in un unico insieme. Nella realtà, invece, esistono molteplici strumenti tecnologici (così come molteplici sono gli utilizzi e le finalità) anche perché manca ancora un processo olistico e integrato di regolamentazione e management delle tecnologie digitali in Parlamento⁵, così come

³ Si veda tra gli altri T. Zittel, *Parliaments and the Internet: A Perspective on the State of Research*, in C. Leston Bandeira, S. Ward (eds.), *Parliaments in the digital age*, Oxford Internet Institute, Forum Discussion Report 13, January 2008, p. 11, che espressamente sottolinea: «*The need for more comparative research is apparent in this respect in order to be able to distinguish between secular and general developments and to further our understanding of the relationship between political context and impacts*» (p. 12).

⁴ Non mancano eccezioni, quali il lavoro di M. Anastasiadou, V. Santos, F. Montargil, *Which Technology to Which Challenge in Democratic Governance? An Approach Using Design Science Research*, in *Transforming Government: People, Process and Policy*, 2021, 15, pp. 512 ss. Gli autori però mancano di individuare una specifica esperienza, perdendo così fondamentali fattori capaci di condizionare l'impatto degli strumenti di ICT. Tra i promotori dell'uso della tecnologia si vedano tra gli altri, a mero titolo esemplificativo, R. Vragov, N. Kumar, *The impact of information and communication technologies on the costs of democracy*, in *Electronic Commerce Research and Applications*, Elsevier B.V., 12(6), 2013, pp. 440; tra i detrattori E. Morozov, *The Net Delusion – The Dark Side of Internet Freedom*, New York: Public Affairs, 2012, circa la possibilità che la tecnologia supporti regimi autoritari.

⁵ J. Ganzevles, R. van Est, M. Nentwich, *Embracing Variety: Introducing the Inclusive Modelling of (Parliamentary) Technology Assessment*, in *J. Responsible Innov.*, 2014, 1, pp. 292 ss.; D. Koryzis, A. Dalas, D.

manca, ancora, una comune strategia digitale⁶. Peraltro, questa frammentazione e pluralità caratterizza anche lo stesso soggetto parlamentare. Dopotutto, non è il Parlamento, per sua natura, un crocevia, un centro nevralgico (fisico e simbolico) cui fanno capo informazioni e istanze molteplici? Non è il Parlamento un luogo che vive un dinamismo permanente, anche perché profondamente influenzato da (e che, dal suo, profondamente influenza) tanto gli equilibri istituzionali quanto i cambiamenti sociali⁷? Di queste ramificazioni e interazioni lo studio proverà a dare conto, concentrando l'osservazione su coordinate spazio-temporali e di contenuto ben precise, che ci si appresta a chiarire e giustificare.

Per ciò che concerne il profilo definitorio, come per tutti i termini che entrano nel linguaggio comune, risulta difficile offrire una definizione univoca del lemma composto «tecniche dell'informazione e della comunicazione». Le tecniche che saranno qui prese in analisi sono quelle più strettamente connesse al gruppo che prende il nome di «internet delle cose» (anche IoT) applicato nello specifico a tre delle principali funzioni del parlamento: quella legislativa, quella dibattimentale e quella rappresentativa (connessa, inevitabilmente, alla questione della comunicazione e della legittimazione sociale). Questo studio non si occupa, invece, degli strumenti di AI (intelligenze artificiali). Sebbene il rilievo assunto da queste ultime, anche con riferimento all'attività parlamentare, sia sempre maggiore, l'AI si distingue dall'IoT per caratteristiche (essa, come noto, supera il tradizionale principio di programmazione delle macchine), diffusione (fatta eccezione per poche esperienze parlamentari, il suo utilizzo ancora è in fase di programmazione e sperimentazione)⁸ e problemi generati⁹.

Spiliotopoulos, F. Fitsilis, *ParITech: Transformation Framework for the Digital Parliament*, in *Big Data Cogn. Comput.*, 2021, 5, 15. Si veda pure Y. Li, A. Alqahtani, E. Solaiman, C. Perera, P. Jayaraman, B. Benatallah, R. Ranjan, *A Unified Knowledge Representation and Context-Aware Recommender System in Internet of Things*, arXiv, 2018; preprint. arXiv:1805.04007.

⁶ Si veda l'efficace ricognizione dello stato dell'arte realizzata da D. Koryzis, D. Margaris, C. Vassilakis, K. Kotis, D. Spiliotopoulos, *Disruptive Technologies for Parliaments: A Literature Review*, in *Future Internet*, 2023, 15, p. 66.

⁷ Si vedano sul punto le riflessioni di N. Lupo, *La rivoluzione digitale e i suoi effetti sull'attività parlamentare*, in *Lo Stato*, 2021 e di R. Bin, *Assemblee elettive e comunicazione istituzionale*, in *Le istituzioni del federalismo*, 2006, n. 1, 73 richiamate da F. Pacini, *Parlamento e tecniche dell'informazione e della comunicazione: profili di contrapposizione e d'integrazione nell'esperienza italiana*, Pisa, Pisa University Press, 2022, 5-6.

⁸ Al 2020, solo il 10% dei parlamenti del mondo aveva adottato tecnologie basate sull'IA, secondo quanto riporta l'Unione Interparlamentare Internazionale (IPU) nel suo World e-Parliament Report, 2020. Si veda per ulteriori dettagli il recente rapporto del Comitato di vigilanza sull'attività di documentazione della Camera dei deputati, Utilizzare

l'intelligenza artificiale a supporto del lavoro parlamentare, Febbraio 2024, disponibile su https://webtv.camera.it/ckeditor_assets/attachments/582/rappporto_ia_v9_web.pdf.

⁹ Sul punto, tra i tanti, A. Malaschini e M. Pandolfelli, *PARLITECH. Intelligenza Artificiale e Parlamenti: una prima riflessione*, in *SoGworkingpaperseries*, marzo 2022; A. Cardone, *Decisione algoritmica vs. decisione politica? A.I., legge, democrazia*, Napoli, Esi, 2021. Si veda inoltre, più in generale, A. Simoncini,

Lo studio si concentra su un arco temporale definito, che ha, come punto di partenza gli anni '80, con l'avvento di Internet in Parlamento, e si chiude con la fine dell'emergenza sanitaria internazionale per il Covid-19, sancita dall'OMS nel maggio 2023. Al fine di cogliere la vivace e mutevole dinamicità della prassi, l'analisi della letteratura specialistica e delle fonti normative è stata integrata con i dati emersi da 15 interviste semi-strutturate, condotte tra il 2022 e il 2024¹⁰.

Le ragioni della comparazione seguono la logica hirshliana, orientata all'inferenza causale, dei «most similar cases»¹¹ e si spiegano alla luce dell'obiettivo di questo studio: comprendere l'impatto che, in un dato luogo e momento storico, le tecniche ICTs esercitano nella sfera dell'attività parlamentare, individuando quegli elementi giuridici che più di altri possono essere considerati predittivi di certe tendenze e risultati. Così, i parlamenti selezionati per questo studio presentano, indubbiamente, numerose similitudini: sono inseriti all'interno di un contesto giuridico e istituzionale che gode di un elevato standard di rispetto della rule of law; mostrano un elevato equilibrio di poteri con l'esecutivo. Entrambi presentano, poi, un assetto bicamerale asimmetrico, con due camere caratterizzate da una composizione, un sistema elettorale e una funzione differente (quelli appena presentati, peraltro, sono tutti elementi che sono stati eletti a «fattori di protezione» del ruolo del parlamento, anche in tempo di crisi)¹². Invero, sul punto, una precisazione è d'obbligo. Sono in molti, in dottrina, a contestare che il Bundesrat possa definirsi una Seconda camera, argomentando come la sua genesi storica e lo stesso dato costituzionale (nonché la sua interpretazione ed evoluzione nella concretezza degli equilibri istituzionali) offrano chiari indizi circa la sua natura di

L'algoritmo incostituzionale: intelligenza artificiale e il futuro delle libertà, in *BioLaw Journal. Rivista di BioDiritto*, 1, 2019, 63 ss.; G. Cerrina Feroni – C. Fontana – E. Raffiotta (cur.), *AI Anthology. Profili giuridici, economici e sociali dell'intelligenza artificiale*, Bologna, il Mulino, 2022.

¹⁰ Si tratta di: Helen Xanthaki, Professoressa allo University College London, Matt Lynch, funzionario pubblico al National Archives, Ed Beale, Parliamentary clerk, Lyda Clapinska, funzionario all' Office of the Parliamentary Counsel a Londra, John Zerilli, Professore alla Edinburgh Law School, Alasdair Mackenzie, Manager of Outreach nell'Education and Engagement Team, Alex Parsons, ricercatore di mySociety, Sven Siefken, Professore alla German Federal University, Kevin Settles, research assistant presso IParl, Florian Glatz, esperto di Legal Tech, Thomas Zittel, professore alla Goethe-Universität Frankfurt, Virpi Koykka, Parlamentare europea, Andreas Wachtel del CGI Deutschland B.V. & Co. KG, Cristina Leston Bandeira, Professoressa all'Università di Leeds, Claus Koggel, direttore della Divisione parlamentare del Bundesrat (Parlamentsabteilung). Inoltre, altri dati sono emersi dalle risposte inviate per mail dai componenti della Divisione generale sulla digitalizzazione del Bundestag tedesco, raggiunti grazie a Berit Narayan, rappresentante del Bundestag presso il Parlamento europeo nonché dallo scambio email con Lena Heldt, della divisione organizzazione del Bundesrat.

¹¹ R. Hirshl, *The question of case selection in comparative constitutional law*, in *The American Journal of Comparative Law*, 1, 2005, p. 125 ss.

¹² EPRS, *Parliamentary oversight of governments' response to the COVID-19 pandemic: Literature review*, 2023.

In bilico tra continuità e innovazione. Osservazioni comparate sullo sviluppo delle tecniche di informazione e comunicazione applicate all'attività parlamentare in Regno Unito e Germania

organo *sui generis*¹³. Simili dubbi investono, peraltro, con diverse sfumature e ragioni, pure la House of Lords¹⁴. Tuttavia, la domanda di ricerca e l'impostazione di questo studio inducono a ridimensionare la questione circa la natura mono o bicamerale dei parlamenti selezionati, per concentrarsi piuttosto sulla funzione – da osservarsi nel contesto dei procedimenti adottati e degli obiettivi perseguiti – dei singoli organi che qui vengono in considerazione.

Al tempo stesso, le due democrazie parlamentari qui analizzate, si caratterizzano, tra le altre, per una profonda differenza che pertiene alla sfera del modello organizzativo adottato, nonché, più in generale, della tradizione giuridica e della cultura politica. È nota, infatti, la distinzione tra il Parlamento britannico, come esempio paradigmatico del «parlamento che dibatte», e il Parlamento tedesco, quale modello per eccellenza del «parlamento che lavora»¹⁵. Questa distinzione, elaborata da Weber e poi (liberamente) ripresa da numerosa dottrina, affonda le sue radici nelle origini, nonché nella rappresentazione e nella retorica, che ha accompagnato l'attività e la storia di queste assemblee. Invero, non è possibile pensare a dei modelli puri, rigidamente contrapposti (anzi, lo stesso Weber menziona i comitati britannici quale fulgido esempio al confronto di quelli del Reichstag¹⁶, e, altrove, il Parlamento tedesco è stato anche presentato come «*working debating parliament*»)¹⁷.

Tuttavia, la differenza con cui i due parlamenti pensano e agiscono è evidente e significativa. Così, il Parlamento britannico è un parlamento che – fin dalla Gloriosa

¹³ Si vedano in proposito, tra gli altri, per le convincenti osservazioni: L. Violini, *Bundesrat e Camera delle Regioni. Due modelli alternativi a confronto*, Giuffrè, Milano, 1989, p. 17ss.; B. Pezzini, *Il Bundesrat della Germania federale. Il modello del bicameralismo nello Stato a base regionale*, Giuffrè, Milano, 1990, p. 3 ss.; G. Falcon, *Il modello Bundesrat e le riforme istituzionali italiane*, in *Le Regioni*, 1997, p. 277 ss. F. Palermo, J. Woelk, *Il "Bundesrat" tedesco tra continuità e ipotesi di riforma. Riflessioni a margine di un dibattito attuale*, in *Le Regioni*, 6, 1999; I. Ruggiu, *Contro la Camera delle Regioni. Istituzioni e prassi della rappresentanza territoriale*, Napoli, 2006, p. 205 ss.; T. Groppi, *Il federalismo*, Roma-Bari, 2004, p. 123 ss.; P. Martino, *Seconde camere e rappresentanza politica*, Giappichelli, 2009; N. Lupo, *Alla ricerca della funzione parlamentare di coordinamento*, in *Federalismi*, n. speciale, 2019, p. 117. D'obbligo, in proposito, citare l'art. 50 della legge Fondamentale, che afferma «i Lander partecipano all'attività legislativa e amministrativa del Bund e a questioni riguardanti l'Unione europea attraverso il Bundesrat», nonché la sentenza del Tribunale costituzionale tedesco del 25 giugno 1974 (BverfGE, 37, 363) in cui si statuisce che il Bundesrat, pur partecipando in modo essenziale al procedimento legislativo, non è una seconda camera.

¹⁴ N. Lupo, *Alla ricerca della funzione parlamentare di coordinamento*, in *Federalismi*, n. speciale, 2019, p. 121.

¹⁵ K. Palonen, *A comparison between three ideal types of parliamentary politics: representation, legislation and deliberation*, in *Parliaments, Estates and Representation*, 38:1, 6-20, 2018, richiamando M. Weber, *Parlament und Regierungsmineugeordneten Deutschland*, in *Max-Weber-Studienausgabe*. I/15, W.J. Mommsen(ed.) (Tübingen, 1988 [1918]), 202–302.

¹⁶Ibidem.

¹⁷Steffani, W. (1979). *Parlamentarische und präsidentielle Demokratie: Strukturelle Aspekte westlicher Demokratien*, Opladen: Westdeutscher Verlag, richiamato da F. Grotz and W. Schroeder, *The Political System of Germany*, in *New Perspectives in German Political Studies*, 2023, p. 312.

In bilico tra continuità e innovazione. Osservazioni comparate sullo sviluppo delle tecniche di informazione e comunicazione applicate all'attività parlamentare in Regno Unito e Germania

Rivoluzione – si è eminentemente concentrato sull'attività di scrutinio del governo. A Westminster, dibattere rappresenta il principale metodo di lavoro, l'unico che consenta, attraverso una ponderata dialettica e un confronto di diversi punti di vista, di acquisire conoscenza su una data questione¹⁸. Esemplicativi di questo approccio, sono ad esempio, i regolamenti parlamentari. Quando questi sono stati trasposti in forma scritta ad opera – da ultimo – di Erskine May, non hanno perso il loro carattere stratificato ed esperienziale, ma anzi sono stati sistematizzati partendo proprio dai conflitti sull'interpretazione e sull'applicazione di consuetudini e prassi¹⁹. Dibattere, d'altra parte - e l'assetto architettonico del parlamento britannico lo esprime chiaramente - è il modo con cui i membri del parlamento esercitano il loro ruolo di rappresentanti e comunicano con le rispettive constituencies, in un sistema politico fortemente polarizzato²⁰. Il parlamento tedesco, invece, è un parlamento i cui membri vantano un alto livello di specializzazione, espresso soprattutto all'interno delle commissioni; un parlamento che si caratterizza per un elevato grado di condivisione e collaborazione sia interna, tra i vari gruppi parlamentari, che esterna, con il governo, anche alla luce della storica centralità dei partiti e delle coalizioni dagli stessi creati nonché dei principi di continuità e stabilità che da sempre caratterizzano la cultura giuridica tedesca²¹.

Effettuate queste necessarie precisazioni metodologiche, la sezione successiva all'introduzione si dedica ad analizzare le principali innovazioni tecnologiche

¹⁸ Ibidem, p. 11.

¹⁹ Ibidem, p. 10; l'Erskine May's treatise on the law, privileges, proceedings and usage of Parliament, pubblicato nella prima volta nel 1884 e successivamente costantemente aggiornato, è richiamato spesso durante i dibattiti nella Camera dei Comuni nonché dallo Speaker nelle sue decisioni. L'ultima versione, del 2019, è disponibile qui <https://erskinemay.parliament.uk/>. Si veda pure R. Ibrido, *L'interpretazione del diritto parlamentare. Politica e diritto nel "processo" di risoluzione dei casi regolamentari*, Franco Angeli, 2015. In particolare si veda p. 97.

²⁰ Invero, negli ultimi decenni, questo solido sistema bipartitico ha cominciato a scricchiolare. Sotto il peso di eventi quali il progressivo rafforzamento dei partiti regionali (quali i partiti nazionalisti di Scozia, Galles e Irlanda del Nord) e la maggiore importanza acquisita da un terzo partito, i Liberal Democrats, fenomeni prima pressoché sconosciuti, come la formazione di coalizioni e i c.d. governi di minoranza, sono diventati più frequenti. A. Torre, *La forma di governo britannica*, in S. Gambino (a cura di), *Forme di governo. Esperienze europee e nord-americana*, Milano, Giuffrè, 2007, pp. 147 ss., si veda in particolare p. 153; G. Gerbasì, D. Loprieno, *Gran Bretagna, Spagna, Francia e Stati Uniti a confronto*, in S. Gambino (a cura di), *Forme di governo: esperienze europee e nord-americana*, p. 319, si veda in particolare p. 331 s.

²¹ P. Mai, *Division of labour and dissenting voting behaviour of MPs in a 'working parliament'*, in *European Political Science Review*, 2023, p. 1 ss.; si veda pure C. Lord, *The European Parliament: a working parliament without a public?*, in *The Journal of Legislative Studies*, 24(1), 2018, p. 34 ss., che, a pagina 39, richiama le parole di M. Weber, *Parliament and government in Germany under a new political order*, in P. Lasman, R. Speirs (eds.), *Weber. Political writings*, Cambridge: Cambridge University Press, 1994, p. 130 ss. «*Speeches are not attempts to persuade an opponent to change his mind. Rather they are official declarations by the party which are being addressed to the country at large*», p. 70.

conosciute dal Parlamento britannico e da quello tedesco, seguendo un criterio per lo più cronologico, con un focus particolare sulle misure approvate in tempo di pandemia, in virtù della straordinaria urgenza di gestire il nuovo che la diffusione imprevista del virus ha generato, anche a livello parlamentare²². Al termine di questa disamina, il lavoro si concentra sulla comparazione delle due esperienze. L'analisi in questa parte risulta scandita dalle funzioni ideal-tipiche svolte dai parlamenti: il ruolo legislativo, quello dibattimentale e quello rappresentativo. Ovviamente, si è ben consapevoli del carattere artificioso di una simile classificazione: nella realtà delle cose, infatti, queste funzioni si intrecciano e si confondono²³. Inoltre, una singola attività ben può rispondere a più obiettivi²⁴. Tuttavia, al tempo stesso, distinguere le attività parlamentari in ragione della principale funzione espletata può rappresentare un utile strumento per indagare le dinamiche sottostanti all'ideazione e all'uso (o meno) di un certo dispositivo tecnologico, che viene così estratto dall'insieme-non-insieme degli «strumenti tecnologici» e osservato per le sue peculiarità e per gli obiettivi ad esso sottesi.

L'ipotesi che qui si avanza e che sarà di seguito testata, è che, lungi dal sovvertire *ex abrupto* le dinamiche di potere che caratterizzano un determinato contesto politico-giuridico, l'innesto della tecnologia nell'attività legislativa e parlamentare ha una forma, uno sviluppo, e un impatto, che molto dipendono dagli equilibri istituzionali e dalle tendenze in punto di cultura politica e tradizione giuridica già in atto, all'interno di un determinato paese. In assenza di una reingegnerizzazione completa dell'attività parlamentare – ancora da venire sia nel contesto britannico che in quello tedesco – sono proprio le «strutture della tradizione» a plasmare e modulare, in massima parte, l'elaborazione, l'introduzione, lo sviluppo e la «fortuna» di un particolare strumento tecnologico all'interno di una specifica esperienza.

²² Per una ricognizione in chiave comparata delle reazioni dei Parlamenti di fronte alla pandemia si veda F. Rosa, *Parlamenti e pandemia: una prima ricostruzione*, in *DPCEonline* 2, 2020; e L.G. Sciannella, *La crisi pandemica da Covid-19 e la "trasformazione digitale" dei Parlamenti. Un'analisi comparata*, in *DPCE Online*, 2, 2020.

²³ Non è un caso, infatti, che questa tripartizione sia messa in discussione da autorevole dottrina. Si veda in proposito, ad esempio, L. Gianniti, N. Lupo, *Corso di diritto parlamentare*, Bologna, 2023, secondo cui la funzione rappresentativa, lungi dal costituire una funzione a sé stante, vada vista piuttosto come un elemento comune e trasversale ad ogni attività posta in essere dal Parlamento (p. 191 ss.).

²⁴ Così, ad esempio, la redazione di una legge e i dispositivi digitali usati a questo scopo afferiscono contestualmente alla funzione legislativa e a quella rappresentativa. Lo stesso può dirsi per il dibattito in Parlamento, che intercetta anche la funzione di controllo del governo.

In bilico tra continuità e innovazione. Osservazioni comparate sullo sviluppo delle tecniche di informazione e comunicazione applicate all'attività parlamentare in Regno Unito e Germania

2. Innovazione tecnologica e Parlamento britannico: tra lo storicismo tradizionale e una crescente attenzione alla società digitale

2.1. Come la tecnologia entra nel parlamento britannico: una prima ricognizione storica

Come noto, insieme alla rule of law, la sovranità del Parlamento rappresenta uno dei principi su cui si fonda l'intero edificio costituzionale britannico. Una delle immediate conseguenze di questo principio è il potere del Parlamento di regolare autonomamente il proprio funzionamento interno, protetto da qualsiasi tipo di interferenza esterna, anche giudiziale. «*Parliament, especially the Commons, operates its own legal system*»²⁵. Questa riserva, strettamente collegata al concetto multisfaccettato di privilegio parlamentare²⁶ promana direttamente dal diritto consuetudinario inglese e dalla prassi²⁷. Customs and practice, d'altra parte, costituiscono i principali formanti da cui si sviluppa la regolamentazione dell'attività del parlamento britannico, insieme ai c.d. Standing Orders²⁸, agli Acts of Parliament e alle risoluzioni dello Speaker nella Camera dei Comuni (e alle raccomandazioni del Procedure and Privileges Committee nella Camera dei Lords)²⁹.

²⁵ P. Norton, *Governing Britain. Parliament, ministers and our ambiguous constitution*, Manchester University Press, 2020, p. 100.

²⁶ Una delle più eminenti espressioni del privilegio parlamentare è sicuramente offerta dall'art. 9 del Bill of Rights a mente del quale «That the Freedom of Speech and Debates or Proceedings in Parliament ought not to be impeached or questioned in any Court or Place out of Parliament».

²⁷ Alcune procedure, ad esempio, si sono sviluppate sulla base dei precedenti, come le decisioni dello Speaker o le risoluzioni della Camera, ovvero delle dichiarazioni di opinioni o obiettivi che intervengono in risposta alle mozioni dei parlamentari. Si veda per una ricostruzione storica dell'istituzione parlamentare, A. Torre, *La forma di governo britannica*, cit., p. 160.

²⁸ Vi sono al momento 163 Standing Orders della Camera dei Comuni collegate ai c.d. public business, ovvero questioni che riguardano entrambe le camere e che non sono collegate ai c.d. private bills (ovvero quei disegni di legge che avranno un effetto a livello locale e personale e non generale) e circa 250 relative ai c.d. private business. Per ulteriori approfondimenti si veda R. Ibrido, *L'interpretazione del diritto parlamentare. Politica e diritto nel processo di risoluzione dei casi regolamentari*, Franco Angeli, 2015. In particolare, si veda p. 97 dove gli Standing Orders vengono descritti come un «insieme di regole introdotte secondo una logica di tipo incrementale ed empirica». Sui regolamenti parlamentari, si veda G. Stegher, *Regolamenti parlamentari: natura e funzioni*, Torino, Giappichelli, 2022.

²⁹ Come anticipato, la fonte più completa e autorevole, definita dalle stesse fonti ufficiali «la Bibbia» delle procedure parlamentari, è rappresentata dall'*Erskine May's treatise on the law, privileges, proceedings and usage of Parliament*. Ulteriori fonti di soft law utili a guidare i parlamentari inglesi all'interno delle varie procedure parlamentari in cui i membri della Camera dei Comuni e della Camera dei Lords possono essere coinvolti sono, rispettivamente, la *MPs' Guide to Procedure* e il *Companion to the Standing Orders and Guide to the Proceedings of the House of Lords*.

In bilico tra continuità e innovazione. Osservazioni comparate sullo sviluppo delle tecniche di informazione e comunicazione applicate all'attività parlamentare in Regno Unito e Germania

Le procedure parlamentari, dunque, rappresentano senza dubbio «uno degli elementi più arcaici della costituzione britannica»³⁰, ma anche esse hanno conosciuto, nel tempo, decisive innovazioni tecnologiche, a cominciare dai cambiamenti importanti introdotti con l'avvento della stampa (con conseguente pubblicazione dei verbali dei dibattiti parlamentari, il c.d. Hansard)³¹, della radio e della televisione (entrate nelle aule parlamentari)³², e, da ultimo, delle tecnologie ICT (l'uso delle e-mail, di internet e delle discussioni sul web, tramite i social media). Concentrandosi su queste ultime, sono numerose le riforme cui fare riferimento³³. Innanzitutto, dall'autunno del 1996, l'Hansard è stato pubblicato anche in formato elettronico, al fine di rendere più immediato e più agile l'accesso sia alla normativa che al procedimento legislativo. Nello stesso periodo è stato lanciato il sito web del parlamento (www.parliament.uk), affiancato nel 1999 da un ulteriore sito web rivolto principalmente ai giovani, con spiccate finalità educative (www.explore.parliament.uk). Infine, un sondaggio condotto nel 1998 già mostrava come la quasi totalità dei parlamentari intervistati avesse un pc sia a Westminster che negli uffici della propria circoscrizione. L'uso delle tecnologie ICT ha ricevuto, poi, un ulteriore e intenso sviluppo nel corso del 2000, soprattutto con riferimento al *public engagement*, che ha molto beneficiato dell'attività del *Modernisation Committee*³⁴. Nel 2015, si è assistito all'apertura dell'*Education Centre* (<https://learning.parliament.uk/en/>) che offre numerose risorse online e giochi a premi (come «MP for a week»)³⁵. Ancora nel 2015 sono stati introdotti i «*Digital debates*» che mettono in comunicazione, su Twitter e Facebook, cittadini e membri del

³⁰Così J. Sumption, *Brexit and the British Constitution: reflections on the last three years and the next fifty*, in *The political quarterly*, 90, 2020, p. 107 ss. richiamato da C. R. G. Murray e M. A. Armstrong, *A mobile phone in one hand and Erskine May in the other: the European research group's Parliamentary revolution*, in *Parliamentary Affairs*, 2022, 75, p. 536 ss.

³¹I dibattiti parlamentari sono stati stampati dapprima in modo non ufficiale da Thomas Hansard, e successivamente, nel 1909, sono stati prodotti da un ufficio parlamentare sotto il nome di Official report (ma sono ancora noti sotto il nome di «Hansard»). Sul punto si veda <https://www.parliament.uk/site-information/glossary/hansard-official-report/>

³²Nel 1985 le telecamere fecero ingresso nella Camera dei Lords e nel 1989 fu il turno anche della Camera dei comuni. Per ulteriori dettagli si veda S. Coleman, *Westminster in the information age*, in *Parliamentary Affairs*, Volume 52, Issue 3, 1 July 1999, p. 372.

³³Molte di queste riforme si devono al lavoro e alle raccomandazioni dell'Information Committee, istituito nel 1991.

³⁴Si veda in particolare il report del 2004 *Connecting Parliament with the Public* consultabile qui <https://publications.parliament.uk/pa/cm200304/cmslect/cmmodern/368/368.pdf>. Al Modernisation Committee ha fatto poi seguito il Wright Committee. Per ulteriori dettagli, C. Leston-Bandeira, A. Walker, *Parliament and public engagement*, in C. Leston-Bandeira, L. Thompson (Eds.), *Exploring the parliament*, Oxford University Press, 2018, p. 310 ss.

³⁵C. Leston-Bandeira, A. Walker, *Parliament and public engagement*, cit., fanno riferimento ad un vistoso aumento nel 2016 con riferimento al numero dei visitatori del sito web e alle views dei video culturali creati dall'Education Centre caricati su Youtube (p. 312).

parlamento su una determinata questione, qualche giorno prima che essa venga affrontata in seno al dibattito parlamentare. Questi dibattiti si differenziano dai soliti forum sul web per la sede (si svolgono sugli account Twitter e Facebook del Parlamento britannico) e per le modalità. Nel momento in cui si sceglie la questione da discutere, il *digital debate* viene pubblicizzato sul sito web e sui social media del parlamento e i partecipanti ricevono delle informazioni circa la natura e il funzionamento di questi dibattiti. Sono gli stessi membri del parlamento a moderare la discussione e a interagire dal vivo con i cittadini attraverso dei post per un paio d'ore. Talvolta, i contributi online degli utenti vengono richiamati dai parlamentari anche in occasione del dibattito in aula³⁶.

Sempre nel 2015 è stata data una maggiore struttura all'istituto della *e-petition*, che consente ai cittadini di depositare delle petizioni in formato elettronico. Sebbene un sito governativo per le petizioni elettroniche fosse attivo già da diverso tempo (nello specifico il Downing Street e-petitions system del 2006 e il Coalition Government del 2011), nel 2015 è stato dato l'avvio ad un nuovo sistema, in collaborazione con il Parlamento, con l'obiettivo di rendere le procedure più chiare, trasparenti e controllabili attraverso due principali espedienti: a) la creazione di un Petition Committee, volto a monitorare la procedura interna e a tenere i contatti con i promotori della petizione e b) un chiaro collegamento con la procedura legislativa, che permette alle petizioni con più di 100.000 firme di accedere al dibattito parlamentare³⁷. Già dal momento della sua introduzione, il nuovo sistema ha conosciuto un altissimo numero

³⁶ Ibidem, p. 313; si veda anche S. Serra-Silva, *Public engagement: a comparative analysis of Parliamentary websites*, in *The Journal of legislative studies*, 2022, 20, 4, p. 489-512 e quanto scrive T. Verge, *Evoking Equality: The Gender Sensitivity of Parliaments through their Symbolic Function*, in *Political Studies*, 2022, Vol. 70(4) 1048 ss. «the UK parliament's public engagement service invites citizens to use a Twitter hashtag to make their contributions a few days before an actual parliamentary debate, during which MPs refer to the online contributions. Examples of debates of this sort launched by the Women and Equalities Committee are diversity in STEM – #WomenInSTEM – or maternity discrimination – #MothersWork», p. 1057.

³⁷ Per ulteriori dettagli si veda M. Asher, C. Leston-Bandeira, V. Spaiser, *Do Parliamentary Debates of e-Petitions Enhance Public Engagement With Parliament? An Analysis of Twitter Conversations*, in *Policy and Internet*, 2019, p. 153. Una volta raggiunte le 10.000 firme il governo è tenuto a fornire una risposta, come chiarito dal Petitions Committee, *Your Petitions: OneYear of Action*, 2016, <http://www.parliament.uk/documents/commons-committees/petitions/Your-Petitions-A-Year-of-Action.pdf>

In bilico tra continuità e innovazione. Osservazioni comparate sullo sviluppo delle tecniche di informazione e comunicazione applicate all'attività parlamentare in Regno Unito e Germania

di petizioni e di firme³⁸, sebbene non sia agile verificare l'effettivo potenziale di engagement e partecipazione da parte della società civile³⁹.

Il secondo decennio del XXI secolo ha conosciuto importanti innovazioni tecnologiche anche rispetto alla funzione di scrutinio svolta dai *Select Committees*⁴⁰ e al processo di redazione e pubblicazione del testo legislativo. Con riferimento al primo punto, gli strumenti utilizzati annoverano tra gli altri, le interrogazioni da presentare ai ministri raccolte attraverso un approccio crowdsourcing, la sezione Q&A di Twitter, l'uso di forum sui web, l'uso di Facebook e Instagram, la pubblicazione di report integrata con sommari digitali interattivi e la promozione di raccomandazioni individuali attraverso i social media⁴¹.

Per ciò che concerne invece il *drafting* della legislazione primaria, in Gran Bretagna, responsabile è l'*Office of the Parliamentary Counsel*, incardinato ufficialmente nell'Ufficio di Gabinetto (Cabinet Office)⁴². Si tratta di un ufficio tecnico centralizzato, che gode di ampia indipendenza e di uno staff che conta circa 60 avvocati, tra barrister

³⁸ Ibidem, in particolare si afferma come «By the end of the 2015–17 parliament, 10,950 petitions had been accepted, signed by over 14 million unique email users», citando sul punto T. Caygill, A. M. Griffiths, *Parliament and Petitions*, in C. LestonBandeira, L. Thompson (eds), *Exploring Parliament*, cit., p.322 ss. E in particolare p. 325 e la pubblicazione di Hansard Society, *Audit of Political Engagement*, 2016, <https://www.hansardsociety.org.uk/projects/research/audit-of-political-engagement>, in particolare p. 28.

³⁹ Ibidem.

⁴⁰ Si veda sul punto la monografia di C. Fasone, *Sistemi di commissioni parlamentari e forme di governo*, Padova, 2012, in cui si chiarisce come, nel Regno Unito, i Select Committee siano pressoché esclusi dal procedimento legislativo e si preoccupano piuttosto di controllare le spese, la gestione e le politiche dei diversi Ministeri e degli organismi pubblici ad essi associati (p. 151). Si tratta di collegi ristretti (tra 11 e 14 componenti, il range è fissato dagli Standing Orders). Data la loro funzione di controllo, sono composti da backbenchers (p. 205). La designazione dei componenti è formalizzata dal Committee of selection e poi dall'Assemblea (a riaffermare lo «spirito di corpo» di questi organi) (p. 223). Questi organi si caratterizzano inoltre per un'ampia autonomia («possono autoconvocarsi quando ritengono più opportuno, decidono loro stesse gli affari di cui occuparsi e possono esercitare i loro poteri senza il condizionamento di altri organi parlamentari») tuttavia se ne sottolinea la debolezza, dovuta al carattere limitato delle loro funzioni e alla mancanza di coordinamento con le altre commissioni parlamentari. (p. 313).

⁴¹ A. Walker, N. Jurczak, C. Bochel, C. Leston-Bandeira, *How Public Engagement Became a Core Part of the House of Commons Select Committees*, in *Parliamentary Affairs*, 72, 2019, p. 965 ss, p. 971.

⁴² Le sue funzioni si limitano principalmente alla legislazione primaria, che non sia promossa da singoli parlamentari e che rientri tra i c.d. *general bills*, ovvero disegni di legge che hanno un'applicazione generale. Rientra nell'alveo di competenza dell'Office for Parliamentary Council anche la redazione degli emendamenti governativi presentati durante l'iter legislativo. Gli emendamenti presentati dall'opposizione, invece, possono usufruire del supporto del Public Bill Office, che si trova sia alla camera dei comuni che alla camera dei Lords, come evidenzia Ed Beale nell'intervista del 20 dicembre 2022.

e solicitor, estremamente specializzati⁴³. Le dimensioni dell'ufficio e il metodo di lavoro collegiale favoriscono la coerenza e l'omogeneità del *drafting* legislativo nel Regno Unito, ulteriormente promosse dalla presenza, al suo interno, di un Drafting Techniques Group, cui si deve la redazione di raccomandazioni e linee guida⁴⁴.

Al fine di rafforzare ulteriormente l'uniformità e l'efficienza nella redazione dei testi legislativi, rendendone più semplice ed efficace l'analisi e la revisione, è stato di recente introdotto un particolare strumento, *Lawmaker*, frutto di una partnership tra il Parlamento britannico e scozzese, l'Office of the Parliamentary Counsel e i National Archives⁴⁵. *Lawmaker* è in uso ufficialmente da gennaio 2022, anche se è ancora in fase di messa in opera. Questo strumento è stato creato col fine di offrire una piattaforma unica per la redazione dei testi normativi che sostituisse la frammentazione conosciuta in precedenza (con vari sistemi presenti presso il Parlamento scozzese, quello inglese e presso il National Archives)⁴⁶. *Lawmaker*, infatti, consente di scrivere testi legislativi secondo una struttura, uno stile, una formattazione unica. Proprio alla luce di questo obiettivo, si spiega il carattere di questo strumento che è *cloud-based* e *browser-based*⁴⁷ così da consentire un più ampio e agile accesso a tutti. Peraltro, esso può essere utilizzato contemporaneamente da più persone, così da facilitare le collaborazioni⁴⁸.

Accanto a questo obiettivo, ve n'è un altro che ha guidato la creazione di *Lawmaker*: «*treat legislation as data*» così da fare in modo che il risultato finale sia costituito dai dati e non dalla pagina stampata, anche perché ormai «quest'ultima non è più la modalità con cui i cittadini accedono al testo normativo»⁴⁹. Ovviamente sono molte le funzioni che si potrebbero aggiungere a questo strumento, presentato con orgoglio dai *National Archives*⁵⁰, ma le risorse economiche e umane al momento disponibili sono già totalmente votate ad assicurarne la manutenzione e a migliorarne velocità ed efficienza⁵¹. Inoltre, occorre evidenziare come *Lawmaker* non sia al

⁴³ A differenza che in altri stati, il drafting legislativo è rimesso nelle mani di avvocati, che tendenzialmente lavorano in team, composti da due avvocati, così in C. Williams, *Legal drafting*, in J. Visconti (a cura di), *Handbook of communication in the legal sphere*, De Gruyter, 2018, p. 17.

⁴⁴ Per ulteriori dettagli si veda: <https://www.gov.uk/government/publications/drafting-bills-for-parliament>

⁴⁵ Esiste un demo disponibile qui <https://www.youtube.com/watch?v=WBmwiHY4Q-Q>

⁴⁶ Intervista del 15 dicembre 2022 a Matt Lynch. In sostanza *Lawmaker* realizza in punto di redazione dei testi legislativi quanto già era accaduto con *legislation.gov.uk*, intervenendo ad unificare su un unico sito la pubblicazione dei testi normativi.

⁴⁷ Con questi termini si intende che i dati rilevanti sono conservati, gestiti e processati su internet anziché su server locali o su personal computer (*cloud-based*) e che si può usare su browser, quindi basta semplicemente la connessione ad internet.

⁴⁸ Intervista del 15 dicembre 2022 a Matt Lynch.

⁴⁹ *Ibidem*. Di fatto, gli utilizzatori di questo strumento sono in grado di realizzare la funzione di legislative drafting, di redigere e produrre modifiche e revisioni direttamente nel format XML.

⁵⁰ *Ibidem*.

⁵¹ *Ibidem*.

momento a disposizione dei parlamentari. Questi, tradizionalmente, redigono i disegni di legge da sé o attraverso i *clerks* o altri membri dello staff, spesso intervenendo direttamente su documenti cartacei (con i riferimenti precisi alla/e pagina/e e alla/e parola/e da modificare). A questo proposito, uno dei progetti futuri contempla la possibilità di permettere l'accesso diretto a *Lawmaker* anche ai singoli MPs⁵².

Con riferimento, invece, alla fase della pubblicazione del testo legislativo, sono numerose le iniziative via via promosse nel Regno Unito al fine di migliorare l'esperienza dei cittadini che vogliono avere un accesso più agile, semplice e immediato alla legislazione. Il tradizionale storicismo inglese, infatti, così come la sua aderenza al precedente, si è espresso da sempre anche nella redazione dei testi legislativi, dove ha contribuito all'affermarsi di uno stile legislativo arcaico, estremamente complesso e dettagliato, in cui compaiono di frequente liste e cataloghi, al fine di regolare in anticipo tutte le possibili ipotesi che possono verificarsi (di contro ai caratteri di genericità e sinteticità propri del legislative drafting nei sistemi di civil law)⁵³. A questa tendenza si è opposto, a partire dall'ultimo quarto del secolo scorso, il c.d. *Plain language movement*, teso a promuovere una maggiore chiarezza e semplicità delle disposizioni normative⁵⁴. Tra i progetti portati avanti dal *Plain language movement* vi è il *Good Law project*: a seguito dell'avvento della legislazione sul web, che ha esponenzialmente aumentato la potenziale platea dei lettori, esso persegue l'esplicito obiettivo di «re-thinking how legislation can be made easier for users», migliorandone l'accessibilità e l'effettività⁵⁵. Uno degli studi condotti all'interno di questo progetto evidenzia come, al fine di ridurre

⁵² Ibidem. L'esperto, tuttavia, mette in guardia rispetto alla complessità dello strumento e alla difficoltà che i parlamentari potrebbero incontrare ad utilizzarlo (per mancanza di tempo o di volontà/inclinazione personale). Inoltre, altri esperti (Ed Beale e a Lydia Clapinska) hanno smussato la significatività di questa asimmetria evidenziando come la presentazione di un emendamento governativo da parte dell'Office of the Parliamentary Council segua la stessa procedura sia che venga presentato in via elettronica o cartacea, con la presentazione di un documento/file separato.

⁵³ C. Williams, *Legal drafting*, in J. Visconti (a cura di), *Handbook of communication in the legal sphere*, cit., p. 20.

⁵⁴ Ivi, p. 21. La locuzione «Plain Language Movement» designa innanzitutto un filone di pensiero e di studi, che solo nel 1996 si è tradotto in un progetto concreto, con il «Tax Law Rewrite Project», volto a semplificare l'intera legislazione fiscale del Regno Unito. Questo progetto è stato successivamente esteso fino a coinvolgere tutti i testi legislativi.

⁵⁵ Per ulteriori dettagli si veda: <https://www.gov.uk/guidance/good-law>. In questo perimetro si è inserita anche l'iniziativa della *Good Law Guidance*, conclusasi nel 2020. Nella spiegazione offerta da uno degli specialisti consultati, la ragione per cui è stato messo fine a questa esperienza estremamente positiva andrebbe ricondotta ad un cambio di marcia nell'ambito degli obiettivi dell'OPC: l'innovazione nel *legislative drafting* sarebbe stata scalzata dalla necessità di usare e concentrare le risorse economiche e umane disponibili per far fronte alle nuove sfide sollevate dalla Brexit prima e dalla pandemia poi. La fine ufficiale del progetto, tuttavia, rischia di far venir meno alcuni dei principali risultati raggiunti con il *Good Law project*, soprattutto per ciò che concerne lo stile del *legislative drafting* come ha evidenziato Helen Xanthaki nell'intervista del 7.12.2022.

la complessità dei testi legislativi, non sia sufficiente solo lavorare sul linguaggio e sulla struttura del testo legislativo, ma occorra anche apportare innovazioni al momento della pubblicazione⁵⁶. In questo senso, i National Archives non solo hanno reso disponibile, sul sito Legislation.gov.uk, buona parte dei testi normativi del Regno Unito, assieme alle relative relazioni di accompagnamento (*accompanying explanatory documents*) e alla legislazione europea, ma hanno anche arricchito queste pubblicazioni con importanti accorgimenti utili a migliorare la navigazione, come i numerosi link ipertestuali che consentono al lettore di ottenere rapidamente informazioni sull'entrata in vigore dell'atto normativo, sul suo ambito di applicazione geografico, sui regolamenti correlati, e così via.

Inoltre, già dal 2012, i *National Archives* hanno reso disponibile l'intera legislazione inglese anche in un linguaggio di formattazione (*marked up version*) che consente di essere letto, e utilizzato, anche da utenti della società civile (in versione XML)⁵⁷. Si tratta di un sistema che rende semplice e agevole l'accesso all'intera banca dati normativa nazionale e che ha rappresentato la base per sviluppare numerose applicazioni, come due app per iPhone e iPad, nonché per migliorare la formazione giuridica⁵⁸. Infine, merita menzionare il progetto *Big Data for Law*, implementato dai National Archives con il finanziamento dell'Arts and Humanities Research Council (AHRC). Questo progetto, a cui lavorano membri del National Archives e del OPC insieme a società private come LexisNexis e organizzazioni del terzo settore come Council of Law Reporting, mira a creare una nuova infrastruttura utile alla ricerca sui dati normativi⁵⁹.

Tutte queste misure hanno sicuramente contribuito a rendere la legislazione del Regno Unito più accessibile ai cittadini così come a coloro che per professione sono chiamati ad occuparsi di leggi (avvocati, ma anche poliziotti e ricercatori). Già nel 2012, il sito Legislation.gov.uk contava più di due milioni di visitatori al mese⁶⁰, mentre il

⁵⁶ Cabinet Office, Office of the Parliamentary Counsel, *When laws become too complex*, 16 April 2013, disponibile qui: <https://www.gov.uk/government/publications/when-laws-become-too-complex/when-laws-become-too-complex>

⁵⁷ La versione XML è disponibile qui <https://data.gov.uk/dataset/a2416481-271a-42b2-ace8-fc247dd251be/legislation-api>. Per un approfondimento M. Waddington, *Machine-consumable legislation: A legislative drafter's perspective – human v artificial intelligence*, Loophole, 2020. Matt Lynch nell'intervista del 15 dicembre 2022 ha affermato che arriverà il momento in cui il testo sarà anche editabile.

⁵⁸ Per ulteriori dettagli si veda <https://gds.blog.gov.uk/2012/03/30/putting-apis-first-legislation-gov-uk/>

⁵⁹ Per ulteriori dettagli si veda <https://www.legislation.gov.uk/projects/big-data-for-law> in cui gli obiettivi sono così specificati: «Understanding researchers' needs [...], deriving new open data from closed data [...], [creating] new ways of codifying and modelling the architecture of the statute book to make it easier to research its entirety using big data technologies [...]».

⁶⁰ Office of the Parliamentary Counsel, *When Laws Become Too Complex: A Review into the Causes of Complex Legislation* (the 'Good Law report'), 2013, p. 19,

In bilico tra continuità e innovazione. Osservazioni comparate sullo sviluppo delle tecniche di informazione e comunicazione applicate all'attività parlamentare in Regno Unito e Germania

2020 ha visto superare la quota mensile di sei milioni⁶¹. Non si può ignorare, tuttavia, che il 2020 è stato anche l'anno della pandemia, testimone di un trend globale di massiccio ricorso alla tecnologia, quale meccanismo idoneo a consentire (ai parlamentari, tanto quanto ai cittadini) di conservare quantomeno una parvenza della propria quotidianità ante-covid. Ci si appresta adesso ad analizzare proprio le misure messe in atto durante l'arco temporale che va dal gennaio 2020 al 2022, con particolare attenzione all'innovazione tecnologica.

2.2. L'avvento della pandemia e la permeabilità del Parlamento britannico alla tecnologia

Le prime misure volte a garantire la continuità dei lavori parlamentari vengono annunciate da Boris Johnson il 23 marzo del 2020 e trasfuse in una poderosa legge di 359 pagine, il Coronavirus Act 2020, approvata da Westminster in pochi giorni. Contestualmente, le camere decidono di anticipare la sospensione dei lavori parlamentari prevista per le vacanze pasquali, che avrebbero dovuto avere inizio il 31 marzo. Il 27 marzo, Sir Lindsay Hoyle, lo Speaker della Camera dei Comuni, trasmette a tutti i membri del parlamento una lettera in cui, ben consapevole dei limiti delle sue prerogative, affronta la questione di come assicurare la continuità dei lavori parlamentari in tempo di covid⁶². Sono tre i profili affrontati. Lo Speaker, in attesa del ritorno in aula, si fa carico di individuare misure adeguate che possano promuovere il distanziamento sociale⁶³. Nel frattempo, le commissioni vengono autorizzate temporaneamente (fino al 30 giugno, con successiva proroga fino al 17 settembre⁶⁴) a lavorare da remoto, con l'imposizione di alcuni accorgimenti⁶⁵, affinché possa darsi

su https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/187015/GoodLaw_report_8April_AP.pdf

⁶¹ Qui di seguito il link ad un documento Excel che contiene statistiche sul traffico internet sul sito web Legislation.gov.uk. <https://www.nationalarchives.gov.uk/documents/website-traffic-statistics.xls>

⁶² Per ulteriori dettagli si veda la seguente pagina web: <https://www.parliament.uk/business/news/2020/march/letter-from-the-speaker-of-the-house-of-commons-sir-lindsay-hoyle-to-mps-on-coronavirus/>

⁶³ Nello specifico si fa riferimento alle seguenti misure: «*removing the convention that only MPs present during a statement can ask questions on it; publishing speaking lists so people know where they are in the running order and can attend the Chamber at the relevant time; and allowing MPs to submit to ask a question on a statement in advance, so a rota can be set up that enables MPs to only come in for their questions*».

⁶⁴ Select Committees to continue virtually until 17 September, 8 June 2020, <https://www.parliament.uk/business/news/2020/june/select-committees-to-continue-remote-working-beyond-the-summer-/>

⁶⁵ Nello specifico: «*the means of electronic communication has been confirmed as belonging to the Member concerned; any written communication is to be made to or copied to the Committee clerk; the system used for such communication is approved by the Parliamentary Digital Service/ Broadcasting Unit; in oral evidence sessions Members*

In bilico tra continuità e innovazione. Osservazioni comparate sullo sviluppo delle tecniche di informazione e comunicazione applicate all'attività parlamentare in Regno Unito e Germania

continuità alla funzione di controllo dell'operato del governo. Sir Lindsay Hoyle non manca di far riferimento anche ad importanti strumenti digitali che saranno messi a disposizione dei parlamentari⁶⁶. Infine, caldeggia la futura istituzione di uno Speaker's Working Group che si preoccupi di individuare delle soluzioni, a livello tecnologico, logistico e procedurale, al fine di «*facilitate agile working while enabling legislation, democratic scrutiny and representations*»⁶⁷.

Il 22 aprile 2020, alla Camera dei Comuni vengono approvate due importanti mozioni che introducono: a) una nuova modalità blended per le procedure parlamentari, in cui si prevede la presenza in aula di un massimo di 50 parlamentari mentre un massimo di 120 parlamentari potrà assistere al dibattito e intervenire via Zoom; b) la possibilità di votare da remoto⁶⁸ (il 12 maggio si tiene il primo voto a distanza della storia britannica)⁶⁹. Inoltre, al fine di semplificare le procedure parlamentari, viene votata una mozione che attribuisce allo Speaker poteri eccezionali (c.d. Henry VIII powers), che gli consentono di derogare al regolamento parlamentare⁷⁰. Inoltre, l'agenda dei lavori parlamentari, da sempre sottoposta ad un

are able to hear witnesses clearly and to pose questions directly or communicate with the Chair to ask that questions be posed on their behalf in deliberation, Members must be able to both hear and contribute to discussions directly».

⁶⁶ In particolare, si fa riferimento al programma MS Teams (mentre l'uso di Zoom viene scoraggiato perché considerato non sicuro) e di Skype for Business from Parliament's Office 365. Inoltre l'House Papers app consente di visionare tutti i documenti rilevanti (inclusi i report del Select Committee), mentre il Vote Office offre un servizio di email alert con i link alle pubblicazioni ricevute quotidianamente.

⁶⁷ Letter from the Speaker of the House of Commons, Sir Lindsay Hoyle, to MPs on coronavirus, 27 March 2020, <https://www.parliament.uk/business/news/2020/march/letter-from-the-speaker-of-the-house-of-commons-sir-lindsay-hoyle-to-mps-on-coronavirus/>

⁶⁸ Hansard HC Deb. vol. 675, cols. 80 et 88. Sulle difficoltà della House of Commons ad adeguarsi alle sfide poste dalla pandemia si veda G. Caravale, *Dalla Brexit all'emergenza sanitaria. Il Regno Unito sperimenta la forma di governo parla-virtuale*, in *Nomos-Le attualità nel diritto*, n. 1, 2020, in cui l'autrice fa riferimento all'arretratezza tecnologica della House of Commons, che si comprende anche alla luce delle «peculiarità della struttura dell'Assemblea, dove i deputati non hanno a disposizione un banco, dove i seggi sono inferiori al numero di deputati presenti in aula e dove le votazioni avvengono soprattutto attraverso la tradizionale procedura delle divisions, procedura che certo non favorisce il mantenimento della distanza di sicurezza tra i deputati». Si veda della stessa autrice anche *Una tempesta perfetta? La fine del periodo di transizione, l'emergenza sanitaria e il problema del mercato interno*, in *Nomos-Le attualità nel diritto*, n. 2, 2020

⁶⁹ Queste sono le modalità del voto da remoto, illustrate nella seguente pagina web del Parliamentary Digital Service: <https://pds.blog.parliament.uk/2020/05/14/mps-make-history-with-remote-voting-the-story/>. Quando bisogna votare, i parlamentari ricevono una notifica per messaggio e email e da quel momento hanno 15 minuti per votare sull'app Member Hub remote voting. Il risultato, una volta verificato dal Public Bill Office team, viene comunicato allo Speaker che lo annuncia alla Camera dei Comuni.

⁷⁰ Si pensi in proposito, al potere di adottare temporary orders che non richiedono l'approvazione della maggioranza parlamentare (come accade nel caso di una modifica degli Standing

In bilico tra continuità e innovazione. Osservazioni comparate sullo sviluppo delle tecniche di informazione e comunicazione applicate all'attività parlamentare in Regno Unito e Germania

controllo governativo molto forte⁷¹, viene ora gestita di fatto dai leader dei tre principali partiti britannici (i conservatori, i laburisti e il partito nazionalista scozzese) senza richiedere neppure l'approvazione formale della Camera dei Comuni⁷².

Il 2 giugno, tuttavia, si chiude l'esperimento della «camera dei comuni virtuale»⁷³. Viene consentita una partecipazione virtuale, sempre limitata a casi particolari (nello specifico per ragioni di salute o di salute pubblica), solo per le procedure di controllo dell'operato del governo (come le *oral questions*, o le *urgent questions*) mentre si impone la presenza fisica in tutte le altre procedure (come i dibattiti, la procedura legislativa e il voto). Solo il 30 dicembre 2020, il governo concede ai parlamentari «clinically extremely vulnerable» la possibilità di partecipare da remoto anche ai dibattiti⁷⁴. Contestualmente, si predispongono alcuni accorgimenti necessari a rispondere alle ovvie esigenze di tutela della salute pubblica. Oltre al rispetto delle regole di distanziamento sociale, si consente ai parlamentari di delegare ad un collega l'espressione del proprio voto, attraverso l'estensione dell'ambito di applicazione di una risoluzione della Camera dei Comuni, votata nel 2019, che attribuiva questa possibilità ai parlamentari in congedo parentale (il c.d. proxy voting), poi trasfusa nello

Orders) ma il semplice consenso del ministro responsabile delle relazioni con il Parlamento (Leader of the House). Hansard HC Deb. vol. 675, col. 75.

⁷¹ Il controllo del governo sull'agenda, e più in generale, sull'organizzazione dei lavori della Camera dei Comuni è estremamente forte e trova riscontro sia a livello formale (in particolare nello Standing Order No. 14 che afferma «*Save as provided in this order, government business shall have precedence at every sitting*», menzionando poi alcune eccezioni, che tuttavia non modificano nella sostanza il dominio dell'esecutivo), che a livello informale, in quella che è la cultura dell'istituzione parlamentare britannica. Si veda in proposito M. Russell and D. Gover, *Taking back control. Why the House of Commons should govern its own time*, in *The Constitution Unit*, UCL, 2021, https://www.ucl.ac.uk/constitution-unit/sites/constitution-unit/files/190_taking_back_control_-_why_the_house_of_commons_should_govern_its_own_time_final_report_110121.pdf. Gli autori osservano come questo sistema diventa un problema soprattutto quando la posizione governativa non coincide con quella della maggioranza della camera (si pensi, ad esempio, ai *minority government* e, più in generale, a tutti i casi in cui viene meno il supporto dei *backbenchers* al governo, come accaduto sia durante il periodo post-Brexit che durante il Covid).

⁷² D. Natzler, *Coronavirus and the Commons: How the Hybrid Parliament Has Enabled MPs to Operate Remotely*, Constitution Unit blog, 13 maggio 2020: «*Perhaps more drastic is the provision that a motion tabled by the three largest parties [...] setting out how a day's substantive business is to be organised is treated as having been agreed to without needing the House's assent. This is necessary for practical purposes so that timings can be known well in advance of each day and cannot be unexpectedly disagreed to or amended. In essence the House has adopted a Bureau-like organisation of business, similar to that in the Scottish and many other parliaments, but involving only the three largest parties and no backbench voice, with the government still left to fix the agenda, without requiring even the formal assent of the House*».

⁷³ Peralto, Ed Beale nell'intervista del 20 dicembre 2022, afferma che, anche in ragione della rapidità con cui era stato sviluppato, l'esperimento della camera dei comuni virtuale aveva presentato più di un problema di funzionamento.

⁷⁴ L'esperimento della camera dei comuni virtuale termina per effetto del mancato rinnovo del *temporary order*.

In bilico tra continuità e innovazione. Osservazioni comparate sullo sviluppo delle tecniche di informazione e comunicazione applicate all'attività parlamentare in Regno Unito e Germania

Standing Order n. 39A⁷⁵. Questa misura viene introdotta solo in via temporanea, con scadenza il 3 novembre, poi prolungata fino al 31 marzo 2021. Sono, poi, adottate altre misure, quali l'uso delle c.d. *call lists*, ovvero una lista dei parlamentari chiamati ad intervenire sull'ordine del giorno⁷⁶ e l'uso di un sistema di carte elettroniche, funzionali alla registrazione del voto all'interno delle *lobby divisions* (in sostituzione del *voice vote*).

La decisione del ritorno in presenza, difesa dal Governo come necessaria perché il Parlamento potesse svolgere un'effettiva azione di controllo, e discutere i disegni di legge in modo adeguato, è stata molto criticata da numerosi parlamentari, sia di maggioranza che di opposizione, nonché dallo stesso Procedure Committee⁷⁷. Innanzitutto, se ne è contestata la natura discriminatoria rispetto ai parlamentari più vulnerabili per ragioni di età o per la fragile condizione di salute (che peraltro sono rimasti esclusi anche dal voto sulla mozione relativa al ritorno allo status quo ante pandemia). Più in generale, poi, si è sottolineato come un regime di voto in presenza (salvo poche eccezioni), in tempo di Covid, inevitabilmente complichino l'esercizio delle funzioni parlamentari, che in tal modo devono essere bilanciate con beni quali la salute propria e dei propri cari, nonché il proprio ruolo di *caregiver*, soprattutto per i parlamentari costretti a percorrere diversi chilometri per raggiungere Westminster. Si è, inoltre, evidenziato come questa misura abbia estromesso dal voto un nutrito numero di parlamentari durante la degenza da coronavirus⁷⁸. Tutto ciò ha finito con

⁷⁵Hansard HC Deb. vol. 653, col. 596. Si veda in proposito anche la guida sull'uso del proxy: Scheme on proxy voting for use under para (4) of Resolution of 28 January 2019. House of Commons Addendum to Standing Orders, October 2020: <https://publications.parliament.uk/pa/cm5801/cmstords/addenda/Addendum201002.pdf>

⁷⁶Questa misura contravviene alla prassi in uso da lungo tempo che non prevedeva che l'ordine degli speaker venisse comunicato in anticipo. Come opportunamente chiarito dal Procedure Committee «The call lists for each day are compiled into a single paper, which is published on the House's business papers website and made available in hard copy via Vote Office counters», in Procedure under coronavirus restrictions: call lists and time limits on speeches in debates, 7 dicembre 2020, <https://publications.parliament.uk/pa/cm5801/cmselect/cmproced/1031/103102.htm>

⁷⁷Sul punto S. Priddy, Measures taken by the House of Commons in Response to the Covid-19 Pandemic, in International Journal of Parliamentary Studies, 1, 2021, p. 173 ss., che richiama tra gli altri, I seguenti atti: Procedure Committee's Third Report, Procedure under coronavirus restrictions: the Government's proposal to discontinue remote participation, 2019-21 2019-21, hc 392, 30 May 2020; Procedure Committee's Sixth Report, Procedure under coronavirus restrictions: virtual participation in debate, hc 905 2019-21, 18 November 2020.

⁷⁸ Si riferisce come, ad esempio, «the list of MPs affected comprised nearly 200 names, i.e. nearly a third of those present in the House (Hansard HC Deb. vol. 678, col. 2129)» in V. Barbé, *The British Parliament and the Pandemic: between continuity and innovation, the question of the effectiveness of distance democracy*, in *L'impact de la crise sanitaire sur le fonctionnement des parlements en Europe*, Robert Schuman Foundation, 2020, p. 6.

l'esacerbare un trend di «*political distancing*» del governo britannico dal controllo parlamentare, già in atto da lungo tempo⁷⁹.

A ciò ha concorso anche un altro fattore: l'ampio ricorso al proxy-voting. Questo sistema ha reso più arduo il controllo da parte dei partiti dei propri parlamentari⁸⁰. La modalità virtuale, infatti, ha indubbiamente reso difficili i contatti informali, i compromessi e le negoziazioni tradizionalmente conclusi nei corridoi parlamentari. Tuttavia, in alcuni momenti della pandemia, un massiccio ricorso al proxy-voting⁸¹ ha finito, in realtà, per accentuare la posizione dei c.d. whips⁸², cui principalmente veniva delegato il voto (si parla del 95% dei casi)⁸³ e a cui era complicato comunicare una preferenza contraria alla linea di partito. Ciò, peraltro, ha pure ridotto fortemente la salienza della discussione, dal momento che il voto veniva delegato prima, e dunque a prescindere da essa. Per questi motivi, i parlamentari della Camera dei Comuni, insieme al Procedure Committee e al Liaison Committee hanno denunciato il rifiuto del governo di indire una votazione sulla possibile reintroduzione di un voto da remoto attraverso una app, come accaduto con successo nella Camera dei Lord⁸⁴.

Diversa, infatti, è stata la gestione delle procedure parlamentari in tempo di Covid nella House of Lords, in cui le procedure parlamentari in modalità ibrida, approvate con mozione del 4 giugno 2020⁸⁵, con coeva possibilità di voto da remoto, (il proxy voting risulta invece proibito nella Camera dei Lords, ai sensi dello Standing Order 59) si sono protratte fino a settembre 2021⁸⁶. Una guida dettagliata sulle

⁷⁹ D. Judge, *Social distancing meets political distancing: Scrutiny in a digital parliament*, in *British Politics and Policy at LSE*, 2020, April 16, <https://blogs.lse.ac.uk/politicsandpolicy/political-distancing-westminster/>.

⁸⁰ Lord Moore of Etchingham, *The strangeness of voting in the Lords from my bed*, in *The Spectator*, 14 November 2020, <https://www.spectator.co.uk/article/the-strangeness-of-voting-in-the-lords-from-my-bed>, p. 23

⁸¹ In proposito, si attesta come nell'ultima seduta prima della sospensione pasquale del 2021, fossero 595 su 650 i membri del Parlamento autorizzati a delegare il proprio voto. Così in R. Cormacain, R. Fox, M. Russell, J. Tomlinson, *The marginalisation of the House of Commons under Covid has been shocking: a year on, Parliament's role must urgently be restored*, in *Hansard Society*, London, 2021.

⁸² Si tratta di parlamentari che assicurano che il voto venga espresso secondo le direttive del partito, soprattutto quando in gioco vi sono questioni particolarmente rilevanti (le c.d. *three-line whips*). I whips, inoltre, insieme al Ministro per i rapporti con il Parlamento e ai leader dei principali partiti, hanno un ruolo importante anche nella gestione dei lavori parlamentari (in questo contesto assumono il nome di *usual channels*), utili ad esempio a velocizzare la procedura legislativa.

⁸³ Institute for government, *Parliamentary Monitor 2021*, <https://www.instituteforgovernment.org.uk/publication/parliamentary-monitor-2021>

⁸⁴ Ibidem.

⁸⁵ Hansard HL Deb. vol. 803, col. 1449. Ciò ha consentito la presenza fisica in aula di un minimo di 3 e un massimo di 30 parlamentari, e contestualmente di massimo 50 pari presenti virtualmente previa registrazione.

⁸⁶ Nello specifico, in luglio, una mozione è stata approvata dalla House of Lords per sostituire la procedura in modalità ibrida al ritorno dalla pausa estiva (il c.d. *summer recess*). Per ulteriori dettagli

In bilico tra continuità e innovazione. Osservazioni comparate sullo sviluppo delle tecniche di informazione e comunicazione applicate all'attività parlamentare in Regno Unito e Germania

procedure virtuali e ibride – parificata come status al *Companion to the Standing Orders of the House of Lords* – è stata pubblicata, e costantemente aggiornata, dal Procedures and Privileges Committee, così da consentire una più agile e rapida modifica delle procedure⁸⁷.

Prima di indagare le ragioni di tale diversità, anche in chiave comparata, si rende necessario analizzare quanto accaduto in Germania.

3. *Innovazione tecnologica e Parlamento tedesco: una rimodulazione delle procedure in chiave digitale*

3.1. *Come la tecnologica entra nel parlamento tedesco: una prima ricognizione storica*

Come nel Regno Unito, anche in Germania le procedure parlamentari godono di una base giuridica qualificata. Il principio di autonomia organizzativa, infatti, trova fondamento nella Legge fondamentale, che stabilisce una riserva di regolamento parlamentare all'art. 40, c. 1, a mente del quale: «Il Bundestag elegge il suo Presidente, i Vicepresidenti e i Segretari. Esso si dota di un Regolamento interno». Peraltro, seguendo il principio di discontinuità, il Bundestag si dota di un proprio regolamento all'inizio di ogni legislatura, secondo una prassi avallata dalla giurisprudenza costituzionale con la sentenza del 6 marzo 1952⁸⁸. D'altra parte, questa discontinuità si sposa perfettamente con la c.d. dottrina internista (accolta anche dal tribunale costituzionale federale), che vede il regolamento parlamentare come uno «statuto autonomo», atto a vincolare i membri del parlamento fino al termine della legislatura. Ferma restando la natura centrale dei regolamenti parlamentari, nel sistema delle fonti essi sono subordinati alla costituzione scritta e alla legge⁸⁹. Inoltre, sebbene una deroga ai regolamenti del Bundestag sia possibile qualora vi consentano i due terzi dei presenti, nella prassi ciò si verifica solo se nessun membro di oppone (secondo la clausola del *nemine contradicente*)⁹⁰.

sulla timeline precisa della risposta al covid da parte della House of Lords, si veda la seguente pagina web <https://lordslibrary.parliament.uk/house-of-lords-timeline-of-response-to-covid-19-pandemic/>

⁸⁷[Guidance on virtual proceedings - Committees - UK Parliament](#)

⁸⁸Sul punto R. Ibrido, *L'interpretazione del diritto parlamentare. Politica e diritto nel "processo" di risoluzione dei casi regolamentari*, cit., p. 72.

⁸⁹R. Ibrido, *L'interpretazione del diritto parlamentare*, cit., p. 158 e 279. È importante aggiungere che il regolamento parlamentare del Bundestag attribuisce al Presidente o al Comitato per lo scrutinio delle elezioni, l'immunità e le regole procedurali l'interpretazione delle sue previsioni. È possibile proporre appello contro queste decisioni interpretative nonché richiedere il controllo esterno della Corte Costituzionale in caso di contrasto con i diritti costituzionali.

⁹⁰R. Ibrido, *L'interpretazione del diritto parlamentare*, cit., p. 79.

Nell'alveo di queste disposizioni, che contribuiscono alla solidità e stabilità dell'istituzione parlamentare, si è avviato un lento processo di innovazione tecnologica, cominciato negli anni 60, e progressivamente sviluppatosi negli anni 2000. Nel 1968, in particolare, si cominciò ad implementare un sistema di documentazione e archiviazione di materiali legislativi e bibliografici relativi alle attività del parlamento. Verso la metà del 1980, le risorse informatiche cominciarono ad essere decentralizzate. Se alla fine degli anni 80, però, solo una piccola parte dei parlamentari aveva in dotazione un personal computer, nel 2004, la quasi totalità dei posti di lavoro all'interno del Bundestag era equipaggiata di dispositivi dotati dei software più recenti⁹¹. Allo stesso modo, se nel 1995 solo uno sparuto numero di parlamentari poteva contare sull'accesso ad internet, quando il Bundestag nel 1999 fu trasferito a Berlino, venne realizzata un'area di rete locale idonea a garantire un'efficace connessione intranet⁹². Nel 1998, il Parlamento tedesco si è dotato di una propria pagina web⁹³ e, sempre nel 1998, le sessioni parlamentari plenarie hanno cominciato ad essere trasmesse dal vivo attraverso una tv web su una pagina web (<http://archiv.bundestag.tbn.de>) che attualmente si caratterizza per una banca dati con tutti i documenti relativi ai disegni di legge che sono stati presentati e deliberati, i verbali dei dibattiti (non solo delle sessioni plenarie), tutte le leggi che sono state approvate nonché gli eventi che si svolgono all'interno del Bundestag⁹⁴, mentre la pagina *Opendata* mette a disposizione tutti i verbali della plenaria e gli stampati a partire dalla 1a legislatura in formato XML e JSON, i dati biografici dei parlamentari dal 1949 in poi e le liste di voto delle votazioni per appello nominale in formato Excel⁹⁵. Dal 2016, inoltre, il Bundestag ha anche un canale Youtube, in cui si possono visionare le audizioni e le riunioni pubbliche delle commissioni, dibattiti in plenaria ed eventi speciali, ma anche video di approfondimento sul funzionamento del parlamento, nonché interviste e discorsi dei singoli parlamentari, con link ai loro social media e pagine web personali⁹⁶.

Anche il Bundesrat ha il suo sito web (www.bundesrat.de), con una banca dati in cui trovare le delibere (dal 2002 in poi), le risoluzioni (alcune delle quali tradotte in inglese), i verbali e i video delle sedute plenarie (dal 2013 in poi), nonché interviste e video, di carattere divulgativo, che illustrano le sue funzioni, la composizione e il

⁹¹T. Zittel, *Digital Parliaments and Electronic Democracy: A comparison between the US House, the Swedish Riksdag, and the German Bundestag*, in A. Römmele, S. J. Ward (Eds.), *Electronic Democracy. Mobilisation, Participation and Organisation via new ICTs*, London: Routledge, 2004, p. 70 ss.

⁹² Ibidem.

⁹³ <http://www.bundestag.de>. Per ulteriori dettagli si veda P. Mambrey, H. Neumann, K. Sieverdingbeck, *Bridging the Gap between Parliament and Citizen-the Internet Services of the German Bundestag*, in *Parliamentary Affairs*, Vol 52, Issue 3, 1999, pp.480 ss.

⁹⁵ [Bundestag tedesco - Open Data](http://www.bundestag.de)

⁹⁶ <https://www.youtube.com/@bundestag>

metodo di lavoro⁹⁷. Oltre ad avere i suoi appositi canali social media, il Bundesrat mette a disposizione dei cittadini un'applicazione ([Consiglio federale - App del Consiglio federale](#)) dotata di molteplici sezioni, che vanno dalle notizie, alle informazioni sui membri del consiglio federale, alle dirette in streaming delle sessioni plenarie. Al di là di questi strumenti, tuttavia, il Bundesrat non utilizza tecnologie specificamente volte al public engagement. In generale, i nuovi sviluppi tecnologici vengono esaminati dello Steering Committee sulla digitalizzazione, un organo composto da rappresentanti di tutte e tre le Direzioni generali dell'amministrazione del Bundesrat (Commissioni, Parlamento, Centrale), che monitora i progetti avviati o già completati in materia di innovazione tecnologica. Esso, inoltre, valuta le nuove tendenze in punto di digitalizzazione, le innovazioni tecnologiche che potrebbero essere utilizzate dalle amministrazioni parlamentari e formula proposte per la loro attuazione. Tra i progetti più importanti finora realizzati, oltre a quelli già menzionati, vi è un ausilio elettronico per il conteggio dei voti per le sessioni plenarie basato sull'A.I e l'introduzione del file elettronico. Uno dei prossimi progetti concerne l'implementazione di un software di riconoscimento vocale e speech-to-text per la redazione dei verbali delle commissioni e delle riunioni plenarie⁹⁸.

Tornando al Bundestag, con specifico riferimento alle innovazioni tecnologiche che supportano l'attività dei parlamentari, ma anche il loro staff di ricerca e, più in generale, i centri di ricerca, vi sono una serie di risorse digitali utili. Tra questi, merita menzionare la biblioteca del Parlamento (una delle più grandi biblioteche parlamentari che esistano al mondo), dotata di un catalogo online⁹⁹, che consente l'accesso a dizionari, testi legislativi, commentari giuridici e numerosissime riviste giuridiche specialistiche, oltre che una serie di prodotti basati sui bisogni dei parlamentari, quali segnalazioni periodiche di nuove pubblicazioni nonché link informatici organizzati per argomento. Inoltre, su richiesta, i parlamentari possono ottenere guide all'utilizzo, ma anche informazioni supplementari su determinati avvenimenti e suggerimenti bibliografici¹⁰⁰. Spetta, invece, al Servizio di documentazione parlamentare la raccolta e l'indicizzazione dei verbali delle sedute plenarie, dei disegni di legge, dei report, e di altri prodotti dell'attività parlamentare che vengono fatti confluire all'interno del DIP, il sistema di informazione circa il materiale parlamentare che opera congiuntamente presso il Bundestag e il Bundesrat ed è disponibile online sul sito del Bundestag (si prevede inoltre la possibilità che tutti i materiali presenti possano essere scaricati).

⁹⁷[Bundesrat - Startseite](#)

⁹⁸ Informazione fornita da Claus Koggel, durante uno scambio email del 10 luglio 2024.

⁹⁹ Per ulteriori dettagli si veda il seguente sito web: [https://opac.bundestag.de/aDISWeb/app?service=direct/0/Home/\\$DirectLink&sp=SOPAC&sp=SEN](https://opac.bundestag.de/aDISWeb/app?service=direct/0/Home/$DirectLink&sp=SOPAC&sp=SEN)

¹⁰⁰ S. Linn, F. Sobolewski, *The German Bundestag. Functions and procedures*, Ku^or schnersPolitikkontakte, 2015, p. 152.

In bilico tra continuità e innovazione. Osservazioni comparate sullo sviluppo delle tecniche di informazione e comunicazione applicate all'attività parlamentare in Regno Unito e Germania

Infine, il servizio di documentazione della stampa raccoglie le più importanti notizie, report e commenti sul parlamento pubblicati dai principali quotidiani e settimanali¹⁰¹.

Il processo di digitalizzazione del parlamento conosce anche la partecipazione di società private cui vengono commissionati studi e la creazione ed implementazione di specifici strumenti tecnologici. Tra questi, spicca il NEGZ (*Nationale E-GovernmentKompetenzzentrum.V.*), il centro nazionale competente per la creazione di un e-government¹⁰², che conduce ricerche e offre consulenze e opportunità di networking dirette a supportare l'implementazione di soluzioni digitali nell'ambito governativo a tutti i livelli. Questo think-tank è finanziato dal ministero federale dell'Interno, nonché dagli stessi membri dell'associazione che ricomprendono università, società private e agenzie governative. È ad esso che si deve la creazione di un registro online delle *lobbies*. Ha potuto contare sul supporto di questo ente anche l'introduzione delle e-questions nel Bundestag. Attualmente, quella digitale è l'unica modalità con cui i parlamentari tedeschi possono esercitare il proprio ruolo di controllo attraverso la presentazione di interrogazioni e interpellanze. Nell'arco della ventesima legislatura (2021-2025), alla data del 30 gennaio 2024, sono state presentate 3.125 *minor interpellations* e 15 *major interpellations* in formato elettronico¹⁰³.

Questo ente è coinvolto anche nell'implementazione di un ambizioso progetto volto a digitalizzare il processo di formazione della legge¹⁰⁴. In Germania, infatti, i vari attori costituzionali che intervengono nel processo legislativo utilizzano supporti tecnologici diversi creando così un quadro disomogeneo e incoerente. Per fare fronte a questa situazione, è stato lanciato il Progetto per una legislazione federale elettronica (*ElektronischesGesetzgebungsverfahrendesBundes*), chiamato a ristrutturare tutto il sistema di software e applicativi utilizzati all'interno del processo legislativo, così da assicurare, attraverso un processo end-to-end e interoperativo, una maggiore fluidità e uniformità nelle relazioni tra il governo federale, il Bundestag, il Bundesrat, e gli altri attori coinvolti nel processo¹⁰⁵. Questo progetto si propone di implementare progressivamente la cosiddetta *e-legislation*, attraverso funzioni che ruotino attorno ai bisogni dell'utente e che possano essere modificate sulla base dei suoi feedback. Il

¹⁰¹ Ibidem.

¹⁰² Per ulteriori informazioni si veda il seguente sito web: <https://negz.org/>

¹⁰³ Informazioni fornite in forma scritta da parte dei funzionari del Directorate-General on Digitalisation, nella mail del 28 febbraio 2024. Nello specifico, si chiarisce che «*Minor interpellations are answered by the government exclusively in written form. By contrast, major interpellations are also debated in the Bundestag. Since major interpellations usually raise important political issues, they give opposition parties the chance to put critical questions in public sittings and articulate their own points of view.*».

¹⁰⁴ [E-Gesetzgebung und E-Fragerecht – Einblicke in die Umsetzung – NEGZ · Nationales E-GovernmentKompetenzzentrum](#). Intervista ad Andreas Wachtel del 17 gennaio 2024.

¹⁰⁵ Per ulteriori informazioni si veda il seguente sito web: https://www.verwaltung-innovativ.de/DE/Gesetzgebung/Projekt_eGesetzgebung/English/Project_Description_%20eLegislation/English/Project_Description_E-legislation_node.html

progetto si compone di una serie di sotto-gruppi di lavoro composti da esponenti dei vari dipartimenti e organi costituzionali e altri attori chiave. Il progetto, che ha avuto inizio nel 2016 e continua ad essere incrementato (sebbene la scadenza fosse prevista per il 2024), ha previsto lo sviluppo di uno strumento chiamato LegalDocML.de. Questo sistema, pensato per tradurre la struttura dei testi legislativi in una forma leggibile dalla macchina (*format machine-readable*), può essere considerato uno dei capisaldi della digitalizzazione del processo legislativo in Germania. Inoltre, si prevede lo sviluppo di ulteriori componenti e applicativi, come un text editor per i testi legislativi o la possibilità di procedere ad una valutazione d'impatto delle leggi¹⁰⁶.

Con particolare riferimento proprio al drafting legislativo, che in Germania ricade sotto la responsabilità del capo unità (*Referatsleiter*) del dipartimento competente¹⁰⁷, una delle principali novità è rappresentata dal Centro per la legislazione istituito presso il Ministero della Giustizia (*Zentrum für Legistik*)¹⁰⁸. Questo ente nasce con un duplice fine: assicurare ai dipendenti del governo federale metodi e strumenti aggiornati (anche alla luce dei numerosissimi atti di soft law che regolano l'attività di *legislative drafting*)¹⁰⁹ e aumentare la partecipazione di coloro che sono direttamente

¹⁰⁶ In proposito, il precedente governo federale della CDU/CSU e della SPD aveva incluso nel suo accordo di coalizione del 2018 l'obiettivo di assicurare che tutte le leggi fossero idonee ad un'implementazione in termini digitali, consentendo, ad esempio, l'immediata ed efficace automatizzazione del servizio previsto. Per ulteriori informazioni si veda National Regulatory Control Council, *Content First, Legal Text Second. Designing Effective and Practicable Legislation*, 2019, p. 39 ss. L'obiettivo promesso, tuttavia, non è stato concretizzato. Il successivo accordo di coalizione del governo tedesco (tra SPD, i Verdi e FDP) ha inserito nuovamente, tra i punti del programma, l'introduzione di un sistema che controlli la maturità digitale del testo di legge durante il processo legislativo.

¹⁰⁷ Questo sistema ha l'indubbio vantaggio di sfruttare l'expertise e la conoscenza dei giuristi che lavorano all'interno di un particolare campo. Tuttavia, al tempo stesso, se confrontata con il modello presente in altri Parlamenti come quello britannico, mostra alcuni svantaggi, come il rischio di focalizzarsi esclusivamente sugli aspetti politici del disegno di legge, trascurando l'acquisizione e l'utilizzo di conoscenze tecniche strettamente e direttamente connesse al legislative drafting.

¹⁰⁸ Per ulteriori dettagli si veda il seguente sito web: https://www.bmj.de/DE/Themen/RechtssetzungBuerokratieabbau/Legistik/Legistik_node.html

¹⁰⁹ Il Ministero federale della Giustizia è l'organo deputato a verificare che i disegni di legge proposti dai vari ministeri siano legittimi da un punto di vista formale e sostanziale e a supportare i ministri nella preparazione delle proposte legislative. Questo lavoro viene condotto alla luce delle linee guida contenute all'interno del Manuale per la redazione della legislazione, (https://www.bmj.de/SharedDocs/Downloads/DE/Themen/RechtsdurchsetzungUndBuerokratieabbau/HandbuchDerRechtsfoermlichkeit_eng.pdf?blob=publicationFile&v=4). Un'ulteriore fonte preziosa in materia di drafting legislativo è il Manuale per la redazione della normativa legislativa e amministrativa, pubblicato dal Ministero Federale dell'Interno, che è responsabile dei principi per una migliore regolamentazione all'interno del governo federale ai sensi dell'art. 42(3) e 69(2) del Regolamento di procedura congiunto dei ministeri federali (<https://shop.reguvis.de/buch/handbuch-zur-vorbereitung-von-rechts-und-verwaltungsvorschriften/>). Altri importanti strumenti sono: il Tips for Legislative and Official Language redatto dalla Society for the German Language in collaborazione

interessati dalle norme, così da coinvolgerli nell'analisi del problema e nella ricerca di soluzioni. Il Centro per la Legislazione, inoltre, dovrebbe promuovere l'innovazione e avviare un cambiamento culturale in senso tecnologico all'interno del processo legislativo, nelle sue varie fasi. Tuttavia, come risulta anche dal limitato sviluppo del sito web, e come confermato da alcuni esperti, lo sviluppo del Centro sembra essere ancora in una fase embrionale¹¹⁰.

Guardando invece al potenziale del digitale nell'assicurare la partecipazione dei cittadini al processo legislativo, la petizione in formato elettronico occupa un ruolo di primo piano. L'art. 17 della Legge Fondamentale attribuisce ai residenti in Germania il diritto di indirizzare petizioni al governo e al parlamento, a livello federale e locale¹¹¹. Nel 2005 si è assistito all'introduzione delle c.d. *e-petitions*, ovvero la possibilità di presentare delle petizioni in formato digitale¹¹². Nello specifico, si distinguono due tipi di *e-petitions*: le petizioni individuali, presentate da singoli individui ed evase senza una previa pubblicazione online e le petizioni pubbliche, che invece, qualora possiedano il requisito dell'interesse generale, sono pubblicate online, così da consentire la successiva adesione anche da parte di altri cittadini. Ai sensi dell'art. 45c della Legge Fondamentale, le petizioni sono processate dalla commissione parlamentare per le petizioni, che porta avanti tutte le indagini necessarie presso il governo e le agenzie amministrative coinvolte. Questo sistema sta raccogliendo numerose adesioni: alla fine del 2019, più di 3 milioni di persone erano registrate sulla piattaforma ad esse dedicata.

Se per un verso, esso rappresenta un canale fondamentale per informare i parlamentari delle istanze (e del dissenso) dei cittadini, per altro verso, risulta difficile, invece, valutarne le implicazioni in punto di riduzione della crisi dei rappresentanti e accountability. La legge prevede che le petizioni che raggiungano il quorum di 50.000 firme entro 4 settimane della loro pubblicazione vengano discusse pubblicamente dalla commissione per le petizioni, con la possibilità per i promotori di

con il Ministero federale dell'Interno e il Ministero della Giustizia; b) le pubblicazioni ad opera dell'Ufficio federale amministrativo (e nello specifico dell'Ufficio per l'organizzazione e per la tecnologia), come ad esempio il Working Manual on Citizen-Friendly Administrative Language e l'Equal Treatment in Language – Tips, Possible Applications and Examples (consultabili qui <https://www.bva.bund.de/SharedDocs/Aufgaben/EN/D/digitalization.html>).

¹¹⁰ Intervista a Sven Siedken, 30 marzo 2023.

¹¹¹ Ai sensi dell'articolo 17 [Diritto di petizione] «Ognuno ha il diritto di rivolgere per iscritto, individualmente o insieme ad altri, petizioni o reclami alle autorità competenti e alle assemblee rappresentative».

¹¹² Va specificato che il sistema di *e-petitions* all'inizio venne lanciato come un progetto pilota, che aveva come modello il sistema di petizioni elettroniche in vigore nel parlamento scozzese. A seguito del successo di questo strumento, si stabilì di rendere questo servizio permanente. Si veda per ulteriori dettagli R. Lindner, K. U. Riehm, *Broadening Participation Through EPetitions? An Empirical Study of Petitions to the German Parliament*, in *Policy and Internet*, 3, 1, 2011.

intervenire e presentare i propri argomenti¹¹³. La procedura delle e-petitions, dunque, si chiude con il passaggio presso la commissione parlamentare per le petizioni. Tuttavia, talvolta, dopo questo passaggio, il Parlamento non prende in carico la richiesta e la proposta termina in un nulla di fatto. Inoltre, un recente studio ha mostrato come tra coloro che sono registrati al portale della Commissione per le petizioni presso il Parlamento tedesco vi sia una preponderanza di uomini, tendenzialmente di mezza età, la maggior parte dei quali possiede un grado di istruzione elevato. Si tratta dunque di una tipologia di utenti scarsamente rappresentativa della totalità della popolazione tedesca¹¹⁴.

Rispetto agli strumenti digitali funzionali all'informazione del testo legislativo, un importante riferimento è la jurisGmbH, una società pubblica fondata nel 1985 come società di proprietà federale. Il suo portale raccoglie tutte le informazioni giuridiche più rilevanti, anche grazie alla cooperazione con il Tribunale Costituzionale federale, le corti supreme, e i vari Lander. Utilizzata in un primo momento principalmente dalle autorità pubbliche, attualmente il suo target si è esteso a tutti gli operatori del diritto, arrivando a rappresentare il principale portale online di informazione giuridica a pagamento in Germania¹¹⁵.

Sul versante della divulgazione legislativa e, più in generale del coinvolgimento della società tedesca rispetto alle attività del Parlamento, sono numerose le risorse già in essere. I siti web del Bundestag e del Bundesrat, come visto, mettono a disposizione un'ampia e diversificata gamma di materiali e documenti, tra cui foto e registrazioni audio-visive dei lavori parlamentari. C'è, poi, un importante dipartimento dedicato alle attività volte a raggiungere la società civile, sono previste attività con le scuole, simulazioni¹¹⁶. Tuttavia, l'obiettivo di una maggiore accessibilità delle norme da parte della società civile attraverso l'impiego di strumenti digitali richiede ancora ulteriori sforzi. Si è evidenziato, ad esempio come il servizio sul sito web del Bundestag sia «piuttosto tecnico e non molto intuitivo»¹¹⁷, mentre sono ampi i margini di azione volti all'attivazione e promozione di canali di apertura alla società civile. Non è un caso che questo tema occupi una parte importante del programma della coalizione governativa

¹¹³ Per una ricognizione degli atti normativi (tradotti in inglese) che presiedono il lavoro della commissione per le petizioni si veda la seguente pagina web del Parlamento tedesco <https://www.bundestag.de/resource/blob/795668/9237e7d47f800e9458e7509c5595daf9/Rechtsgru-ndlagen-Englisch-data.pdf>

¹¹⁴ Office of Technology Assessment at the German Bundestag (TAB), Awareness and use of petitions to the German Bundestag, 2020, <https://www.tab-beim-bundestag.de/english/team-awareness-and-use-of-petitions-to-the-german-bundestag.php>

¹¹⁵ Per ulteriori informazioni si veda il seguente sito web: https://www.bmj.de/SharedDocs/Downloads/DE/Themen/RechtsdurchsetzungUndBuerokraticabau/HandbuchDerRechtsfoermlichkeit-eng.pdf?__blob=publicationFile&v=4

¹¹⁶Ibidem

¹¹⁷ Intervista a Sven Siefken, 30 marzo 2023.

In bilico tra continuità e innovazione. Osservazioni comparate sullo sviluppo delle tecniche di informazione e comunicazione applicate all'attività parlamentare in Regno Unito e Germania

che ha annunciato una serie di misure volte a rendere la legge più accessibile. Compaiono, così, nell'agenda di governo, ad esempio, la creazione di un portale digitale sulla legislazione che consenta ai cittadini di verificare esattamente in che fase si trova un determinato progetto di legge, (con la prospettata possibilità, per i cittadini, di pubblicare commenti online) ma anche l'inaugurazione della pratica di accompagnare i disegni di legge con un documento di sintesi che metta a confronto la situazione corrente con quella che ci sarà in futuro, a seguito delle modifiche normative pianificate¹¹⁸.

A compensare, in qualche modo, queste mancanze vi sono i servizi offerti da alcune associazioni, come *abgeordnetenwatch.de*, che vanta più di 215.000 visitatori al mese e circa 500.000 pagine viste¹¹⁹. Oltre a garantire un accesso più agile e immediato ad informazioni cruciali, quali l'attività delle lobby e i finanziamenti ai partiti, questa organizzazione promuove il dialogo pubblico e la trasparenza attraverso un'iniziativa (supportata anche dalla ex presidente della Corte costituzionale federale, la Prof. Dr. Jutta Limbach) che mette in contatto i cittadini e i loro rappresentanti. Nello specifico, si tratta di un portale in cui eurodeputati, membri del Parlamento, ma anche i candidati durante le elezioni, rispondono pubblicamente alle domande che vengono loro rivolte dai cittadini. È possibile, inoltre, trovare in corrispondenza dei profili dei politici informazioni sul comportamento di voto, sull'appartenenza ai comitati e sulle attività secondarie. Come ci si appresta ad illustrare, anche in Germania, il processo di digitalizzazione ha conosciuto una certa accelerazione durante la pandemia.

3.2. *L'avvento della pandemia e la permeabilità del Parlamento tedesco alla tecnologia*

In Germania, la risposta alla pandemia è stata costruita all'interno di una chiara cornice federale¹²⁰. La base normativa utilizzata dal governo tedesco, infatti, è stato

¹¹⁸ Il richiamo all'agenda della coalizione di governo (disponibile al seguente sito web: SPD/B90 – Die Grünen/FDP, MehrFortschrittswagen, Koalitionsvertrag, https://www.spd.de/fileadmin/Dokumente/Koalitionsvertrag/Koalitionsvertrag_2021-2025.pdf, p. 8) è stato offerto da Kevin Settles, nell'intervista del 4 aprile 2023.

¹¹⁹ <https://www.abgeordnetenwatch.de/was-wir-wollen-was-wir-machen>

¹²⁰ Nello specifico l'art. 83 recita «Salvo disposizione contraria prevista o ammessa dalla presente legge fondamentale, i Länder danno esecuzione alle leggi federali a titolo di competenza propria» mentre l'articolo 84 prevede che «(1) Se i Länder danno esecuzione alle leggi federali a titolo di competenza propria, spetta a loro disciplinare l'organizzazione degli uffici e la procedura amministrativa, qualora le leggi federali, con l'approvazione del Bundesrat, non dispongano diversamente. (2) Il Governo federale può emanare, con l'approvazione del Bundesrat, disposizioni amministrative di carattere generale. [...]».

l'*Infection Protection Act* del 20 luglio 2000 (d'ora in avanti anche IPA)¹²¹, una legge federale la cui implementazione spetta ai singoli Lander, poiché la legge fondamentale non contiene una previsione intesa ad assicurare la continuità dei lavori parlamentari in presenza di un'emergenza «interna»¹²². Si è discusso, così, circa la possibile introduzione, tramite una revisione costituzionale, di una «commissione di emergenza» volta a sostituire il Bundestag qualora questo non potesse essere convocato, ad esempio per evitare il rischio di infezioni¹²³. Tuttavia, la camera bassa del Parlamento federale è riuscita ad assicurare il suo funzionamento senza ricorrere ad una modifica costituzionale, facendo perno piuttosto sul principio di autonomia organizzativa. In un primo momento, si è proceduto ad accordi informali all'insegna dell'istituto di matrice anglosassone del *pairing*¹²⁴, che prevede, per ciascun membro assente dell'esecutivo, l'assenza di un esponente dell'opposizione. In seconda battuta, il Bundestag ha optato per una modifica temporanea del regolamento parlamentare (*Geschäftsordnung Bundestag*, GO-BT) concernente il raggiungimento del quorum. In particolare, l'art. 126a del GO-BT ha introdotto una deroga al regolamento parlamentare in risposta alle restrizioni generali richieste dal Covid-19 e in particolare all'art. 45, comma 1 del GO-BT secondo il quale «il quorum sussiste quando più della metà dei membri sono presenti in Parlamento». Ai sensi dell'art. 126a, invece, il quorum sussiste quando più di un quarto dei membri del parlamento è presente. La norma, destinata ad applicarsi fino al 30 settembre 2020, ha visto la sua efficacia prorogata fino al 31 dicembre 2020¹²⁵.

¹²¹ Si veda il seguente sito web per una traduzione non ufficiale dell'atto normativo: <https://germanlawarchive.iuscomp.org/?p=2487>

¹²² La Legge Fondamentale tedesca contiene alcune previsioni volte a far fronte allo stato di emergenza (sia interno che esterno). Si pensi, in particolare, allo stato di difesa, di cui all'art. 12a e 115a-i e agli istituti disciplinati con riferimento ad esso, come le commissioni comuni. Queste ultime, previste dall'art. 53a della Legge fondamentale possono essere nominate solo in presenza di uno «stato di difesa», situazione che non poteva dirsi integrata dalla minaccia da coronavirus.

¹²³ A-B. Kaiser, R. Hensel, *Federal Republic of Germany: Legal Response to Covid-19*, in J. King, O. LM Ferraz et al (eds), *The Oxford Compendium of National Legal Responses to Covid-19*, OUP 2021; S. T. Siefken, *The Bundestag in the Pandemic Year 2020/21 – Continuity and Challenges in the Covid-19 Crisis*, in *German Politics*, 2022, p. 5.

¹²⁴ Per una riflessione sull'introduzione e applicazione di questo istituto anche in Italia, sebbene per un periodo molto limitato all'inizio della pandemia, nonché per i problemi di compatibilità con il sistema parlamentare italiano da esso sollevati, si veda U. Lattanzi, *Il pairing nel Parlamento italiano e le ragioni del suo fallimento: una prospettiva di diritto comparato*, in *DPCEonline*, v. 52, n. 2, July 2022. ISSN 2037-6677. Available at: <<https://www.dpceonline.it/index.php/dpceonline/article/view/1609>>

¹²⁵ German Bundestag, Drucksache 19/18126 (25 March 2020) e German Bundestag, Drucksache 19/22397 (14 September 2020). L. Hering, *Covid-19 and constitutional law: the case of Germany*, in J.M. Serna de la Garza (ed.), *Covid-19 and Constitutional Law*, Universidad Nacional Autónoma de México, Mexico City, 2020, 149-156. In ogni caso, il comma 5 dell'articolo in oggetto prevede che la norma continui a dispiegare effetti fino al 31 dicembre 2022.

La medesima previsione ha inoltre consentito, al comma 3, l'uso del digitale all'interno delle Commissioni, ai fini dell'esercizio del voto e dell'adozione di decisioni¹²⁶. Sempre l'art. 126a al comma 4, ha previsto che in caso di sedute pubbliche della commissione, il pubblico venga ammesso a partecipare solo da remoto, così come si è consentita l'audizione di esperti da remoto. Peraltro, è stato sottolineato come, da questo punto di vista, il Parlamento tedesco, a differenza di altri parlamenti europei, sia stato avvantaggiato da una prassi che prevedeva già l'uso del digitale per le riunioni dei gruppi parlamentari¹²⁷. Al tempo stesso, una misura di questo tipo è stata agevolata anche dalla particolare configurazione delle commissioni nel Parlamento tedesco, che hanno un potere limitato¹²⁸. Le previsioni menzionate con riferimento alle commissioni sono confluite nel regolamento parlamentare del Bundestag¹²⁹.

Le difficoltà incontrate dal Bundestag per assicurare la continuità dei lavori parlamentari non si sono presentate nel Bundesrat. Il regolamento interno del Bundesrat non prevede l'organizzazione di sessioni plenarie virtuali o ibride. Tuttavia, le modalità di voto ivi presenti - la presenza di un membro per Lander è sufficiente a raggiungere il quorum - hanno permesso ai suoi membri di continuare a partecipare ai

¹²⁶ Si veda il testo in inglese del regolamento parlamentare allora in vigore alla seguente pagina web del Bundestag <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80060000.pdf>. L'art. 43, comma 3, così recita «Committees, including the Committee for the Scrutiny of Elections, Immunity and the Rules of Procedure, may authorise their chairperson in accordance with Rule 72, to have votes taken and decisions adopted outside a meeting, even in sitting weeks; by way of derogation from Rule 48, paragraph (1), first sentence, electronic communication media may also be used for voting and for the adoption of decisions».

¹²⁷ B. Ridard, *The German Parliament facing the pandemic. The pulsing heart of "combative democracy"*, in *The Parliament in the time of coronavirus*. Germany, Robert Shuman Foundation, 2020, p. 7.

¹²⁸ Le Commissioni permanenti sono costituite dal Bundestag secondo un principio di proporzionalità che, seppure non costituzionalizzato, è rigidamente rispettato. Il sistema tedesco di commissioni permanenti, così come è al momento strutturato, è frutto di una riforma del 1969. Prima di quella data, come nel Regno Unito, le commissioni permanenti avevano essenzialmente funzioni di controllo, mentre l'esame dei disegni di legge era affidato a commissioni istituite ad hoc. Successivamente, invece, le commissioni sono state preposte a funzioni di controllo e di consulenza sui progetti di legge e di preparazione delle decisioni del plenum. Per ulteriori dettagli si veda C. Fasone, *Sistemi di commissioni parlamentari e forme di governo*, Padova, 2012, p. 91 ss. e 412 ss. in cui l'autrice precisa come «nella pratica i due ruoli, legislativo e di controllo delle commissioni, operano per lo più in modo disgiunto. Con ciò si intende dire che, per la relativa facilità nell'istituzione di commissioni di inchiesta, costituzionalmente dovuta se richiesta da un quarto dei membri di una Camera e quindi istituite ad hoc, è questo tipo di commissioni che svolge per lo più il controllo assieme a commissioni permanenti, come quella per gli affari esteri e quella per gli affari europei, che però svolgono attività legislativa in senso stretto in modo molto circoscritto».

¹²⁹ Si veda nello specifico l'art. 60(4), ai sensi del quale, in presenza di circostanze eccezionali è possibile convocare una riunione in cui i membri della commissione partecipano attraverso mezzi di comunicazione elettronica. In questi casi, l'incontro deve essere indetto con una decisione della commissione. Si veda anche l'art. 67(3) relativo al quorum per il voto elettronico all'interno delle commissioni.

dibattiti dell'assemblea in presenza. Le commissioni, invece, oltre a fare un ampio uso delle c.d. procedure scritte, hanno cominciato ad utilizzare la modalità di partecipazione da remoto (videoconferenze) per incontri informali o preparativi. D'altra parte, più in generale, nel Bundesrat, grazie anche ad un'amministrazione particolarmente snella ed efficiente, numerose misure di innovazione tecnologica sono state rapidamente messe in campo: tre sale per videoconferenze sono state equipaggiate molto velocemente con la tecnologia più avanzata, dando così la possibilità di tenere riunioni riservate. Inoltre, all'inizio della pandemia, si è proceduto in tempi brevissimi a dotare tutte le postazioni di lavoro di dispositivi mobili, consentendo, così, a tutti i dipendenti di lavorare a distanza fin da subito. Infine, nel 2022 è stato modificato il regolamento interno del Bundesrat ed è stato introdotto l'articolo 37a,¹³⁰ che consente alle commissioni di riunirsi da remoto, in via eccezionale, per un certo periodo di tempo, dietro approvazione del presidente del Bundesrat. V'è da precisare, tuttavia, che questa modifica al regolamento parlamentare riveste una natura per lo più «precauzionale»: essa è stata introdotta principalmente allo scopo di fronteggiare una futura pandemia o un altro evento di natura eccezionale; tanto è vero che la regola istituita dall'art. 37a del regolamento è rimasta, fino a questo momento, inutilizzata¹³¹.

Al di là di questi aspetti, e fatta eccezione per alcuni casi sporadici, come il discorso che Zelensky ha indirizzato al Parlamento tedesco¹³², in Germania, l'assemblea parlamentare non ha conosciuto una «svolta virtuale», che, secondo l'opinione maggioritaria in dottrina, avrebbe richiesto una modifica costituzionale. Allo stesso modo, non sono state introdotte innovazioni di carattere tecnologico volte a garantire a specifiche categorie di eletti (es. deputate in maternità o in congedo parentale) la possibilità di partecipare alle attività parlamentari da remoto. Ciò anche in ragione del fatto che, in generale, queste misure di previdenza sociale in Germania non sono riconosciute a favore dei parlamentari¹³³. Fatta eccezione per i lavori delle

¹³⁰ Si veda la versione ufficiale in inglese del regolamento del Bundesrat dove, all'art. 37a, intitolato *Admissibility of committee meetings as videoconference for good cause* al primo comma si legge «Committee meetings shall in principle be held in presence. For good cause, the President may decide, after consulting the Permanent Advisory Council, that committee meetings may exceptionally be held as videoconferences for a specified period of time».

¹³¹ Intervista a Claus Koggel del 17 luglio 2024. Il dato è confermato da Lena Heldt della Divisione organizzazione del Bundesrat, in uno scambio email del 15 luglio 2024. La funzionaria dà conto del fatto che continuano, invece, ad essere utilizzati alcuni software che supportano la visualizzazione e la documentazione delle votazioni all'interno delle commissioni.

¹³² Intervista a Sven Siefken, 30 marzo 2023. Si veda però l'art. 77(1) del regolamento parlamentare del Bundestag in cui si afferma che quella elettronica resta la modalità privilegiata per la distribuzione dei punti all'ordine del giorno ai parlamentari.

¹³³ Intervista a Sven Siefken, 30 marzo 2023.

commissioni, la regola, dunque, è quella della presenza in aula (e così è stato anche durante la pandemia).

Invero, in proposito, occorre precisare che, in passato, la Germania ha conosciuto un dibattito sulla necessità di introdurre o meno il voto elettronico¹³⁴, ma questa discussione è stata bruscamente troncata da una sentenza del Tribunale Costituzionale. Il Bundesverfassungsgericht, con la sentenza del 3 marzo 2009, ha decretato l'incostituzionalità dell'esercizio del diritto di voto da parte dei cittadini in modalità elettronica. Secondo l'argomentazione della corte, infatti, questa modalità andrebbe ad inficiare la natura pubblica del processo elettorale e la sua piena verificabilità¹³⁵. Il medesimo ragionamento è chiaramente trasponibile all'attività di voto dei parlamentari tedeschi. In tal modo, la questione dell'innovazione tecnologica nel Parlamento tedesco viene a caricarsi di un forte carattere costituzionale, attraendo a sé questioni centrali, come quella della rappresentanza o della sicurezza. Peraltro, in Germania, solo il 5% dei voti avviene sulla base di una votazione per appello nominale. Nella stragrande maggioranza dei casi, è il presidente del Parlamento che verifica se c'è o no una maggioranza¹³⁶.

Anche in ragione della povertà di innovazioni tecnologiche messe in campo, in Germania non sono state sollevate obiezioni procedurali o di costituzionalità rispetto alla politica governativa durante la pandemia, fatta eccezione per un ricorso a firma del partito di estrema destra AfD contro l'obbligo di indossare le mascherine all'interno del Bundestag, poi rigettato dal Tribunale amministrativo¹³⁷. Non sono mancate, però, delle voci critiche all'interno della dottrina che hanno contestato il mancato utilizzo di strumenti tecnologici che consentissero all'Assemblea di funzionare normalmente

¹³⁴ Sul dibattito in merito al voto elettronico svoltosi in Italia, e sui problemi di diritto costituzionale sollevati, si veda, tra gli altri: L. Califano, *Autodeterminazione vs. eterodeterminazione dell'elettore: voto, privacy e social network*, in *Federalismi*, 16, 2019; F. Clementi, *Proteggere la democrazia rappresentativa tramite il voto elettronico: problemi, esperienze e prospettive (anche nel tempo del coronavirus). Una prima introduzione*, in *Federalismi*, 6, 2020; T.E. Frosini, *Liberté égalité Internet*, Editoriale Scientifica, 2021.

¹³⁵ BVerfG, Judgment of the Second Senate of 3 March 2009 - 2 BvC 3/07 -, paras. 1-166, http://www.bverfg.de/e/cs20090303_2bvc000307en.html. La sentenza, invero, non preclude l'utilizzo di apparecchi elettronici per votare, purché si assicuri la verifica costituzionale di correttezza delle operazioni. Sul punto, si veda M. Schirripa, *Il voto elettronico nell'esperienza europea tra pregi e criticità*, in *Federalismi*, 6, 2020, in cui l'autore chiarisce: «i concetti che la Corte tedesca riprende più volte gravitano, quasi tutti, attorno al tema della «fiducia» che i cittadini devono riporre nel sistema di e-voting. E, quindi, «fiducia» nel controllo pubblico del voto, «fiducia» nell'affidabilità delle elezioni, «fiducia» nella verificabilità del processo elettorale, «fiducia» nel buon funzionamento e nella imparzialità degli apparecchi tecnologici che non possono archiviare i dati elettorali esclusivamente su una memoria elettronica» (p. 246).

¹³⁶ Intervista a Sven Siefken, 30 marzo 2023.

¹³⁷ A. B. Kaiser, R. Hensel, *Federal Republic of Germany: Legal Response to Covid-19* in J. King, O. LM Ferraz et al (eds), *The Oxford Compendium of National Legal Responses to Covid-19*, cit.

anche in tempo di coronavirus¹³⁸, operando nella sua composizione ordinaria e non in una composizione ristretta. In proposito, parte della dottrina ha sollecitato l'introduzione di una regolamentazione del funzionamento virtuale del Parlamento in casi di emergenza¹³⁹.

Vi sono state, poi, delle criticità che hanno riguardato la comunicazione interna al parlamento. Nello specifico, durante la pandemia, l'applicazione di messaggistica *Signal* è diventata il principale strumento di comunicazione tra i parlamentari e tra questi e lo staff amministrativo e di ricerca, con la creazione di diversi gruppi funzionali a coordinare il lavoro in modo più funzionale e veloce. Questo sistema ha certamente assicurato una maggiore efficienza, ma, al tempo stesso, ha presentato alcuni limiti, soprattutto rispetto alla sicurezza delle comunicazioni. Dal 2015, data in cui la rete informatica del Parlamento tedesco è stata oggetto di un pesante hackeraggio, si sono susseguiti una serie di attacchi cibernetici e virus che hanno colpito, tra gli altri target, anche la rete di comunicazione informatica interna alla camera (Parlacom). Peraltro, la vulnerabilità agli attacchi informatici ha avuto delle ripercussioni anche sulla stabilità del sistema e, in generale, sulla credibilità di cui godono i parlamentari. Così, eventi quali la fuga di notizie circa le difficili negoziazioni della coalizione durante la formazione del governo nel 2017¹⁴⁰, o la destituzione del capo dell'agenzia nazionale per la Sicurezza informatica (BSI) Arne Schönbohm, dopo che i media nazionali hanno denunciato i suoi legami con persone legate ai servizi segreti della Federazione Russa, avvenuta nell'ottobre del 2022¹⁴¹, hanno contribuito a smorzare gli slanci verso una trasformazione digitale dell'attività comunicativa delle istituzioni pubbliche.

Al tempo stesso, però, non si possono sottacere le accelerazioni che il covid ha impresso alla digitalizzazione del rapporto tra cittadini e parlamentari, anzi tra i cittadini e i candidati alle elezioni del parlamento. Se già la campagna elettorale del 2017 aveva conosciuto per la prima volta un uso massiccio dei social media, quella del 2021, a causa della pandemia, si è svolta quasi integralmente in modalità online. I partiti sono stati così costretti a convertire in modalità digitale le loro tradizionali modalità organizzative e strategie comunicative, ma non tutti si sono adattati allo stesso modo. Ad esempio, partiti più piccoli, con meno volontari e risorse finanziarie minori, quali l'AfD e il Die Linke, che già da tempo avevano puntato alla comunicazione attraverso

¹³⁸Intervista Kevin Settles, 4 aprile 2023.

¹³⁹ B. Weßels, W. Schroeder, *Gegen die Selbstverzweigung Digitalisierung kann die Corona-Krise zur Stunde des Parlamentsmachen* (<https://bibliothek.wzb.eu/artikel/2020/f-23081.pdf>)

¹⁴⁰ Si veda in proposito S. T. Siefken, *Regierungsbildung "wider Willen" - Dermühsame Weg zur Koalition nach der Bundestagswahl 2017*, in *Zeitschrift für Parlamentsfragen*, 49(2), 2018, p. 407ss., che fa riferimento alla pubblicazione da parte dei parlamentari sul loro profilo Twitter dei dettagli di accordi meramente provvisori della coalizione.

¹⁴¹L. Garofalo, *Germania, rimosso il capo della cybersecurity: "Legami con 007 russi"*, in *Cybersecitalia*, 19 ottobre 2022, <https://www.cybersecitalia.it/germania-rimosso-il-capo-della-cybersecurity-legami-con-007-russi/21472/>

In bilico tra continuità e innovazione. Osservazioni comparate sullo sviluppo delle tecniche di informazione e comunicazione applicate all'attività parlamentare in Regno Unito e Germania

i social, hanno mostrato un impiego maggiore e più efficace, ottenendo risultati importanti¹⁴².

Al di là di questi aspetti, tuttavia, se si concentra l'analisi all'istituzione parlamentare, si rileva come una strategia di *outreach activity* sostanziale, e realmente interattiva, richiede ancora di essere compiutamente strutturata e potenziata. Queste criticità nella comunicazione con la società civile sono emerse soprattutto durante la gestione della pandemia. Sebbene il Parlamento tedesco abbia fatto mostra di un'intensa attività, e di un'altrettanto intensa efficienza nell'assumere decisioni, una percezione opposta, di un parlamento inerte, si è diffusa in una parte della società tedesca. Non è un caso che il presidente del Bundestag abbia lanciato un appello chiaro: «the Bundestag must make clearer its role as legislator and public forum to avoid the perception that fighting the pandemic was only the duty of the executive and judicial branches»¹⁴³. Questo gap tra realtà e percezione sarebbe alla base anche di alcune decisioni controverse assunte dal parlamento tedesco, come la scelta di eliminare le misure restrittive della libertà individuale in concomitanza con l'aumento dei casi di infezione¹⁴⁴. Lo stesso può dirsi per il Bundesrat. Sebbene un rifacimento del sito web sia in cantiere, non sembra vi siano al momento strumenti (né progetti concreti) specificamente diretti ad implementare azioni di public engagement¹⁴⁵.

4. *L'esperienza del Parlamento britannico e tedesco a confronto: uno sviluppo tecnologico a geometria variabile. Quali differenze nel processo di digitalizzazione?*

Come già osservato, è ancora presto per fare una valutazione dell'uso del digitale all'interno del Parlamento nel Regno Unito così come in Germania. La vicinanza temporale all'oggetto di osservazione e le continue modifiche che lo interessano suggeriscono di astenersi da qualsiasi conclusione, in favore di più caute considerazioni. Accanto a questa difficoltà oggettiva, si aggiunge poi un ulteriore ostacolo: sono ancora limitati gli strumenti che consentono di misurare l'andamento di fenomeni complessi quali, ad esempio, la partecipazione politica da parte dell'elettorato, così da valutare su una solida base scientifica, l'impatto delle nuove tecnologie in punto di rappresentatività, comunicazione e legittimazione.

¹⁴² T. Saalfeld, D. Lutsenko, *The German party system since 1990: from incorporation to fragmentation Polarization and weaker ties*, in *The legacy and impact of German unification*, M. Oswald, J. Robertson (eds.), Palgrave, 2022, p. 103 ss., in particolare p. 123.

¹⁴³ Sven T. Siefken, *The Bundestag in the Pandemic Year 2020/21*, cit., p. 8.

¹⁴⁴ Sven T. Siefken, *The Bundestag in the Pandemic Year 2020/21*, cit., p. 16. Si veda pure L. Hering, *Covid-19 and constitutional law: the case of Germany*, in J.M. Serna de la Garza (ed.), *Covid-19 and Constitutional Law*, Universidad Nacional Autónoma de México, Mexico City, 2020, p. 149 ss.

¹⁴⁵ Intervista a Claus Koggel del 17 luglio 2024.

Si procederà, dunque, ad individuare affinità e divergenze tra le due esperienze, che poi saranno analizzate e approfondite per tentare delle sintesi, necessariamente provvisorie. In altre parole, senza ipotizzare correlazioni causa-effetto affrettate, gli strumenti tecnologici messi (o non messi) in campo dai due parlamenti selezionati offriranno una base, un utile indizio per riflettere sul contesto in cui lo specifico strumento tecnologico viene ad innestarsi e sulle dinamiche istituzionali che, in quel contesto, caratterizzano il Parlamento (anche nella relazione con gli altri poteri dello stato). Da qui si partirà poi per tracciare ulteriori possibili percorsi di ricerca.

Innanzitutto, sia nel Regno Unito che in Germania, è nel 2000 che l'innovazione tecnologica in Parlamento, sebbene già cominciata da tempo, conosce una sensibile accelerazione, complice l'esponenziale crescita del digitale. Tuttavia, come si illustrerà a breve nel dettaglio, questa accelerazione ha conosciuto velocità, obiettivi e aree molto diverse. Sul versante del procedimento legislativo, inclusa la fase di legislative drafting, sia nel Regno Unito che in Germania, le iniziative intraprese si rivolgono alla tecnologia per fronteggiare una criticità comune, particolarmente sentita all'interno dei parlamenti bicamerali¹⁴⁶: assicurare un maggiore coordinamento e superare la frammentazione che caratterizza molte sfere dell'attività parlamentare, tra cui quella legislativa. Come visto, Lawmaker e il Progetto per una legislazione federale elettronica mirano ad assicurare una collaborazione più fluida ed efficace tra tutti gli attori coinvolti nel processo legislativo, rispettivamente, del Parlamento britannico e di quello tedesco. Anche nell'ambito della divulgazione legislativa sono in cantiere diversi progetti. Qui, la tecnologia è chiamata al difficile compito di servire obiettivi di trasparenza e accessibilità dei testi legislativi e del procedimento di formazione della legge, rafforzando, così, la comunicazione con la società civile. Entrambi i parlamenti qui analizzati hanno annunciato delle azioni (in Germania i progetti in tal senso promessi dalla coalizione di governo, nel Regno Unito, tra gli altri, il progetto *Big Data for Law*). Tuttavia, sebbene le iniziative prolifichino, in queste aree, l'innovazione tecnologica sembra incontrare una certa difficoltà a permeare le assemblee parlamentari (non è un caso che molti degli strumenti e dei progetti menzionati non siano ancora stati finalizzati, pur con le dovute differenze e specificità).

Dinanzi a questo quadro, il metodo comparato si rivela estremamente prezioso ai fini dell'indagine – complessa e multidimensionale – delle ragioni sottese alle evidenze emerse. Viene in rilievo, ad esempio, come sia in Germania che nel Regno Unito, fattori che a primo acchito potrebbero essere considerati rilevanti, in realtà, non paiono esercitare alcun impatto significativo sulla maggiore o minore tecnologizzazione del Parlamento. Tra questi, spicca senza dubbio l'età. Sebbene tra i

¹⁴⁶ Per ulteriori dettagli, si veda E. Griglio, N. Lupo, *The administration of bicameral parliaments*, in T. Christiansen, E. Griglio, N. Lupo (eds.), *The Routledge Handbook of Parliamentary Administrations*, Routledge, 2023, p. 52 ss.

membri dei parlamenti analizzati non vi siano ancora «nativi digitali», una più giovane età potrebbe, in via di principio, giustificare, se non una maggiore propensione all'innovazione, quantomeno una maggiore familiarità con alcuni strumenti tecnologici. Le evidenze mostrano, invece, che, ad ora, nel parlamento tedesco e in quello britannico il dato anagrafico non risulta correlato al grado di innovazione digitale. A dispetto di una età media che si aggira attorno ai 70 anni, infatti, questa ricerca rivela come i membri della House of Lords abbiano in generale mostrato una maggiore permeabilità ad una modifica in senso tecnologico delle procedure atte a regolare le proprie attività. Lo stesso può dirsi con riferimento al parlamento tedesco, in cui uno studio realizzato su un campione sia pur ridotto di parlamentari ha mostrato la totale ininfluenza del fattore età¹⁴⁷.

Altri fattori risultano invece giocare un impatto, a cominciare dalla particolare funzione, tra quelle tradizionalmente ricondotte all'istituzione parlamentare, che un certo dispositivo tecnologico è chiamato a favorire e supportare. In proposito, emerge, ad esempio, come sia nel Parlamento britannico che in quello tedesco le resistenze di fronte all'innovazione tecnologica sono state minori quando hanno investito la funzione di scrutinio dell'operato del governo, e, più in generale, le attività delle commissioni. Le misure approvate in tempo di pandemia offrono un esempio eloquente. In Gran Bretagna, così come in Germania, le commissioni parlamentari sono passate da sessioni in presenza a sessioni online senza grandi stravolgimenti. V'è da dire, in proposito, che in UK, i *Select Committees*, come già illustrato, hanno mostrato da sempre, ancora prima della pandemia, una certa permeabilità alle riforme in senso tecnologico. Lo stesso vale in terra tedesca, dove le commissioni hanno continuato ad operare da remoto durante la crisi pandemica (e attualmente continuano a fare uso della modalità digitale nell'esercizio delle loro funzioni), sfruttando una prassi di utilizzo del digitale già da tempo adottata per le riunioni dei gruppi parlamentari¹⁴⁸.

La funzione di controllo, dunque, sembra mostrare una resistenza minore all'ingresso di dispositivi digitali, in entrambe le esperienze. Un primo fattore significativo che potrebbe contribuire a spiegare questo trend è rappresentato dagli stessi poteri delle commissioni che, nel sistema britannico, lavorano secondo modalità decisionali interne tendenzialmente consensuali (a differenza della natura conflittuale dei dibattiti in aula), mentre nel sistema tedesco non hanno poteri decisionali. Ciò, evidentemente, rende più agile introdurre dei cambiamenti che, al tempo stesso, risultano favoriti da una esposizione minore di fronte al corpo elettorale (si pensi, ad esempio, al fatto che in UK le commissioni sono composte prevalentemente da backbenchers).

¹⁴⁷ Lo studio è stato condotto da Sven Siefken. I risultati non sono ancora stati pubblicati ma questo finding è stato condiviso durante l'intervista del 30 marzo 2023.

¹⁴⁸ B. Ridard, *The German Parliament facing the pandemic. The pulsing heart of "combative democracy"*, in *The Parliament in the time of coronavirus. Germany*, Robert Shuman Foundation, 2020, p. 7.

In bilico tra continuità e innovazione. Osservazioni comparate sullo sviluppo delle tecniche di informazione e comunicazione applicate all'attività parlamentare in Regno Unito e Germania

Un'ulteriore ragione sottostante a questa apertura è da ricondurre, tra gli altri aspetti, alle dimensioni ridotte che caratterizzano le commissioni. Il profilo logistico/organizzativo, infatti, sebbene troppo spesso trascurato e ancora non adeguatamente approfondito, assume un certo rilievo ai fini delle domande di ricerca che attraversano questo lavoro. È innegabile, infatti, che la struttura amministrativa che lavora all'interno dell'istituzione parlamentare svolga un ruolo cruciale nel plasmare le procedure e il loro sviluppo¹⁴⁹. Così, non si possono ignorare le dimensioni dell'edificio parlamentare britannico che ospita, oltre al numero complessivo di Parlamentari più alto d'Europa, circa 4.000 funzionari amministrativi, oltre allo staff e agli assistenti parlamentari¹⁵⁰. Lo stesso vale per il Parlamento tedesco che conta circa 3.000 amministrativi che lavorano al suo interno¹⁵¹. Ciò rende complesso elaborare, nonché implementare e utilizzare, dei dispositivi tecnologici in modo rapido, sistematico e omogeneo, soprattutto quando mancano strumenti e strutture che assicurino un coordinamento e un'interazione efficace tra i vari compartimenti in cui si articola la pubblica amministrazione, come si può osservare soprattutto nel Bundestag, caratterizzato da una pesante burocrazia¹⁵². Inoltre, un parlamentare che

¹⁴⁹ Intervista a Thomas Zittel, 30 gennaio 2024. Simili considerazioni sono state avanzate anche da Sven Siedken nell'intervista del 30 marzo 2023 e da Claus Koggel nell'intervista del 17 luglio 2024.

¹⁵⁰ A. Meakin, B. Yong e C. Leston-Bandeira, *United Kingdom's Parliamentary Administration*, in T. Christiansen, E. Griglio, N. Lupo (eds.), *The Routledge Handbook of Parliamentary Administrations*, cit., p. 570 ss.

¹⁵¹ F. Arndt, A. Högenauer, C. Koggel, *Germany's Parliamentary Administration*, in T. Christiansen, E. Griglio, N. Lupo (eds.), *The Routledge Handbook of Parliamentary Administrations*, cit., p. 255 ss. Si veda in particolare per questo dato p. 256. Gli autori chiariscono sul punto che «as German MPs also benefit from generous allowances for personal assistants and political groups also receive financial support, the total number of people working in the Bundestag (as opposed to just the central administration) is around 7000 (<https://www.bundestag.de/parlament/verwaltung>)».

¹⁵² A fronte di questa osservazione, si potrebbe obiettare che vi sono esperienze, come quella del Parlamento europeo (PE), in cui le notevoli dimensioni della macchina parlamentare non hanno ostacolato uno sviluppo tecnologico di indubbia portata, soprattutto in tempo di pandemia. Sebbene il PE sia diverso per funzioni e posizione istituzionale rispetto ai parlamenti nazionali, può essere utile fare riferimento a questa esperienza. Il parlamento europeo, infatti, è stato il primo organo assembleare in Europa a introdurre una modalità ibrida di svolgimento dei lavori parlamentari attraverso il voto da remoto e la partecipazione a distanza (sul punto, *ex multis*, R. Calvano, *Brevi note su emergenza COVID e voto dei parlamentari a distanza. Rappresentanza politica, tra effettività e realtà virtuale*, in *Federalismi.it*, 21/2020, pp. 44 ss.; F. Biondi, P. Villaschi, *Il funzionamento delle Camere durante l'emergenza sanitaria. Riflessioni sulla difficile praticabilità di un Parlamento "telematico"*, in *Federalismi.it*, 18/2020, pp. 26 ss.; G. Vilella, *The European Parliament Administration facing the challenge of eDemocracy*, European Press Academic Publishing, Firenze, 2021). Tuttavia, alcune considerazioni intervengono a limitare la portata di questa osservazione. Esse provengono, in gran parte, dalle considerazioni esternate da un'esperta, ex parlamentare europea, che preferisce rimanere anonima, in un contatto email del 26 giugno 2024. Innanzitutto, viene in rilievo la particolare composizione del Parlamento europeo, che, all'indomani della chiusura dei voli internazionali e dell'impossibilità per i parlamentari di raggiungere Strasburgo, ha richiesto un passaggio immediato e rapido allo strumento tecnologico per consentire la continuità dei lavori. Per altro verso,

può contare su uno staff particolarmente numeroso potrebbe tendere a delegare a quest'ultimo le questioni più tecniche, le ricerche e le attività amministrative, incluso lo sviluppo di strumenti tecnologici che possano facilitare queste operazioni¹⁵³.

Questo riferimento impone una riflessione più ampia su innovazioni digitali e procedure parlamentari, comprese quelle direttamente coinvolte nella funzione legislativa¹⁵⁴. Rispetto ad esse, sia il Parlamento britannico che quello tedesco hanno da sempre mostrato una certa resistenza, complice il tradizionale conservatorismo, che, in modo diverso, contraddistingue entrambe le culture giuridiche nonché la stessa istituzione parlamentare. Non v'è dubbio che vi sia stata una importante differenza di reazione tra i due parlamenti di fronte all'emergenza sanitaria da Covid-19. Come visto, se nel Regno Unito, dopo un prolungato periodo di chiusura delle attività parlamentari,

proprio questa composizione può spiegare il fatto che delle soluzioni fossero già in cantiere, pronte per essere utilizzate quando è scoppiata la crisi pandemica, come l'uso di una piattaforma con un servizio di traduzione multilingue da usare per le riunioni ibride. Dunque, in qualche misura, il Parlamento europeo si è mostrato da subito più equipaggiato rispetto ad altri parlamenti. Ma se si sposta l'attenzione ai dispositivi tecnologici che non sono direttamente funzionali ad assicurare la continuità dei lavori parlamentari, si può osservare una maggiore lentezza nello sviluppo tecnologico. Ciò, si può in parte spiegare con la difficoltà di trovare una sintesi, anche su un piano propriamente politico, tra le diverse esigenze e priorità, come quelle collegate, da un lato, alla funzionalità e, dall'altro lato alla sicurezza, soprattutto cibernetica. Si pensi ad esempio, a quanto è stato lento e problematico il passaggio ai servizi cloud, l'uso di strumenti proprietari (ad esempio Microsoft) e l'introduzione dell'automazione (e dell'IA). Le preoccupazioni sulla privacy in merito al luogo in cui i dati vengono conservati (non al di fuori dell'UE) e al modo in cui possono essere utilizzati sono in cima all'agenda politica e, di conseguenza, anche all'agenda amministrativa. Ciò ha reso estremamente complesso il lavoro dei funzionari preposti alla ricerca di soluzioni in ambito tecnologico in questo ambito, anche perché nel Parlamento europeo, i deputati partecipano direttamente alla governance sugli strumenti ICT (ad esempio, ai sensi dell'art. 25 (4) del Regolamento interno del Parlamento europeo, le questioni relative allo svolgimento delle sedute sono soggette all'approvazione dell'Ufficio di presidenza del Parlamento). Peraltro, una conferma dell'impatto dei profili logistico/organizzativi sul livello di sviluppo tecnologico viene anche da un altro dato. È possibile osservare un maggiore sviluppo tecnologico all'interno dei servizi che esulano dal lavoro parlamentare principale (ad esempio, comunicazione, ricerca, risorse umane) anche grazie al fatto che essi operano in gran parte in modalità decentrata, laddove invece, il coordinamento tra i vari dipartimenti risulta piuttosto impegnativo all'interno dei servizi ICT centralizzati. L'esperta intervistata ha altresì fatto riferimento ad un altro elemento cruciale, sempre afferente all'ambito logistico/organizzativo: la lunghezza dei periodi di sospensione dei lavori parlamentari (in concomitanza dell'estate o della pausa natalizia), utili a introdurre e testare nuovi strumenti tecnologici. Secondo l'esperta, nel Parlamento europeo, la pausa estiva di 4/5 settimane costituisce un periodo troppo breve per un Parlamento di 720 membri e 24 lingue.

¹⁵³ Intervista a Virpi Koykka, 15 gennaio 2024. Con riferimento in particolare alle attività di public engagement si veda D. Judge, C. Leston-Bandeira, *The Institutional Representation of Parliament*, in *Political Studies*, 66(1), 2018, pp. 154 ss. In cui gli autori evidenziano come siano principalmente i membri dello staff, piuttosto che i parlamentari, ad occuparsene.

¹⁵⁴ Sul tema, si veda R. Dickmann, A. Rinella, *Il processo legislativo negli ordinamenti costituzionali contemporanei*, Roma, Carocci, 2011.

il Parlamento ha sperimentato una breve parentesi di funzionamento in modalità ibrida - caratterizzato peraltro da accese contestazioni tra il governo, principale fautore di queste misure, e l'opposizione e il Procedure Committee - in Germania, il Parlamento ha preferito conservare la propria operatività in formato ridotto anziché convertirsi alla modalità virtuale. Questa differenza, tuttavia, sembra attenuarsi se letta alla luce di un contesto più ampio che tenga conto, innanzitutto, del fatto che la procedura ibrida ha riguardato principalmente la House of Lords, da sempre più aperta alle innovazioni tecnologiche rispetto alla House of Commons (oltre che al voto da remoto, si pensi, ad esempio anche alla disposizione verso le riprese televisive).

Se, come visto, il fattore anagrafico non risulta significativo, ve n'è un altro, invece, che contribuisce a spiegare questa differenza, ovvero, come già evidenziato, le funzioni differenti delle due camere. I membri della House of Lords, infatti, non hanno lo stesso potere decisionale dei membri della House of Commons; non sono eletti e, non dovendo gestire le *constituencies*, hanno anche molto più tempo a disposizione per apprendere nuovi sistemi e meccanismi. Ben diversa è la situazione per i membri della House of Commons. La loro responsabilità politica e il loro ruolo li rende sovraesposti e di conseguenza più cauti e, in qualche misura, ambivalenti di fronte alle nuove tecnologie¹⁵⁵. Inoltre, occorre tenere in considerazione le continue proposte di riforma che da tempo minacciano la stessa esistenza della House of Lords. Il bisogno di smarcarsi dalle accuse di essere un'istituzione obsoleta e inutile per il popolo inglese potrebbe contribuire a spiegare la particolare disposizione verso l'innovazione digitale dei membri di questa camera¹⁵⁶.

I dati raccolti ai fini di questo studio non consentono di trarre conclusioni sulla relazione tra bicameralismo asimmetrico e innovazione tecnologica (anche in ragione delle difficoltà, già menzionate, ad attribuire la natura di seconda camera tanto al Bundesrat quanto alla House of Lords). Le evidenze emerse sembrano però confermare il peso decisivo della funzione espletata quale fattore predittivo del grado di sviluppo tecnologico accolto e promosso. Così, ad esempio, come già illustrato, nel Bundesrat sono state attivate – soprattutto dalla pandemia – numerose misure di utilizzo del mezzo tecnologico, volte a facilitare e velocizzare il lavoro. Si registra una particolare attenzione all'introduzione di procedure e strumenti tecnologici, soprattutto nelle divisioni maggiormente coinvolte nel processo legislativo (il *core business* del Bundesrat), accompagnata dall'investimento di risorse umane ed economiche. Lo sviluppo tecnologico, peraltro, risulta agevolato da un'amministrazione snella, che assicura rapidità e flessibilità, e dal lavoro prezioso dello

¹⁵⁵ Intervista a Virpi Koykka, 15 gennaio 2024 che osserva come i MPs, in generale, appaiano divisi tra la necessaria adesione agli strumenti tecnologici e la difficoltà di gestirne l'uso, non solo per la mancanza di tempo e di abilità tecniche ma anche per i rischi che essi portano con sé (inclusa, ma non solo, la questione della cybersecurity).

¹⁵⁶ Intervista a Thomas Zittel, 30 gennaio 2024.

Steering Committee sulla digitalizzazione, che detta priorità e linee di indirizzo¹⁵⁷. Nonostante ciò, nel Bundesrat, le operazioni connesse alla digitalizzazione della procedura legislativa sono ancora in corso e richiedono ancora tempo per giungere a compimento. A spiegare questo dato, vengono in rilievo i poteri – cruciali – costituzionalmente attribuiti a quest'organo, soprattutto in ambito legislativo (da esercitarsi peraltro entro tempi stretti)¹⁵⁸, nonché la tradizionale funzione di «snodo dell'intero traffico costituzionale»¹⁵⁹ agita dal Bundesrat e il suo ruolo determinante ai fini della tenuta del peculiare sistema federale tedesco e dei suoi meccanismi cooperativi. Si tratta di funzioni che richiedono necessariamente tempi lenti, in ragione della loro importanza, nonché della vitale – e, inevitabilmente, *time-consuming* – operazione di «sintonizzazione» di molte voci. Oltre a ciò, può essere ulteriormente richiamato un tratto caratteristico della cultura istituzionale tedesca – di cui si vedono tracce anche altrove, come si vedrà – che risponde al diktat del «better safe than sorry»¹⁶⁰ e che impone di introdurre ufficialmente nuovi strumenti solo quando sono stati adeguatamente e lungamente testati.

Ciò consente di svolgere ulteriori osservazioni che chiamano in causa un'altra funzione, quella rappresentativa, e il rapporto che i Parlamenti intrattengono con la società civile. Se si osservano le due esperienze, infatti, è qui che emergono le differenze più profonde. Una precisazione preliminare è d'obbligo, al fine di assicurare la coerenza strutturale di questa ricerca e rimanere fedeli alla domanda che la muove. Sia il parlamento britannico che quello tedesco si dimostrano estremamente virtuosi nell'utilizzo delle tecnologie ICT a fini del public engagement (anzi i più virtuosi in Europa, stando ad un'analisi compiuta sui rispettivi website)¹⁶¹. Tuttavia, lo scenario cambia radicalmente se l'attività comunicativa del parlamento viene disaggregata sulla base delle attività realizzate. Nello specifico, è possibile osservare come il parlamento tedesco si distingue nella capacità di fornire un'altissima mole di informazioni (sulla sua attività, sull'organigramma, sull'amministrazione, sui singoli MPs), ma performa peggio quando si parla di strumenti partecipativi volti ad assicurare un'interazione e un coinvolgimento sostanziale dei cittadini. Il Parlamento britannico, invece, su questo terreno presenta importanti iniziative, supportate da altrettanto importanti investimenti: si parla di più di 10 milioni di sterline all'anno spese sotto la voce

¹⁵⁷ Intervista a Claus Koggel del 17 luglio 2024. Queste variazioni tra divisioni all'interno del Bundesrat nella maggiore o minore apertura alla digitalizzazione sono sottolineate anche da Lena Heldt nello scambio email del 15 luglio 2024.

¹⁵⁸ Si veda ad esempio l'art. 74 II 2 della Legge fondamentale per la Repubblica Federale di Germania.

¹⁵⁹ V. F. Palermo, J. Woelk, *Il Bundesrat tedesco tra continuità e ipotesi di riforma. Riflessioni a margine di un dibattito attuale*, in *Le regioni*, 1999, p. 1097, in particolare p. 1111.

¹⁶⁰ È quanto riporta Lena Heldt nello scambio email del 15 luglio 2024.

¹⁶¹ P. Theiner, J. Schwanholz, A. Busch, *Parliaments 2.0? Digital Media Use by National Parliaments in the EU*, in J. Schwanholz, T. Graham, PT Stoll, (eds), *Managing Democracy in the Digital Age*, 2018.

In bilico tra continuità e innovazione. Osservazioni comparate sullo sviluppo delle tecniche di informazione e comunicazione applicate all'attività parlamentare in Regno Unito e Germania

«education» e «outreach activity», che hanno consentito di raggiungere, tra il 2019 e il 2020, 1,891,738 persone¹⁶². Questa strategia di public engagement, iniziata intorno al 2011, individua come destinatari i cittadini più lontani dalla cosa pubblica, più *disengaged* (quali minoranze, giovani, persone con disabilità, disoccupati)¹⁶³. Essa prevede pagine web, ma soprattutto consultazioni online, dibattiti digitali e, in generale, un ampio uso dei social media, con il chiaro obiettivo di assicurare un maggiore dialogo con la società civile e una più stretta integrazione tra la partecipazione pubblica e i lavori parlamentari, anche al fine di aumentare l'impatto delle azioni messe in campo¹⁶⁴. Il Parlamento offre, inoltre, la possibilità di effettuare visite virtuali e interattive, attraverso l'utilizzo di tecnologie quali la realtà virtuale e la realtà aumentata. Nelle parole di Aileen Walker, il direttore dell'ufficio sul public engagement presso la House of Commons, questi strumenti digitali servono a spiegare «*the work and role of the House and the day to day work of Members through features, factual programming, and online*»¹⁶⁵. Lavora ai medesimi obiettivi anche il Select Committee Engagement Team che supporta le commissioni della House of Lords e della House of Commons nella realizzazione di eventi finalizzati a coinvolgere la cittadinanza, che vanno ben al di là delle ordinarie sessioni formali da questi tenute¹⁶⁶.

La Germania offre, invece, uno scenario diverso, in cui lo sviluppo di nuove tecnologie che assicurino un public engagement sostanziale e interattivo risulta ancora *in itinere*. Come già osservato, nel 2017, e ancor più nel 2021, gli accordi siglati dalla coalizione di governo sembrano puntare molto sull'innovazione tecnologica, soprattutto con riferimento all'attività della pubblica amministrazione, attraverso lo sviluppo di infrastrutture digitali e la digitalizzazione delle procedure¹⁶⁷. Se per un

¹⁶² IPU, *Global Parliamentary Report 2022*, p. 19, <https://www.ipu.org/resources/publications/reports/2022-03/global-parliamentary-report-2022>

¹⁶³ Hansard Society, *Connecting citizens to Parliament: How Parliament can engage more effectively with hard to-reach groups*, 2011, www.hansardsociety.org.uk/publications/reports/connecting-citizens-to-parliament-how-parliament-can-engage-more

¹⁶⁴ P. Theiner, J. Schwanholz, A. Busch, *Parliaments 2.0? Digital Media Use by National Parliaments in the EU*, cit. Si veda in proposito la pagina web del Bundestag sull'utilizzo dei social media (https://www.bundestag.de/services/nutzungskonzept_som/nutzungskonzept-710190). Risulta che il Parlamento tedesco abbia deciso di utilizzare maggiormente Youtube e Twitter dal 2019 (in uso rispettivamente dal 2016 e dal 2020). Dal gennaio 2023, il Bundestag gestisce un canale anche su Instagram. Si veda anche C. Leston Bandeira, A. Walker, *Parliaments and public engagement*, cit., p. 313

¹⁶⁵ A. Walker, *Parliament and the public: Public information/engagement services in the House of Commons, Evidence to the Digital Democracy Commission*, 2014, available at:

<http://www.parliament.uk/documents/speaker/digital-democracy/Digi094AileenWalker.pdf>

¹⁶⁶ Si parla di circa 40 eventi annuali, il 60% dei quali viene svolto fuori dalla sede del parlamento. Per ulteriori dettagli IPU, *Global Parliamentary Report 2022*, cit., p. 21.

¹⁶⁷ Il programma è disponibile qui https://www.spd.de/fileadmin/Dokumente/Koalitionsvertrag/Koalitionsvertrag_2021-2025.pdf

In bilico tra continuità e innovazione. Osservazioni comparate sullo sviluppo delle tecniche di informazione e comunicazione applicate all'attività parlamentare in Regno Unito e Germania

verso, queste promesse testimoniano il bisogno di potenziare quest'area, per altro verso, esse potrebbero far pensare ad un cambiamento di rotta nel prossimo futuro. Secondo alcune autorevoli voci, tuttavia, non si tratta che di slogan elettorali: nonostante la Germania sia leader europeo nel settore ICT e quarto al mondo¹⁶⁸, il contesto tedesco si presenta fortemente mancante di infrastrutture digitali in ambiti cruciali, quali la sanità o l'istruzione. Ciò inevitabilmente riduce l'urgenza di intervenire sulla digitalizzazione della politica¹⁶⁹.

D'altra parte, lo studio degli strumenti di public engagement richiede di prestare attenzione anche all'altro polo della relazione comunicativa: la cittadinanza, che in Germania conosce una certa resistenza per lo strumento digitale, prediligendo ancora mezzi quali lettere e fax. Secondo alcuni, dietro tutto ciò, vi sarebbe una cultura estremamente sospettosa rispetto a possibili minacce alla propria privacy, che troverebbe corrispondenza in un quadro giuridico particolarmente stringente in materia di dati personali¹⁷⁰. Questa tendenza, molto diffusa nella percezione pubblica tedesca, può essere ricollegata, tra gli altri aspetti, ad un'accesa campagna pubblica che nel 1983 si oppose ad una legge, approvata nel 1982, che prevedeva un censimento generale della popolazione tedesca¹⁷¹. Il tribunale costituzionale si esprime sul punto con una decisione emessa il 15 dicembre del 1983, dichiarando la parziale illegittimità costituzionale della legge e affermando il diritto alla privacy, come diretta emanazione del diritto alla personalità individuale (di cui all'art. 2 della Legge Fondamentale) e il diritto all'autodeterminazione circa la circolazione delle proprie informazioni¹⁷².

¹⁶⁸Servizio Studi Senato della Repubblica, *Disposizioni urgenti in materia di cybersicurezza, definizione dell'architettura nazionale di cybersicurezza e istituzione dell'Agenzia per la cybersicurezza nazionale*, 23 luglio 2021, p. 99.

¹⁶⁹ Intervista a Thomas Zittel, 30 gennaio 2024.

¹⁷⁰È stato affermato in proposito come la tutela dei dati personali in Germania «has a stronger constitutional base than in any other country». Così D. H. Flaherty, *Protecting privacy in surveillance societies: The Federal Republic of Germany, Sweden, France, Canada, and the United States*, Chapel Hill: University of North Carolina Press, 1989, p. 22, richiamato da P. König, *Signs of convergence in party policies on digital technologies. A comparative analysis of party policy stances in Ireland and Germany*, in *Journal of Information Technology & Politics*, 16, 2, 2019, p. 137ss. Nello specifico intervengono a tutelare il trattamento dei dati personali la legge federale sui dati personali (BDSG) integrata dalla normativa europea (quali l'art. 8 della Carta di Nizza e il GDPR - Regolamento generale sulla protezione dei dati (UE 2016/679)). Con riferimento al primo, merita sottolineare che la legge federale proibisce la conservazione dei dati personali per un lungo periodo di tempo. I dati devono essere eliminati non appena si esaurisce il proposito che aveva portato alla loro raccolta (art. 35 (1) BDSG). Inoltre, i partiti politici non sono abilitati a raccogliere dati che coinvolgano razza, etnia, credo politico, religioso, filosofico (§35 (2) BDSG). Di conseguenza, in Germania non è possibile costruire grandi banche dati per il micro-targeting.

¹⁷¹Legge del 25 marzo 1983 (Volkszählungsgesetz del 1983).

¹⁷² Per ulteriori informazioni si veda G. Sartor, *Tutela della personalità e normativa per la "protezione dei dati". La sentenza della Corte costituzionale tedesca sul censimento del 1983 nel dibattito dottrinale sui profili costituzionalistici del "Datenschutz"*, in *Informatica e diritto*, XII Annata, Vol. XII, 1986, n. 3, pp. 95.

Questa cultura giuridica e politica affonda le proprie radici anche nella storia tedesca, e nel bisogno di ergere muri giuridici di contro a periodi, come quello nazifascista o della DDR, in cui questi beni hanno conosciuto una sistematica violazione¹⁷³. Peraltro, essa trova ulteriore testimonianza nella normativa in punto di sicurezza informatica e delle telecomunicazioni, rispetto alla quale la Germania è intervenuta in anticipo, in confronto ad altri stati europei, con una disciplina particolarmente stringente¹⁷⁴. È interessante osservare come, invece, nel Regno Unito sono numerose le carenze evidenziate in punto di cybersecurity, anche a fronte di un intervento dello stato in materia che fino al 2019 era parecchio limitato¹⁷⁵.

Un altro aspetto che può essere preso in considerazione per spiegare le differenze riscontrate tra il Parlamento tedesco e quello britannico concerne il grado di legittimazione di cui questi ultimi godono. In Germania, il parlamento sembra poter fare affidamento su un certo grado di fiducia tra i cittadini - che, stando agli ultimi dati, si assesta attorno al 43% - e questo potrebbe contribuire a spiegare perché non siano ancora state devolute risorse umane ed economiche ai profili del public engagement: mancherebbe la necessità di apportare cambiamenti significativi utili a potenziare la relazione tra parlamento e cittadinanza¹⁷⁶. Per contro, nel Regno Unito, le ragioni della particolare attenzione dedicata ai profili di c.d. public engagement potrebbero essere in parte ricondotte alla crisi di rappresentatività che da qualche tempo ha colpito il parlamento britannico. Il numero dei cittadini britannici che dichiara di avere fiducia nel parlamento risulta in caduta libera dagli anni '90 e, stando ad uno studio del 2023, si aggira attualmente intorno al 23%¹⁷⁷. Inoltre, a seguito dei cambiamenti istituzionali già menzionati, l'aumentare dei partiti e il moltiplicarsi dei punti di vista nella società inglese hanno contribuito a rendere il sistema elettorale del «first past the post» sempre

¹⁷³ Intervista a Sven Siedken, 30 marzo 2023.

¹⁷⁴ Si pensi in proposito all'Ufficio federale per la sicurezza informatica (Bundesamt für Sicherheit in der Informationstechnik - BSI), che ha iniziato la sua attività il 1° gennaio 1991 e che è responsabile della sicurezza informatica a livello nazionale. Esso ha conosciuto un ampliamento delle proprie competenze con la Seconda legge per migliorare la sicurezza dei sistemi di informazione digitale (Zweites Gesetz zur Erhöhung der Sicherheit informationstechnischer Systeme) del 18 maggio 2021, che ha potenziato le funzioni del BSI, tra gli altri aspetti, nel rilevamento delle possibili criticità nella sicurezza e nella difesa dagli attacchi informatici. Per ulteriori dettagli si veda Servizio Studi Senato della Repubblica, *Disposizioni urgenti in materia di cybersicurezza, definizione dell'architettura nazionale di cybersicurezza e istituzione dell'Agenzia per la cybersicurezza nazionale*, 23 luglio 2021, p. 103.

¹⁷⁵ Ibidem, si veda nello specifico la relazione della House of Lords – House of Commons, Joint Committee on National Security Strategy, *Cyber security of the UK's Critical national Infrastructure* (Third Report of Session 2017-2019), 2018, [Cyber Security of the UK's Critical National Infrastructure \(parliament.uk\)](#)

¹⁷⁶ Intervista a Sven Siedken, 30 marzo 2023

¹⁷⁷ La ricerca è stata condotta dal Policy Institute del King's College London, come parte di uno studio più ampio del World Values Survey (WVS). I dati sono disponibili qui [confidence-in-institutions.pdf \(kcl.ac.uk\)](#)

più incapace di assicurare l'effettiva rappresentatività, e dunque, democraticità del sistema¹⁷⁸.

Ma se quest'ultimo profilo, come già anticipato, richiede studi empirici maggiori e più approfonditi (peraltro non manca chi mette in guardia circa l'ambivalenza e la dubbia efficacia dell'uso dei media a questi fini)¹⁷⁹, vi è un altro aspetto - decisivo - che occorre evidenziare, ovvero il modo in cui i parlamenti qui analizzati rappresentano sé stessi e il proprio stile di lavoro. In altre parole, la già citata distinzione tra «*debating parliament*» e «*working parliament*» risulta significativa e utile a spiegare la differente geometria di sviluppo della digitalizzazione nei Parlamenti di Gran Bretagna e Germania. In tal senso, come già anticipato, se la digitalizzazione richiede «enorme flessibilità»¹⁸⁰, il Parlamento tedesco risulta svantaggiato dalle meccaniche complicate del suo ipertrofico apparato burocratico-amministrativo¹⁸¹, in cui ogni nuovo progetto si accompagna alla creazione di una struttura ad esso dedicata, in cui un'articolazione amministrativa labirintica rende più difficili il dialogo tra i vari uffici e l'interoperatività, necessari a garantire efficienza, immediatezza e agilità. Emerge, così, come la presenza di risorse umane ed economiche abbia una significatività limitata nell'ambito dei processi di digitalizzazione in Parlamento, se strutture e staff non sono capaci di adattarsi e di evolversi rapidamente¹⁸². Il Regno Unito, invece, sembra poter contare su una maggiore flessibilità decisionale, e su una maggiore interoperatività, con diverse strutture bicamerali come il Parliamentary Digital Service. Peraltro, se si pensa al Parlamento britannico come ad un parlamento eminentemente proiettato verso la

¹⁷⁸ Intervista a John Zerilli del 23.12.2022.

¹⁷⁹ Infatti, se per un verso, i media contribuiscono alla trasparenza delle istituzioni parlamentari, essi pure ne rivelano gli aspetti negativi, riducendo, ad esempio, la fiducia nelle istituzioni. Ad esempio, nel Regno Unito «some MPs responded strategically to digital monitoring, increasing the quantity of certain visible activities on the floor of the chamber, including speeches and parliamentary questions. In some cases, however, this increased quantity of activities has been symbolic and not always added to the quality of representations». Ciò finisce inevitabilmente con il compromettere la coerenza delle informazioni offerte, intaccando l'immagine dell'istituzione. Così T. Saalfeld, D. Lutsenko, and M. Eklund, *The Digital Transformation of Parliaments and Implications for Democratic Representation*, in F. Fitsilis, G. Mikrosche, *Smart Parliaments. Data-Driven Democracy*, European Liberal Forum, 2022, p. 71 ss. Gli autori richiamano le osservazioni condotte da I. Korthagen, H. Dorst, *Parliamentary Monitoring*, in L. Hennen et al. (eds.), *European E-Democracy in Practice*, Cham: Springer Open, 2020, p. 151 ss. Si veda, infine, M. Asher, C. Leston-Bandeira, V. Spaiser, *Do Parliamentary Debates of e-Petitions Enhance Public Engagement With Parliament? An Analysis of Twitter Conversations*, cit., p. 157. Nello specifico, le autrici mettono in guardia rispetto alla costruzione, attraverso i media, di «bolle mediatiche» e, dunque, alla frammentazione e alla polarizzazione (citando qui P. Dahlgren, *The Internet, Public Spheres, and Political Communication*, in *Political Communication*, 22(2), 2005, pp.147, e L. H. Hoffman, *Participation or Communication? An Explication of Political Activity in the Internet Age*, in *Journal of Information Technology & Politics*, 9(3), 2012, pp.217).

¹⁸⁰ Intervista a Cristina Leston Bandeira, 31 gennaio 2024.

¹⁸¹ Intervista a Florian Glatz, 12 aprile 2023.

¹⁸² Intervista a Cristina Leston Bandeira, 31 gennaio 2024.

In bilico tra continuità e innovazione. Osservazioni comparate sullo sviluppo delle tecniche di informazione e comunicazione applicate all'attività parlamentare in Regno Unito e Germania

funzione comunicativa, «*debating*» appunto, si comprende anche la sensibilità dimostrata verso l'innovazione digitale in punto di public engagement. D'altra parte, questa peculiarità del parlamento britannico riflette un elemento centrale della cultura del paese. Si pensi, in generale, a come la pratica del dibattito pervada il contesto britannico con i suoi corsi, club e eventi¹⁸³. Questo spunto consente, inoltre, di spiegare come, nel Regno Unito, l'attivismo e lo slancio critico della società civile riesca a raggiungere anche Westminster, promuovendo e imprimendo nuovi input, strutture e modalità. Non si può ignorare, ad esempio, il ruolo di un attore che ha avuto e continua ad avere un peso significativo nel contesto, anche parlamentare, britannico: l'Hansard society¹⁸⁴. Per contro, nel Bundestag, la società civile ha un margine di azione e di innovazione ridotto, laddove i partiti, da sempre i veri protagonisti nell'arena politica tedesca, con le loro strutture risultano controllare gelosamente procedure e organizzazione del parlamento, accentuando la tendenza alla conservazione¹⁸⁵.

Quest'ultima notazione, peraltro, interviene a confermare quanto fin qui emerso: in assenza di un disegno complessivo e strutturale di digitalizzazione di tutte le procedure parlamentari (al momento assente sia in Germania che nel Regno Unito), la cultura giuridica e politica continua ad esercitare un condizionamento potente sui luoghi, i modi, le forme e le velocità con cui gli strumenti tecnologici fanno ingresso nell'aula parlamentare. Elementi istituzionali e culturali «influenzano il modo in cui le persone si comportano o i loro bisogni» e il modo in cui «gli strumenti tecnologici vengono usati»¹⁸⁶. Questo studio suggerisce, dunque, come, anche di fronte agli stimoli provenienti dal processo di digitalizzazione, il concetto di «*path dependency*»¹⁸⁷ mantenga una sua pregnanza quando si tratta di analizzare l'istituzione parlamentare, la sua organizzazione e le sue procedure, in linea, peraltro, con il tradizionale conservatorismo dei parlamenti, la tendenziale «*introvert response of parliaments against*

¹⁸³ Si ringrazia per quest'ultima suggestione Thomas Zittel.

¹⁸⁴ Intervista a Thomas Zittel del 30 gennaio 2024. Si veda sul punto il volume edito da S. Coleman, J. Taylor e W. Van de Donk, *Parliament in the age of the Internet*, Oxford University Press in Association with Hansard Society for Parliamentary Government, 1999. Sulla stessa linea anche Cristina Leston Bandeira che nell'intervista del 31 gennaio 2024 sottolinea la relazione tra attivismo della società civile e sviluppo delle attività di public engagement, anche attraverso lo strumento digitale, da parte dei parlamenti, menzionando gli esempi di Brasile e Sud Africa.

¹⁸⁵ Intervista a Cristina Leston Bandeira, 31 gennaio 2024.

¹⁸⁶ Intervista a Matt Lynch del 15.12.2022

¹⁸⁷ Il concetto di *path dependence* «originally arose in the field of economics before gaining currency with political scientists and historians. The essence of path dependency is that temporality matters: once a decision is made, it often becomes "locked-in" and persists despite the existence of more efficient or otherwise better alternatives that could become apparent later». Così in J. Patrick, *Path Dependency, the High Court, and the Constitution*, in S. McKibbin, J. Patrick, M.K. Harmes (eds), *The Impact of Law's History. Palgrave Modern Legal History*, Palgrave Macmillan, Cham, 2022.

*innovation*¹⁸⁸. In altre parole, sebbene il rapporto tra la tecnologia e il contesto giuridico-politico in cui si innesta non può che essere biunivoco, sembra potersi affermare che, per ora, nelle esperienze qui prese in considerazione, prevalga una certa tendenza alla continuità: in Germania e Regno Unito, infatti, lo sviluppo delle tecnologie IoT risulta ancora prevalentemente trainato dalla storia, e, nello specifico, da fattori istituzionali (quali le norme poste a tutela dei dati personali, la struttura e il funzionamento dell'istituzione parlamentare) e da aspetti propri della cultura politica e giuridica dei rispettivi parlamenti e contesti (si pensi, ad esempio, ai principi di stabilità e continuità propri della tradizione tedesca, al peculiare storicismo inglese e, come visto all'appartenenza ai modelli del «*working*» o «*debating parliament*»). Così, gli strumenti digitali osservati con riferimento alle procedure parlamentari sono pochi, e, quando riscontrati, essi risultano essere, per lo più, la traduzione in chiave digitale degli strumenti ordinari (si pensi, ad esempio, allo strumento delle *e-questions* o delle *e-petitions*). Non si registrano svolte creative o cambiamenti sostanziali, né nel Parlamento britannico né in quello tedesco, che rispetto a questi aspetti risultano abbastanza simili. La distanza maggiore emerge invece rispetto all'attività di public engagement. Qui, il Parlamento britannico, attraverso strumenti quali le consultazioni online o i *digital debates*, sperimenta effettivamente percorsi inediti e originali, volti a potenziare la sua funzione rappresentativa.

Le evidenze raccolte in questo studio offrono utili spunti anche sul piano metodologico. Esse suggeriscono come non si possa attribuire agli strumenti tecnologici la natura di variabili indipendenti. Così, ad esempio, l'ipotesi di un'equazione tra strumenti tecnologici e (stra)potere governativo può risultare fuorviante se estrapolata dal contesto di riferimento. Ad esempio, nel Regno Unito, l'asimmetria con cui il governo utilizza lo strumento tecnologico e ne promuove o ne impedisce l'ingresso in parlamento va letta alla luce di un più generale trend governocentrico che caratterizza da tempo quell'esperienza¹⁸⁹. Nel caso tedesco, invece,

¹⁸⁸F. Fitsilis, O. Costa, *Parliamentary Administration Facing the Digital Challenge*, in T. Christiansen, E. Griglio, N. Lupo, *The Routledge Handbook of Parliamentary Administrations*, cit., p. 105, in particolare p. 110. Si veda in proposito lo studio di D. Koryzis, A. Dalas, D. Spiliotopoulos, F. Fitsilis, *ParTech: Transformation Framework for the Digital Parliament*, in *Big Data Cogn. Comput.*, cit., in cui si evidenzia come «findings show that the organizational transformation process that goes along with digitalization is significantly hindered by a number of factors, the most recognized being bureaucratic culture (65.6%) and resistance to change (62.5%)», p. 6.

¹⁸⁹Particolarmente eloquente è la relazione del Select Committee on the Reform of the House of Commons (la c.d. Commissione Wright): «*There is a well-established concern (dating back many decades) that Government in general is too dominant over parliamentary proceedings. The House is notionally in charge but, partly because of difficulties of collective decision-making, partly due to imbalance of resources, and partly as a result of its own Standing Orders, the coordination of decisions often rests with the executives*». Reform of the House of Commons Select Committee, *Rebuilding the House (First Report of Session 2008–09)*, HC 1117 (London: House of

l'ombra del sospetto government-friendly della tecnologia sfuma del tutto. Qui, infatti, fin dalle prime fasi della pandemia, attraverso un approccio fortemente cooperativo con il governo, il Parlamento ha mostrato controllo e piena efficacia nella gestione, anche rispetto all'utilizzo degli strumenti digitali¹⁹⁰. Allo stesso modo, è opportuno evitare di costruire idealtipi che potrebbero rivelarsi validi solo con riferimento ad una specifica funzione della tecnologia e non ad altre. Si pensi in proposito al parlamento tedesco che risulta performare molto bene quando si tratta di informare, ma non altrettanto quando la comunicazione diventa interattiva e la partecipazione pubblica sostanziale. La stessa cautela metodologica va applicata anche rispetto ad un altro fattore: lo studio dell'innovazione tecnologica richiede di selezionare gli attori su cui si sceglie di appuntare l'attenzione, dal momento che i processi di digitalizzazione caratterizzano in modo diverso l'istituzione parlamentare, i partiti, i singoli parlamentari o lo staff amministrativo¹⁹¹.

Ovviamente ciò non vuol dire che non vi siano molteplici e fittissime interrelazioni e condizionamenti tra questi soggetti (al cui novero va necessariamente aggiunta anche la burocrazia parlamentare e, qualora presente, la società civile). Un esempio eloquente in tal senso è il livello di digitalizzazione che caratterizza la comunicazione che i singoli MPs rivolgono alle proprie constituencies, incentivato o meno dal modo in cui è strutturato il sistema elettorale. Così, nel Regno Unito, una serie di fattori istituzionali, tra cui il sistema elettorale, hanno favorito un trend di sempre maggiore personalizzazione politica¹⁹², che in Germania, per via del ruolo centrale dei partiti¹⁹³ e di un sistema elettorale di tipo misto, proporzionale-

Commons), 2009, p. 12, richiamata da M. Russell, D. Gover, *Taking back control. Why the House of Commons should govern its own time*, in *The Constitution Unit*, UCL, cit.

¹⁹⁰ Intervista a Sven Siefken, che spiega come abbiano contribuito a facilitare e a promuovere questo spirito di coesione elementi quali l'appello ad un decision-making non politicizzato e ad un «consenso razionale», ed elementi istituzionali, quali la forma di stato federale e la coeva necessità di sintonizzare la maggioranza federale con quella dei singoli Lander.

¹⁹¹ Su quest'ultimo punto, si veda estensivamente, F. Fitsilis, O. Costa, *Parliamentary Administration Facing the Digital Challenge*, in T. Christiansen, E. Griglio, N. Lupo, *The Routledge Handbook of Parliamentary Administrations*, cit., p. 105 ss.

¹⁹² P. Norton, D. M. Wood, *Back from Westminster: British Members of Parliament and Their Constituents*, University Press of Kentucky, 1993, gli autori affermano come a seguito di un trend iniziato ormai da diverso tempo, la House of Commons abbia conosciuto un progressivo passaggio «from a state of party cohesion and party leadership toward a more individualistic and active policy-making role».

¹⁹³ I partiti giocano un ruolo decisivo ai fini delle scelte di voto, se solo si considera la percentuale dei cittadini tedeschi per i quali l'identificazione con il partito è ancora alta (circa il 60%). Sono i partiti, poi, a fornire ai candidati contenuti e staff durante la campagna elettorale. Infine, sono sempre i partiti che, in buona misura, scelgono i candidati. Così in S. Siefken, *At the grassroots of representation: District work of MPs in Germany*, in *French Politics*, 14, 2016, p. 469 ss.

In bilico tra continuità e innovazione. Osservazioni comparate sullo sviluppo delle tecniche di informazione e comunicazione applicate all'attività parlamentare in Regno Unito e Germania

personalizzato¹⁹⁴, risulta molto attenuato¹⁹⁵. Ciò ha precise conseguenze rispetto al rapporto che i singoli parlamentari intrattengono con il proprio elettorato e alle modalità di comunicazione utilizzate (che, ovviamente, a loro volta, influiscono sul processo di progressiva individualizzazione)¹⁹⁶.

Nel Regno Unito sono numerosissimi i contatti, anche virtuali, tra i parlamentari e il proprio bacino elettorale. In Germania, invece, occorre distinguere: i parlamentari eletti all'interno delle liste dei partiti non hanno nessun incentivo ad impiegare risorse nell'attività comunicativa, soprattutto attraverso i social media (peraltro, anche gli stessi partiti in Germania mostrano un livello di digitalizzazione che è ancora «in its infancy»¹⁹⁷, anche in ragione della forte identificazione partitica ancora presente tra i cittadini tedeschi)¹⁹⁸. I parlamentari eletti nominalmente, o che, più in generale, non possono contare sull'appoggio del partito, invece, sono spinti a coltivare un legame più stretto con i propri elettori. Ciò ne condiziona il focus rappresentativo non solo in campagna elettorale, ma anche in seguito, nell'esercizio delle proprie funzioni e, in particolare, nell'attività comunicativa, soprattutto online¹⁹⁹. Ora, è ben possibile che tutto ciò abbia delle ripercussioni sull'istituzione parlamentare. Si pensi ad esempio alla pressione che quest'ultima potrebbe subire rispetto alle proprie performance comunicative di fronte ad un'intensa attività esercitata in tal senso da parte dei singoli parlamentari, e alle conseguenti aspettative così ingenerate nella società civile²⁰⁰. Si

¹⁹⁴G. Pasquino, *Sistemi politici comparati. Francia, Germania, Gran Bretagna, Italia, Stati Uniti*, Bologna, Bononia University Press, 2007. In Germania ogni elettore dispone di due voti. Il primo voto è per il candidato della circoscrizione elettorale (viene eletto chi prende più voti) mentre il secondo voto è per il partito, i cui candidati sono individuati in una lista per ciascun Land. È quest'ultimo voto che determina i rapporti di forza tra partiti all'interno del parlamento perché è quello che stabilisce concretamente la suddivisione dei seggi e dunque la formazione di possibili maggioranze di governo.

¹⁹⁵T. Zittel, *Digital Parliaments and Electronic Democracy*, cit., p. 70 ss.

¹⁹⁶S. S. Schüttemeyer, S. T. Siefken, *The German Bundestag: Core Institution in a Parliamentary Democracy*, in *The Oxford handbook of German Politics*, K. Larres (eds.), p. 166, che richiama P. Norris, *The Puzzle of Constituency Service*, *The Journal of Legislative Studies*, 3(2), 1997, pp. 29 ss.

¹⁹⁷ Ibidem, p. 124.

¹⁹⁸Si pensi, inoltre, tra gli altri aspetti, al fatto che i partiti godono di un finanziamento che si basa prevalentemente su fondi pubblici e sulle quote degli iscritti. S. Kruschinski, A. Haller, *Restrictions on data-driven political micro-targeting in Germany*, in *Internet Policy Review*, 2017, 23 Mar. 2023. Si veda E. Caterina, *Il finanziamento privato della politica. Problemi di diritto costituzionale*, Roma, 2022.

¹⁹⁹L. Schürmann, S. Stier, *Who Represents the Constituency? Online Political Communication by Members of Parliament in the German Mixed-Member Electoral System*, in *Legislative Studies Quarterly*, 48, 2023, p. 219. Vi è, tuttavia, chi spinge a smorzare gli effetti di questa correlazione tra elezione nominale e vicinanza ai cittadini di una specifica circoscrizione, anche alla luce dell'alto numero di candidature doppie (mandato diretto e lista). Così S. S. Schüttemeyer, S. T. Siefken, *The German Bundestag: Core Institution in a Parliamentary Democracy*, cit., che richiama lo studio di Zittel, D. Nyhuis, and M. Baumann, *Geographic Representation in Party-Dominated Legislatures: A Quantitative Text Analysis of Parliamentary Questions in the German Bundestag*, in *Legislative Studies Quarterly*, 2019, p. 681 ss.

²⁰⁰ Intervista a Cristina Leston Bandeira, 31 gennaio 2024.

tratta, però, di interrelazioni eventuali (il cui impatto effettivo richiede ancora di essere valutato attraverso accurati studi empirici), e, soprattutto di interrelazioni indirette che, lungi dal giustificare una trattazione congiunta, suggeriscono piuttosto di tenere ben separati i piani e gli attori che popolano l'arena parlamentare.

5. Parlamenti, nuove tecnologie e tempo digitale: una relazione che si intreccia (anche) ad una questione identitaria

I dati raccolti stimolano, infine, un ultimo gruppo di considerazioni. Le innovazioni tecnologiche, infatti, sembrano accendere i riflettori anche su un altro aspetto centrale che riguarda direttamente l'identità dei parlamenti, come essi concepiscono il proprio ruolo, come si rappresentano, si organizzano e la misura in cui sono orientati al cambiamento.

Quanto osservato in Regno Unito e Germania consente di intervenire nel dibattito relativo alle alterazioni e trasformazioni che gli strumenti IoT hanno impresso sugli equilibri maggioranza-minoranza, parlamento-governo all'interno di un determinato contesto²⁰¹. Alla luce dei risultati della ricerca non sembra che nelle esperienze studiate sia in atto una radicale trasformazione degli equilibri istituzionali e costituzionali. Ciò anche perché, se è vero che «*digital transformation goes hand-in-hand with organisational change*»²⁰², al momento, nessuno dei due paesi ha conosciuto una ristrutturazione delle procedure interne e delle unità amministrative. Questo risultato, tuttavia, richiede al tempo stesso di essere modulato, calibrato.

Se la continuità, la cultura e la variabile «storia» risultano ancora dominanti, occorre riconoscere al tempo stesso come l'istituzione parlamentare stia vivendo un momento di profonda crisi, che stimola aggiustamenti e innovazioni, complici anche le pressioni mediatiche, elettorali, nonché le complessità delle società globali, e i ritmi serrati imposti dal tempo digitale. In questa cornice, i Parlamenti tendono sempre più a «svolgere il ruolo di legittimazione di decisioni assunte da altri soggetti in contesti di urgenza che fanno della rapidità il carattere imprescindibile della procedura e della decisione parlamentare»²⁰³. In proposito, un funzionario pubblico dei National

²⁰¹ Sono queste alcune delle domande alla base del progetto di ricerca *Legitech* già menzionato nella nota 1.

²⁰² F. Fitsilis, O. Costa, *Parliamentary Administration Facing the Digital Challenge*, in T. Christiansen, E. Griglio, N. Lupo, *The Routledge Handbook of Parliamentary Administrations*, cit., p. 112. Si veda in generale per i riferimenti la nota 5.

²⁰³ Così G. Filippetta, *Governance plurale, controllo parlamentare e rappresentanza politica al tempo della globalizzazione*, in *DPCE*, 2, 2005, 791 ss., in particolare p. 795. Si veda sul punto anche R. Ibrido, *Evoluzioni tecnologiche o involuzioni costituzionali? La "reingegnerizzazione" del processo di decisione parlamentare*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 2/2022. Disponibile in: <http://www.osservatoriosullefonti.it>, in particolare pp. 306-307.

Archives osserva come le principali richieste di miglioramento, i suggerimenti, le proposte relative agli strumenti tecnologici e al procedimento legislativo non provengano tanto dai parlamentari (che sembrano avere altre preoccupazioni, come far sì che un certo disegno di legge venga adottato) ma dal terzo settore o da particolari *lobbies*, che svolgono un crescente lavoro quotidiano di monitoraggio e advocacy²⁰⁴. Le stesse criticità interessano anche la dimensione sostanziale delle decisioni assunte. Alcuni degli esperti contattati hanno osservato come, talvolta, gli stessi membri del Parlamento facciano fatica a comprendere la legislazione²⁰⁵. In questo contesto di sommovimenti profondi, velocissimi, difficili da comprendere e intercettare, i Parlamenti sembrano abdicare al proprio ruolo per trasformarsi in semplice megafono degli interessi del governo o di specifiche *lobbies*, più equipaggiate a comprendere il contenuto delle leggi in alcuni settori particolarmente tecnici²⁰⁶.

Così, nel processo che fa da sfondo a identità parlamentari sempre più incerte e instabili, è ben possibile che siano proprio gli strumenti tecnologici a traghettare l'istituzione parlamentare verso il cambiamento. Quanto osservato finora in questo studio, dunque, non può che essere un'istantanea, soggetta ad evoluzioni che, scandite dal tempo digitale, subiscono accelerazioni rapide e continue, stimulate anche dalle ragioni economiche che intervengono prepotentemente nello sviluppo delle tecnologie digitali. Peraltro, proprio gli economisti chiariscono come l'innovazione tecnologica conosca diversi stadi. Se, all'inizio, essa viene utilizzata solo per replicare processi e strumenti già esistenti (si pensi all'uso delle email o alle informazioni trasmesse attraverso i siti web del Parlamento), in un secondo momento, si realizza che essa è utile ad aumentare efficienza e rapidità, fino a che le procedure in essere non vengono ad essere completamente ripensate proprio a partire dalle risorse digitali, che ne diventano il cuore pulsante²⁰⁷.

Alcuni segni di questa tendenza, che potrà essere misurata solo tra qualche tempo, possono intravedersi già adesso. Risultano paradigmatiche alcune modifiche introdotte nel Regno Unito a seguito della crisi pandemica, e le ambiguità con cui sono state accolte dagli stessi parlamentari. In particolare, secondo alcuni, l'introduzione della procedura ibrida nella House of Lords avrebbe spuntato la funzione di controllo esercitata da quest'ultima sul governo, favorendo l'esecutivo²⁰⁸. In questo senso, vi è

²⁰⁴Intervista a Matt Lynch, 15 dicembre 2022.

²⁰⁵Ibidem. Queste considerazioni sono condivise anche da Helen Xanthaki che le ha espresse nell'intervista del 7 dicembre 2022.

²⁰⁶ Ibidem

²⁰⁷J. A. Schumpeter, *Capitalism, socialism and democracy*, Routledge, 1976, richiamato da A. Campbell MP, A. Harrop e B. Thompson, *Towards the virtual Parliament-What computers can do for MPs*, in S. Coleman, J. Taylor e W. Van de Donk, *Parliament in the age of the Internet*, cit., p. 27 ss.

²⁰⁸È quanto messo in evidenza da House of Lords, Select Committee on the Constitution, 1st Report of Session 2021–22, HL Paper 4, COVID-19 and Parliament, 2021, par. 70-71.

chi ha denunciato come la digitalizzazione delle procedure parlamentari abbia privato le discussioni, e soprattutto il voto, dell'accuratezza, teatralità e sacralità, che la tradizionale partecipazione in presenza assicurava²⁰⁹. Così, ad esempio, la pressione sui ministri, e più in generale sul governo, anche in sede di commissione (Bill's committee stage), è stata da sempre esercitata dai parlamentari anche attraverso reazioni spontanee, brusii e interiezioni collettive, espressive di un «mood della Camera»²¹⁰ che è impossibile cogliere da remoto. E ancora, l'introduzione di una lista di speaker, funzionale a raccogliere i nomi dei parlamentari intenzionati ad intervenire su una certa questione, ha ulteriormente inciso sul potere di scrutinio della House of Lords. La presenza di un numero elevato di speaker, infatti, ha automaticamente ridotto il tempo messo a disposizione di ognuno. Sebbene quello dei «tempi di parola» insufficienti fosse un problema già presente, esso è stato, così, ulteriormente esacerbato²¹¹.

Di contro a queste posizioni, vi è chi ha visto nella digitalizzazione introdotta sull'onda dell'emergenza pandemica un fenomeno positivo. Ad esempio, nella Camera dei Lord, l'introduzione di procedure virtuali o ibride è stata accompagnata da un aumento della partecipazione, soprattutto da parte delle donne, di coloro che vivono in luoghi geograficamente lontani da Westminster, e più in generale di coloro che in tempi normali, incontrano più difficoltà a contribuire alla discussione. A questo proposito, ad esempio, l'adozione di una *list of speakers* è stata accolta con favore da alcuni parlamentari: come registrato dalla Baroness Smith of Basildon, questo sistema, infatti, «gives more members a chance to get in, you do not have to have the loudest voice to come in on a question»²¹². Allo stesso modo, anche il voto da remoto risulta aver aumentato la partecipazione tra i parlamentari²¹³, mentre non risulta che la procedura virtuale abbia intaccato la qualità dei lavori delle Commissioni della House of Lords, anzi sembra averla in qualche modo aumentata, ad esempio allargando la platea dei soggetti ascoltati come esperti²¹⁴.

Più in generale, inoltre, questi aggiustamenti digitali hanno portato all'attenzione la condizione di vulnerabilità che può essere sperimentata dai parlamentari e gli accomodamenti necessari per consentire a tutti un più agile e adeguato esercizio delle

²⁰⁹ Lord Moore of Etchingham, *The strangeness of voting in the Lords from my bed*, in *The Spectator*, 14 November 2020, <https://www.spectator.co.uk/article/the-strangeness-of-voting-in-the-lords-from-my-bed>.

²¹⁰ Ibidem, p. 21

²¹¹ Così House of Lords, Select Committee on the Constitution, *1st Report of Session 2021–22*, HL Paper 4, COVID-19 and Parliament, 2021, par. 78 - 87.

²¹² Ibidem, p. 18. Per ulteriori approfondimenti si veda pure: House of Lords Library, *House of Lords: Impact of virtual and hybrid proceedings in 2020*, 25 February 2021: <https://lordslibrary.parliament.uk/house-of-lords-impact-of-virtual-and-hybrid-sittings-in-2020/>

²¹³ House of Lords, Select Committee on the Constitution, *1st Report of Session 2021–22*, cit., p. 19, 20.

²¹⁴ Ibidem, p. 26.

In bilico tra continuità e innovazione. Osservazioni comparate sullo sviluppo delle tecniche di informazione e comunicazione applicate all'attività parlamentare in Regno Unito e Germania

proprie funzioni. Così, ad esempio, lo SO 24A consente nella House of Lords ai parlamentari «*who may be physically unable to attend the House on grounds of long-term disability*» la possibilità di partecipare virtualmente ai dibattiti e di votare elettronicamente o per telefono. Rispetto a ciò, il 30 giugno 2022, il Procedure Committee della Camera dei Comuni ha presentato un report in cui ha proposto l'ampliamento dei casi in cui è possibile ricorrere al *proxy voting*. Lo Standing Order n. 39A è stato così modificato per includere, oltre al congedo parentale e alle ipotesi di «*care of an infant or newly adopted child; complications relating to childbirth, miscarriage or baby loss*» anche quelle di «*serious long-term illness or injury*»²¹⁵.

Nello stesso senso, può essere letto l'ampliamento del telelavoro all'interno dell'amministrazione parlamentare tedesca, all'indomani della pandemia. Dal luglio 2021, infatti, lo staff amministrativo del Bundestag può lavorare da remoto fino a due giorni a settimana, mentre nel Bundesrat, questa possibilità è estesa fino a metà del mese lavorativo (con il vincolo di due giorni a settimana in presenza)²¹⁶. Questa previsione se per un verso aumenta l'autonomia e la flessibilità dei lavoratori, per altro verso mette chiaramente in discussione l'idea tradizionale del Parlamento come hub spazio-temporale.

Tutto ciò fa emergere il ventaglio completo di sfumature che contraddistinguono un parlamento che vive al momento in una sorta di «terra di mezzo». Così, nel Regno Unito, c'è chi ritiene che il parlamento post-pandemia sia solo un simulacro della storica istituzione britannica, che ha perso il suo mordente nelle operazioni di dibattito e di controllo del governo, e, così, la sua più autentica funzione e identità²¹⁷. Allo stesso

²¹⁵ Procedure Committee, *Proxy voting and the presence of babies in the Chamber and Westminster Hall*, <https://publications.parliament.uk/pa/cm5803/cmselect/cmproced/383/report.html#heading-4>. Si afferma come «At present, Members with serious long-term illnesses only have access to informal voting mechanisms such as pairing. Pairing is an arrangement between two MPs of opposing parties to not vote in a particular division. This enables an MP to be absent without affecting the result of the vote as they effectively cancel each other out. However, there have been several cases in the recent past of Members feeling compelled or being required to vote in person while seriously unwell, which risks bringing the House into disrepute.» Lo standing order è disponibile alla seguente pagina web [Standing Orders: Public Business 2021 \(parliament.uk\)](https://publications.parliament.uk/pa/cm5901/cmstords/so_829_05072024/so-2024i.pdf), con la precisazione che l'ultima ipotesi di proxy voting ivi prevista «shall have effect for the duration of the present Parliament (Order of 28 June 2023)». Le ipotesi di proxy voting menzionate ricorrono anche nel testo che raccoglie gli standing orders in forza dal 24 maggio 2024 https://publications.parliament.uk/pa/cm5901/cmstords/so_829_05072024/so-2024i.pdf che aggiunge un caso ulteriore: quello della «risk-based exclusion from the Parliamentary estate».

²¹⁶ T. Christiansen, E. Griglio, N. Lupo (eds.), *The Routledge Handbook of Parliamentary Administrations*, cit., p. 226.

²¹⁷ Si veda in proposito l'articolo di A. Meakin, *Parliamentary design and spaces in a post-Pandemic world?*, in P. Evans, C. Salmon Percival, P. Silk, H. White (eds.), *Parliaments and the Pandemic*, 2021, p. 127, che dà conto di espressioni come «zombie Parliament» o «Coke-zero Parliament», rispettivamente p. 131 e p. 129.

tempo, emergono però anche voci contrarie che sottolineano come la modernizzazione delle procedure parlamentari in senso tecnologico abbia aumentato l'efficienza, soprattutto nell'organizzazione del tempo, e un maggiore pluralismo nella partecipazione, migliorando nel complesso la rappresentatività dell'istituzione parlamentare²¹⁸.

Se e come i parlamenti siano destinati a trasformarsi a seguito della diffusa e capillare incursione delle tecnologie IoT nella vita politica e sociale è una domanda che giuristi e politologi non possono eludere. Si tratta di una questione destinata a diventare sempre più pressante e centrale, anche ai fini dell'assetto costituzionale. Richiede, dunque, che le si dedichino studi ed elaborazioni ulteriori attraverso metodologie creative e interdisciplinari, attente alle specificità dello strumento tecnologico e del contesto osservato, che sfruttino tutte le risorse offerte dall'approccio comparato e che non manchino di ascoltare la complessa polifonia di quel microcosmo vivace e brulicante che è il Parlamento.

ABSTRACT: This paper presents the results of a comparative research aimed at: a) analyzing information and communication techniques deployed by the UK and German Parliaments and measuring their impact; b) identifying differences and commonalities of digital development in the two case studies; c) understanding which legal factors may explain the emerging trends. In order to reach these goals, a mixed methodology combining desk research with 15 interviews with experts of UK and German parliaments is employed. Theoretically, the analysis is centered around the specific function of the technological tool under exam, rather than considering it within the false group of «technology». Evidence shows that digitalization still encounters difficulties, in both countries, to enter the parliamentary proceedings in a systematic and coherent way. Nonetheless, important technological innovations have taken place in specific area, such as the work of Committees. The main difference between the two countries is the digital development in the outreach activity, with the UK Parliament performing substantially better than the German counterpart. This evidence seems to confirm the hypothesis of the study: in the absence of a complete reengineering of parliamentary activities, the structures of the tradition (i.e. legal culture) are the main driver shaping elaboration, introduction, development and success of a specific technological tool within a specific country. Clearly, these results require a constant update, in the light of the accelerated modifications triggered by the digital time.

²¹⁸ P. Evans, P. Silk, H. White, *Afterwards*, in P. Evans, C. Salmon Percival, P. Silk, H. White (eds.), *Parliaments and the Pandemic*, cit., p. 207.

Paola Pannia

In bilico tra continuità e innovazione. Osservazioni comparate sullo sviluppo delle tecniche di informazione e comunicazione applicate all'attività parlamentare in Regno Unito e Germania

KEYWORDS: e-Parliament - tecnologie ICT - metodo comparato - public engagement - path-dependency.

Paola Pannia - Ricercatrice a tempo determinato di tipo A in Diritto pubblico comparato, Università degli Studi di Milano (paola.pannia@unimi.it)

Interesse al clima e situazioni giuridiche soggettive*

Emanuele Guarna Assanti

SOMMARIO: 1. Introduzione. - 2. Antropocentrismo ed ecocentrismo nel diritto dell'ambiente, ovvero dei "diritti dell'uomo" e dei "diritti della natura". - 3. Le dimensioni della giuridicità dell'ambiente. - 4. Le dimensioni della giuridicità del clima. L'"obbligazione climatica" e i doveri climatici. - 5. Il clima e la sua tutela: alcune prospettive.

1. *Introduzione*

I sistemi giuridici occidentali, salva l'ampia eccezione degli ordinamenti dell'America Latina e di qualche paese di *common law*¹, sono costruiti astrattamente a prescindere da due fenomeni nondimeno caratteristici dell'esperienza umana, la natura e l'etica. Più in generale, potrebbe affermarsi che il diritto, inteso come sistema giuridico, appaia una costruzione astratta basata su categorie necessarie che sembrano presupporre la natura e prescindere dall'etica.

Questi due punti fermi sono oggi messi in crisi a fronte della ineffettività dei sistemi giuridici occidentali nel garantire alcune prospettive o risultati cui l'uomo non sembra poter rinunciare.

Due esempi appaiono significativi. Il primo, con riferimento all'ordinamento italiano, è costituito dalla recente tendenza del legislatore a introdurre innovazioni normative di carattere educativo, volte a influenzare l'opinione e i comportamenti degli attori dell'ordinamento che, se possedessero di per sé l'opportuna sensibilità, non avrebbero certo bisogno di tali innovazioni che non servono a modificare il quadro giuridico per l'interprete, sia esso organo giudicante, una pubblica amministrazione o

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

¹ Tale eccezione si rileva, in particolare, con riferimento a tematiche ambientali e di protezione della natura e degli animali, cfr. D. Amirante, *Costituzionalismo ambientale. Atlante giuridico per l'Antropocene*, Bologna, 2022, p. 11 e *passim* ove rileva che la storia del costituzionalismo ambientale assume la forma di «una contro-narrazione, dalla quale si evince che l'avanguardia dello stesso non è guidata dal diritto *mainstream* dell'Occidente, ma da paesi del sud del mondo (in diversi continenti, a partire dall'America Latina, per arrivare fino all'Asia e all'Africa)».

altro operatore del diritto². Il secondo, valido universalmente, è quello della degradazione dell'ambiente, già individuato da tempo come problema prima di fatto poi di diritto³, che viene sacrificato in nome non tanto del progresso economico, quanto in virtù di una sostanziale indifferenza rispetto all'attività umana, anche giuridica, che vede nell'ambiente un contorno (da *ambire*, ciò che sta intorno) non necessario e dato per scontato.

Di qui emerge come i sistemi giuridici occidentali, al momento, non appaiano idonei ad accogliere “naturalmente” interessi di carattere ambientale all'interno delle loro dinamiche e questo ne evidenzia oggi la crisi, perché apparentemente incapaci di affrontare questioni cruciali, di

² Lungo tale solco si collocano molte delle recenti innovazioni della normativa penalistica ordinaria, dal c.d. “femminicidio”, al c.d. “omicidio stradale”, fattispecie non certo autonome bensì circostanziate del reato di omicidio, che dunque rispondono a logiche, forse generalpreventive, ma certamente di educazione e sensibilizzazione della popolazione, piuttosto che di innovazione dell'ordinamento giuridico. Allo stesso modo, le più recenti innovazioni costituzionali, come l'introduzione del riferimento alla tutela dell'ambiente agli articoli 9 e 41, o quello al valore educativo, sociale e di promozione del benessere psicofisico dell'attività sportiva all'art. 33.

³ M.S. Giannini, *Diritto dell'ambiente e del patrimonio naturale e culturale*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1971, p. 1125 «mentre in precedenti periodi c'è stato un equilibrio tra il fatto creativo e il fatto distruttivo dell'uomo (...), oggi questo equilibrio si è rotto e prevale l'elemento negativo: le forze distruttive sono maggiori delle forze costruttive». È ben nota la configurazione settoriale del diritto ambientale, sostenuta da M.S. Giannini, “*Ambiente*”: *saggio sui diversi suoi aspetti giuridici*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1973, p. 15 ss. e A. Amorth, *Competenze legislative statali e regionali in tema ambiente*, ora in *Scritti giuridici*, vol. IV, Milano, 1999, p. 2001 ss., abbandonata per una ricostruzione unitaria del bene sostanziale e della relativa disciplina, e v. G. Rossi (a cura di), *Diritto dell'ambiente*, Parte generale, Torino, 2021.

carattere morale, ambientale⁴ o sanitario⁵. Le radici del problema appaiono estremamente risalenti e occorrerebbe una trattazione filosofica per affrontarlo⁶, che esula dal presente scritto.

Il contrasto, tuttavia, necessita di essere ricomposto. Dunque, nel prosieguo si darà conto delle diverse prospettive con cui inquadrare il

⁴ Un tentativo di riconciliare il rapporto tra uomo e natura è stato avviato su impulso dell'Unione Europea, con il passaggio dalla cd. *green* alla cd. *blue economy*, a partire dall'approvazione delle direttive n. 851 e n. 852 del 2018, e i successivi pacchetti sull'economia circolare, che solo apparentemente si rivolgono allo specifico settore dei rifiuti, per fondare, invece, un nuovo paradigma di Stato che veda nei pubblici poteri un limite positivo nella conformazione dei comportamenti dei privati verso obiettivi di carattere ambientale. Per tutti, F. de Leonardis, *Economia circolare: saggio sui suoi tre diversi aspetti giuridici. Verso uno stato circolare?*, in *Dir. amm.*, 2017, p. 163 ss. e *Il diritto dell'economia circolare e l'art. 41 Cost.*, in *RQDA*, 2020, p. 50 ss. Da ultimo, F. de Leonardis, *Lo Stato ecologico. Approccio sistemico, economia, poteri pubblici e mercato*, Torino, 2023, partendo dall'avvenuta costituzionalizzazione della legalità ambientale, ovvero della regola per la quale la tutela dell'ambiente costituisce non solo un possibile limite "esterno", ma soprattutto «un limite "interno" o, ancor meglio, un (possibile) "obiettivo di funzionalizzazione"» dell'economia, giungendo a individuare, oggi, lo "Stato ecologico", una delle forme del cd. "Stato innovatore", quale ulteriore stadio dello "Stato ambientale", fondato sulla «consapevolezza dell'esistenza di un vero e proprio "stato di necessità" rispetto ai limiti del Pianeta» e caratterizzato da un "principio di conformazione dell'economia in senso verde", ove «il potere pubblico non si limita, come in passato, a verificare lo svolgimento di specifiche attività economiche private *ex ante* attraverso i provvedimenti di autorizzazione e di valutazione d'impatto, non si limita a verificare il rispetto di standard e prescrizioni *ex post*, ma le contestualizza in un quadro d'insieme che muove dalle risorse naturali disponibili e dai limiti del Pianeta e che porta ad indirizzare la produzione di beni e servizi funzionalizzandola al rispetto e alla rigenerazione delle risorse» (p. 254).

⁵ Il riferimento è senz'altro alla crisi pandemica terminata ufficialmente il 5 maggio 2023 e alla sua incisione sulle situazioni giuridiche soggettive individuali: v. sul punto, P. Pantalone, *La crisi pandemica dal punto di vista dei doveri. Diagnosi, prognosi e terapia dei problemi intergenerazionale secondo il diritto amministrativo*, Napoli, 2023.

⁶ La tematica in esame trascende il diritto, essendosi posta dapprima in campo filosofico. Cfr. L. Valera, *Ecologia umana ed etica ambientale*, in *Acta philosophica. Rivista internazionale di filosofia*, 2015, p. 191 ss.: «la questione ecologica si è consolidata come tema filosofico (...) negli anni Settanta del secolo scorso si è affermata in ambito anglosassone la filosofia dell'ambiente, e, con essa, l'etica ambientale. Già alla fine degli anni Quaranta (...) con la pubblicazione del celeberrimo testo di Aldo Leopold, *A Sand County Almanac* (1949), si richiamava la necessità di un'"etica della terra" (*land ethic*), capace di rendere snelle, attuali ed operative le speculazioni della precedente filosofia della natura. Pochi anni più tardi, con la diffusione dell'opera di Rachel Carson, *Silent Spring* (1962), l'etica ambientale cominciò a guadagnare consensi ed attenzioni anche tra il grande pubblico, e ad essere utilizzata come strumento di denuncia dei comportamenti umani irresponsabili nei confronti dell'ambiente», cui si rinvia per gli ampi riferimenti bibliografici. Sul punto, anche S. Nespore, *La scoperta dell'ambiente. Una rivoluzione culturale*, Roma-Bari, 2020.

rapporto tra uomo e natura, ciò che costituisce la base concettuale di partenza per l'applicazione delle categorie del diritto ai fenomeni naturali. In secondo luogo, si darà conto dello stato del dibattito in tema di situazioni giuridiche soggettive con riferimento al fenomeno ambientale in generale. Da questo dibattito occorre partire per affrontare un fenomeno, quale quello climatico, che sembra rientrare nella più generale categoria dei fenomeni ambientali. Si proverà poi a fornire poi una chiave di lettura del fenomeno climatico nel prisma delle situazioni giuridiche soggettive, tentando di verificare se e come il sistema giuridico possa esprimere, allo stato, qualche strumento in grado di accogliere tali interessi. Si proporranno infine talune prospettive *de iure condendo*, raccolte anche dall'analisi di esperienze straniere, al fine di fornire taluni tasselli per una più effettiva tutela dell'interesse sottostante che, al pari di altri interessi tradizionalmente ricollegati alla categoria degli interessi diffusi, posti in quell'area grigia tra politica e diritto, appare relegato nella sfera dell'irrilevante giuridico.

2. *Antropocentrismo ed ecocentrismo nel diritto dell'ambiente, ovvero dei "diritti dell'uomo" e dei "diritti della natura"*

È possibile anticipare sin dal principio che, come accade per tutte le visioni dicotomiche, anche quella che distingue tra antropocentrismo ed ecocentrismo⁷, concepita per rappresentare le due prospettive attraverso le quali è possibile interpretare il rapporto tra uomo e natura, appare insoddisfacente.

In linea generale, per la concezione antropocentrica, posta a fondamento dei sistemi giuridici occidentali, l'ambiente naturale possiede un carattere prettamente strumentale, venendo in considerazione solo ed esclusivamente in relazione alle utilità che può offrire all'uomo, capace di

⁷ Per la letteratura italiana, v. L. Bigliuzzi Geri, *La tutela dell'ambiente tra antropocentrismo ed antropomorfismo (dall'ambiente salubre all'ambiente)*, in *Raccolta di scritti in memoria di Angelo Lener*, 1989, p. 269 ss.; J. Luther, *Antropocentrismo ed ecocentrismo nel diritto dell'ambiente in Germania e in Italia*, in *Pol. dir.*, n. 4, 1989, p. 673 ss. La letteratura straniera è davvero ampia e v., *ex multis* R. Abate, *An Anthropogenic Problem That Requires an Ecocentric Solution*, in *Climate Change and the Voiceless: Protecting Future Generations, Wildlife, and Natural Resources*, Cambridge, 2019, p. 1 ss.; V. De Lucia, *Beyond Anthropocentrism and Ecocentrism: A Biopolitical Reading of Environmental Law*, in *Journal of Human Rights and the Environment*, vol. 8, 2017, p. 181 ss.; H. Washington, B. Taylor, H. Koprina, P. Cryer, J.J. Piccolo, *Why Ecocentrism Is The Key Pathway To Sustainability*, in *The Ecological Citizen*, 2017, p. 35 ss.; P. Curry, *Ecological Ethics: An Introduction*, Cambridge, 2011; C. Stone, *Should trees have standing? Toward Legal Rights for Natural Objects*, in *Southern California Law Review*, 1972, p. 450 ss.

appropriarsi a suo piacimento delle risorse naturali e dei servizi ecosistemici che queste sono capaci di fornire⁸. Secondo tale visione, da un lato, l'uomo è il valore ultimo da tutelare per mezzo della protezione della natura e quest'ultima non consiste in altro che nell'insieme delle condizioni che consentono all'uomo stesso di realizzarsi sia come singolo, sia nelle formazioni sociali; dall'altro, l'ambiente appare sì un sistema complesso, ma modificabile per soddisfare le esigenze umane, con il limite, prima di tutto logico, della preservazione della capacità di adattamento e resilienza delle matrici ambientali⁹.

⁸ Dove l'uomo diventa un «essere superiore, dotato di ragione e chiamato a dominare e ad appropriarsi della natura, che deve servire come mezzo per il soddisfacimento dei suoi bisogni, come “risorsa” di produzione, di consumo e di produzione della specie umana», cfr. J. Luther, *Antropocentrismo ed ecocentrismo*, cit., p. 675. Ammette M. Cafagno, *Principi e strumenti di tutela dell'ambiente*, cit., p. 38 che «l'ambiente è tale rispetto ad un soggetto, ad un termine di riferimento (...). Von Foerster ha provocatoriamente riassunto l'idea notando che “l'ambiente è una invenzione di colui che abita l'ambiente”»; inoltre, «la specificazione di un concetto giuridico di ambiente presuppone dunque che si individui il suo referente, secondo il diritto». Così il diritto ambientale intero appare impostato in termini antropocentrici: «il diritto ambientale riflette la semantica di tutta la tradizione giuridica occidentale: natura come ordine dell'essere separato dall'umano, ordine fisso e immutabile (da conservare e preservare), privo di una sua fisiologica competizione (da «interferenza»), inesorabilmente neutro rispetto ai valori umani di scambio e di consumo, ai quali subordinarsi (...). Insomma, l'esistenza della natura, per il diritto ambientale, coincide semanticamente con la sua negazione. Il diritto ambientale si occupa di luoghi, singoli fattori abiotici o biotici, singoli ecosistemi, una volta danneggiati», cfr. M. Carducci, voce *Natura (diritti della)*, in *Dir. Disc. Pubbl.*, Torino, 2017, p. 497. Ed è questa, anche, la visione delle prime dichiarazioni per la tutela dell'ambiente, come la Dichiarazione conclusiva della Conferenza di Rio de Janeiro, tenutasi nel 1992, la quale proclama: «gli esseri umani sono al centro delle preoccupazioni relative allo sviluppo sostenibile. Essi hanno diritto ad una vita sana e produttiva in armonia con la natura» (principio 1), nonché «conformemente alla Carta delle Nazioni ed ai principi del diritto internazionale, gli Stati hanno il diritto sovrano di sfruttare le proprie risorse secondo le loro politiche ambientali e di sviluppo, ed hanno il dovere di assicurare che le attività sottoposte alla loro giurisdizione o al loro controllo non causino danni all'ambiente di altri Stati o di zone situate oltre i limiti della giurisdizione nazionale» (principio 2). Cfr. anche F. Fracchia, *Sulla configurazione unitaria dell'ambiente fondata sull'art. 2 Cost. e doveri di solidarietà ambientale*, in *Dir. econ.*, 2002, p. 215 ss.

⁹ Nel noto saggio di M. Gell-Mann, *Il Quark e il Giaguaro*, Torino, 2017 si definisce la nozione di sistema complesso adattivo, quale è la Terra, caratterizzato da una moltitudine di componenti che interagiscono tra loro, le quali creano a loro volta nuovi stimoli e nuovi eventi, e sono influenzati dalla storia pregressa (che evidentemente ne influenza anche le dinamiche future) e sono infine caratterizzati da una capacità di sopravvivenza e rigenerazione riconducibile alla nozione di resilienza. Sul concetto nel diritto dell'ambiente, M. Cafagno, *Principi e strumenti di tutela dell'ambiente*, cit., p. 163 ss.; sullo stesso con

Deriva da una concezione schiettamente antropocentrica il contenzioso climatico basato sulle argomentazioni dei diritti umani¹⁰ contenuti nelle costituzioni nazionali e, in particolare, nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU), ove si tenta di individuare una "obbligazione climatica", un *duty of care* dello Stato avente per oggetto la tutela dell'individuo dalla instabilità climatica. Di qui le pronunce che, sulla scia del caso "Urgenda", hanno solcato la via civilistica risarcitoria facendo leva direttamente sugli articoli 2 (diritto alla vita) e 8 (diritto al rispetto della vita privata e familiare) CEDU. In questi termini, l'ambiente viene tutelato se e nella misura in cui la sua protezione influisca positivamente sulla integrità e sul rispetto della vita umana nelle

riferimento al clima, D. Pappano, *La tutela dell'aria tra inquinamento atmosferico e lotta ai cambiamenti climatici*, in G. Rossi (a cura di), *Diritto dell'ambiente*, cit., p. 384.

¹⁰ Il nesso tra diritti umani e cambiamenti climatici è sottolineato dal diritto internazionale, e v. UN General Assembly, *Resolution adopted by the Human Rights Council*, 12 July 2019, alla stregua della quale il Consiglio «*expresses concern that climate change has contributed and continues to contribute to the increased frequency and intensity of both sudden-onset natural disasters and slow-onset events, and that these events have adverse effects on the full enjoyment of all human rights*» (punto 1). Si vedano, sul punto, i vari reports on *Human rights and climate change*, stilati da *The Office of the High Commissioner for Human Rights (OHCHR)* e consultabili sul rispettivo sito istituzionale. Esso, tuttavia, rappresenta solo una parte del problema. Individua i limiti della prospettiva dei diritti umani applicati alla tutela del clima, B. Mayer, *Climate Change Mitigation as an Obligation Under Human Rights Treaties?*, in *Am. J. Int. Law*, 2021, p. 445 che ammette: «*human rights treaties may have a rather limited role to play with regard to climate change mitigation. In fact, the interpretation of human rights treaties as the source of mitigation obligations faces some of the major hurdles that have hindered international cooperation on climate change mitigation in the last three decades. For one thing, human rights treaties view nature mostly in instrumental terms, and largely ignore the interests of future generations. Overall, international human rights law encourages each state to protect the rights of individuals within its territory rather than to cooperate on the global common good. This inherent tension between national interests and international cooperation will not be solved through an incremental extension of international human rights law, be it through the recognition of new rights (e.g., to a healthy environment or a sustainable climate), the identification of fictitious rights-holders (e.g., "future generations" or "Mother Earth"), or the extension of the extraterritorial application of human rights treaties - not, that is, without betraying the text, and the object and purpose, of human rights treaties, and using them as a Trojan horse at the service of extraneous objectives.*».

sue molteplici declinazioni e aspirazioni¹¹: di qui, dunque, il diritto al clima come diritto umano¹².

La concezione ecocentrica considera, invece, l'ambiente un valore da preservare di per sè. Secondo questa visione, l'ambiente non costituisce semplicemente un insieme di risorse esistente in funzione della realizzazione dell'individuo, ma esso appare piuttosto un insieme di beni da tutelare in quanto preesistente all'uomo e condizione di esistenza di quest'ultimo. Ne deriva che l'uomo non è padrone della natura, come invece assume la teoria antropocentrica, ma si inserisce come parte del (*rectius*: nel) tutto: la natura non è oggetto ma è ecosistema del quale l'uomo, naturalmente, fa parte¹³: di qui, la possibilità di ipotizzare e apprestare tutele giuridiche dirette per elementi naturali (e animali), tra le quali spicca la teorica dei diritti della natura¹⁴.

¹¹ Nota, non a caso, S. Valaguzza, *Cambiamenti climatici e responsabilità degli Stati davanti al giudice nazionale*, in *Dir. ec. Atti di convegno. Università degli studi di Milano*, 2021, p. 97: «il contenzioso climatico portato davanti ai giudici nazionali ha a che fare con la felicità, con il nostro modo di vivere, con l'immaginazione, perché non tratta solo della tutela dell'ambiente, ma denuncia le debolezze di un sistema istituzionale che non è capace di garantire la solidarietà, la pace, l'equità, che non tiene abbastanza in considerazione i pericoli che stiamo correndo», insomma valori di carattere schiettamente antropocentrico.

¹² V. da ultimo A. Pisanò, *Il diritto al clima. Il ruolo dei diritti nei contenziosi climatici europei*, Napoli, 2022, il quale nota che «l'introduzione della prospettiva dei diritti [umani] nel cambiamento climatico, difatti, ha come effetto immediato quella che un po' provocatoriamente possiamo definire una "chiamata alle armi" dei poteri contro-maggioritari da parte degli attivisti climatici i quali, strategicamente, intendono spostare l'asse del contrasto al cambiamento climatico dal piano propriamente politico a quello politico-giudiziario utilizzando strumentalmente il linguaggio normativo dei diritti» (p. 11 ss.).

¹³ La teoria critica, dunque, il concetto della natura come mezzo a fine: la natura appare così un valore autonomo, v. sempre J. Luther, *Antropocentrismo ed ecocentrismo*, cit., p. 675. Un esempio di legislazione orientata a considerazioni di carattere ecocentrico, o quantomeno non solo antropocentrico, si trovava nel Preambolo della Costituzione Europea, dove si affermava che «certi che, "Unita nella diversità", l'Europa offre ai suoi popoli le migliori possibilità di proseguire, nel rispetto dei diritti di ciascuno e nella consapevolezza delle loro responsabilità nei confronti delle generazioni future e della Terra, la grande avventura che fa di essa uno spazio privilegiato della speranza umana».

¹⁴ La concezione ecocentrica è accolta, in particolare, dalle costituzioni sudamericane, come quella dell'Ecuador, nota per aver previsto i diritti della "Pacha Mama", della madre terra. In tal modo, si introduce «una rappresentazione diametralmente opposta a quella "tipicamente occidentale", dove la Natura è vista come oggetto di sfruttamento economico intensivo; si propone, al contrario, l'idea di diritti della Natura, diritti universali, diritti degli indigeni in quanto protettori della Natura così come è sempre stata: diritti "giusnaturalisti", in buona sostanza, che si pongono in relazione con la

Occorre evidenziare che la letteratura, italiana e straniera, mostra una certa insofferenza verso la prospettiva antropocentrica. Ciononostante, negli ordinamenti europei, non si riescono a compiere significativi passi in avanti verso una tutela ecocentrica delle risorse naturali e degli animali¹⁵, permanendo, sullo sfondo della riflessione giuridica, l'interrogativo se l'ambiente, le risorse di cui esso si compone e gli animali debbano collocarsi all'interno o all'esterno del giuridicamente rilevante. Mentre la riflessione europea rimane ingabbiata all'interno delle logiche dominicali e antropocentriche risalenti alle fondamenta ottocentesche dei sistemi giuridici europei, oltreoceano, già a partire dagli anni '60, iniziano a emergere

Costituzione quale fonte stessa del loro riconoscimento e della loro tutela», G. Demuro, *I diritti della Natura*, in *Federalismi*, 2022, p. VII. Si vedano, ad es., le pronunce della Corte Suprema colombiana che ha riconosciuto più volte i diritti della natura: sul punto, cfr. S. Bagni, *Le voci (non del tutto inascoltate) della Natura nella recente giurisprudenza colombiana e indiana*, in *DPCE online*, 2018, p. 989 ss. la quale avverte che «tale giurisprudenza non è comparabile con quella di altri Paesi dove manca un riconoscimento normativo esplicito dei diritti della Natura. Infatti, la presenza di un parametro di rango addirittura costituzionale, in un sistema che prevede la diretta applicazione dei diritti costituzionali da parte di qualsiasi operatore pubblico (art. 11, n. 3 cost.), l'assenza di gerarchia fra i diritti costituzionali (art. 11, n. 6 cost.) e il principio interpretativo in *dubio pro natura* (art. 395, n. 4) rende quasi obbligatorio per i giudici ecuadoriani riconoscere tutela alla Natura in giudizi promossi per violazione dei suoi diritti» (p. 991). Come si vede, l'approccio è opposto rispetto a quello utilizzato dalla cultura giuridica occidentale dove, invece, la tutela della natura è strumentale alla tutela dell'individuo: di qui, il ricorso massiccio alla argomentazione dei diritti umani nel contenzioso climatico, in particolare, europeo. V. sempre M. Carducci, voce *Natura (diritti della)*, cit., p. 497 ss.

¹⁵ V. per la dottrina italiana, M. Cafagno, *Principi e strumenti di tutela dell'ambiente*, cit., p. 64 ss., secondo il quale dai principi del Codice dell'ambiente emerge «quella visione "oggettiva" ed "integrata" della tutela dell'ambiente teorizzata in dottrina (antropocentrismo desoggettivizzato), in una dimensione tesa ad elevare il nuovo diritto ambientale al ruolo di "interfaccia" tra società e natura, che "monitorando e registrando i cambiamenti ecosistemici, retroagisce sui comportamenti umani allo scopo di promuovere un processo permanente di aggiustamento dei tempi storici ai tempi biologici, necessario alla salvaguardia delle nostre opportunità di sopravvivenza, in quanto specie"», e A. Moliterni, *Il Green Deal europeo e le sfide per il diritto dell'ambiente*, in *Riv. quad. dir. amb.*, 2021 p. 5, nota che «alla tradizionale prospettiva della tutela ambientale fondata su una visione tendenzialmente antropocentrica del rapporto tra l'uomo e la natura sembra affiancarsi una prospettiva ecologica integrata, in cui la protezione della natura diviene un valore in sé che non rileva solo in funzione della salute o degli interessi economici e sociali dell'uomo». Ne deriva che, come riscontrato da R. Rota, *Brevi note sui "nuovi" principi generali di tutela ambientale*, in *Astrid-online*, 2009, p. 2, «la prospettiva oggettiva della tutela ambientale, sottintendendo una accezione "ecocentrica" della nozione di ambiente, viene, quindi, a costituire la necessaria dimensione entro cui collocare la ricerca di misure di salvaguardia di tale bene».

soluzioni di tutela diretta delle risorse naturali e degli animali. La riflessione comincia nell'ordinamento statunitense grazie a un noto scritto di C. Stone, *Should trees have standing? Toward Legal Rights for Natural Objects*, pubblicato nella *Southern California Law Review* nel 1972, il quale con un ragionamento lineare non trova difficoltà alcuna a ipotizzare strumenti di tutela diretta dei diritti della natura¹⁶, suscettibili di protezione di fronte alle autorità nazionali, giurisdizionali o amministrative¹⁷. La riflessione di Stone comincia da una considerazione fondamentale¹⁸, quella per la quale «*societies, like human beings, progress through different stages of growth and sensitivity*» e il diritto, proprio come l'arte o la letteratura, partecipa di tali cambiamenti. La riflessione non a caso avviene all'interno di un corso avente per oggetto l'evoluzione del *property law*, ove si sottopone a critica la dominante visione dominicale che caratterizza i sistemi giuridici occidentali. Egli poi individua una «*internal dimension*» del diritto di proprietà, per la quale «*each advance in the law-legitimated concept of "ownership" fueling a change in consciousness, in the range and depth of feelings*»: dunque, cambiamenti nel diritto influiscono su come la società vede sé stessa. La prospettiva dell'attribuzione alla natura di propri diritti non significherebbe accomunarla in tutto e per tutto all'uomo, attribuendone le stesse situazioni giuridiche soggettive. Si tratterebbe, più semplicemente, di concepire una serie di strumenti giuridici grazie ai quali strutturare un sistema nel quale «*the thing can institute legal actions at its behest; second, that in determining the granting of legal relief, it must take injury to it into account; and third, that relief must run to the benefit of it*»¹⁹.

¹⁶ C. Stone, *Should trees have standing? Toward Legal Rights for Natural Objects*, in *Southern California Law Review*, 1972, p. 450 ss., che ha poi pubblicato il volume *Should Trees Have Standing? Law, Morality, and the Environment*, Oxford, 2010.

¹⁷ Il problema, come si vede, mina profondamente il sistema giuridico-sociale, oltre che categorie giuridiche consolidate: «*cosa è più evidente e a portata di mano del diritto soggettivo nel mondo dei fatti e delle realtà giuridiche?*». La domanda, però, sintetizza un'autoevidenza che non sembra affatto replicabile nei confronti della natura», nota M. Carducci, voce *Natura (diritti della)*, cit., p. 489 riportando A. Vonlanthen, *Zür rechtsphilosophische Streit über das Wesen des subjektiven Rechts*, Zürich, 1964, p. 10. Si veda anche C. Sunstein, *Standing for animals*, in *Chicago Public Law and Legal Theory Working Paper n. 06*, 1999.

¹⁸ V. l'introduzione al volume di C. Stone, *Should Trees Have Standing? Law, Morality, and the Environment*, Oxford, 2010.

¹⁹ C. Stone, *Should Trees Have Standing? Law, Morality, and the Environment*, cit., p. 4. Si tratta, in definitiva, di un cambio di paradigma: «*a society in which it is stated, however vaguely, that "rivers have legal rights" would evolve a different legal system than one which did not employ that expression, even if the two of them had, at the start, the very same "legal rules" in other respects*», *ivi*, p. 23.

In effetti, il mondo del diritto appare popolato da titolari di diritti che non sono uomini ma soggetti inanimati, come i patrimoni separati, le società e più in generale tutte le persone giuridiche²⁰.

Con riferimento agli ordinamenti sudamericani, è stato rilevato²¹ che il riconoscimento della natura come soggetto di diritti è motivato in altri ordinamenti giuridici da molteplici ragioni, «*entre ellas podríamos identificar como común denominador el deseo de hacer más efectiva su protección, como podría ser el caso de Ecuador el cual se convirtió en el primer país en declarar en su texto constitucional el reconocimiento inalienable de los derechos de los ecosistemas, así como también la facultad de todo individuo para hacer peticiones a la autoridad en nombre de la Naturaleza*». Così è avvenuto anche in altri ordinamenti come quello della Nuova Zelanda, dove, a differenza dell'Ecuador, «*no [se] reconoció a la Naturaleza en su integridad como sujeto de derecho, dotó al río Whanganui y el área conocida como Te urewera de personalidad jurídica para acudir a los tribunales*».

²⁰ È forse il parallelo con il diritto societario e con l'iniziale avversione mostrata dalla comunità rispetto alla nozione di persona giuridica a dimostrare la fondatezza (almeno) della base teorica della tesi di Stone: «*we have become so accustomed to the idea of a corporation having "its" own rights and being a "person" and "citizen" for so many statutory and constitutional purposes, that we forget how jarring the notion was to early jurists*». Dunque, la domanda che verrebbe da porsi è perché per lo Stato o la società di capitali sì e per l'ambiente no? «*Each time there is a movement to confer rights onto some new entity, the proposal is bound to sound odd or frightening or laughable*», *ivi*. Sulle ambiguità del concetto di persona giuridica, per la letteratura italiana, v. F. Galgano, *Le persone giuridiche*, in A. Scialoja, G. Branca, *Commentario del Codice civile*, artt. 11-35, Bologna, 2006, p. 3 ss. Del resto, è proprio la finzione in cui consiste l'invenzione della personalità giuridica e della società commerciale, e in particolare della società per azioni, a comportare la problematica dell'individuazione di un interesse sociale, ovvero dell'interesse perseguito dalla istituzione che nasce dal contratto sociale: è l'interesse dei soci (teoria contrattualistica) o è l'interesse della persona giuridica nata dal contratto (teoria istituzionalistica)? Riscontra, non a caso, F. Galgano, *La società per azioni*, in Id. (diretto da), *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, Padova, 1988, p. 61, che le posizioni in esame «non sono solo delle teorie, ossia schemi conoscitivi della realtà normativa, ma sono altresì vere e proprie "filosofie" della società per azioni, che si propongono anche - il discorso vale, soprattutto, per la teoria istituzionalistica - di sollecitare una trasformazione del diritto vigente e si rivolgono, perciò, anche al legislatore oltre che all'interprete del diritto positivo». Sul punto v., almeno, P.G. Jaeger, *L'interesse sociale*, Milano 1964; P. Ferro-Luzzi, *I contratti associativi*, Milano, 1971, rist. 2001; Aa. Vv., *L'interesse sociale tra valorizzazione del capitale e protezione degli stakeholders. In ricordo di Pier Giusto Jaeger*, Milano, 2010; C. Angelici, *La società per azioni. Principi e problemi*, in A. Cicu, F. Messineo, L. Mengoni (diretto da), P. Schlesinger (continuato da), *Trattato di diritto civile e commerciale*, Milano, 2012.

²¹ S. Irit Milkes, E. Julián, A. Pimiento, C. Samuel Baena, *Más allá del reconocimiento como 'sujeto de derechos' a la Naturaleza: Un análisis práctico para una comprensión semántica*, in *Rev. Derecho Adm. Económico*, 2022, p. 199 ss.

Come si vede, strumento propedeutico, forse anche alternativo o comunque sufficiente, rispetto alla affermazione dei diritti della natura appare quello della individuazione di una personalità giuridica in capo agli elementi naturali o agli animali. Proprio come fatto da Stone, anche nella letteratura latinoamericana, si nota che lo *status* di persona giuridica attribuito al fiume o all'area naturale appare non dissimile dalla personalità giuridica che è stata concessa, ad esempio, alle società commerciali, nella misura in cui sia il fiume, sia le società, gli enti o le istituzioni hanno un patrimonio, possono compiere atti giuridici, hanno diritti e possono essere loro attribuiti obblighi e responsabilità²². In tal modo, appare possibile affermare, si espande il concetto di persona giuridica fino a ricomprendervi fenomeni omogenei, senza dilatare enormemente la categoria fino a svuotarla di significato, ampliando i limiti della comprensione giuridica di nuove forme di riconoscimento ed esplicazione di diritti. È chiaro, allo stesso tempo, che l'utilizzo di tale strumento non è esente dal porre alcune problematiche tipiche dei rapporti tra pubblico e privato²³.

La problematica sostanziale si riflette immediatamente sul versante processuale: ammesso che esistano, chi e come è legittimato a far valere i diritti della natura?²⁴. Si apre, in questo modo, la questione della legittimazione all'azione, di singoli o formazioni sociali, per la protezione

²² *Ivi*, p. 200.

²³ *Ivi*, p. 201: «¿cuál es la naturaleza de la persona jurídica? ¿se trata de una persona jurídica de carácter público o privado?, en el caso de considerarla pública ¿es posible dar paso - vía judicial - a un nuevo sujeto al interior de la Administración pública? ¿Se trata de un novedoso caso de colaboración y extensión de funciones públicas por sujetos privados? Incluso, ¿el origen de los recursos para la financiación del plan de gestión supone o incide en la naturaleza de la persona jurídica propiamente?».

²⁴ Per C. Stone, *Should Trees Have Standing? Law, Morality, and the Environment*, cit., p. xii e p. 4, il sistema andrebbe così configurato: «*what would be the criteria of a river having it on rights? One would have to imagine a legal system in which the rules (i) empower a suit to be brought against the factory owner in the name of the river (through a guardian or a trustee) (ii) hold the factory liable on the guardian's showing that, without justification, the factory changed the river from one state S to another state S* (for example, from oxygenated and teeming with fish to lifeless), irrespective of the economic consequences of the change on any human; and (iii) the judgement would be for the benefit of the river (for example, if repairing the pollution - making the river "whole" - called for reoxygenating the river and restocking it with fish, the costs would be paid by the polluter into a fund for the river that its guardian would draw from*». Non si può dire che la riflessione di Stone non abbia avuto conseguenze: nel noto caso americano *Sierra Club v. Morton* (1972), sebbene non sia stata riconosciuta la legittimazione ad agire dell'associazione ricorrente, il giudice dissenziente Douglas, affermò la necessità di riconoscere i diritti della natura «*contemporary public concern for protecting nature's ecological equilibrium should lead to the conferral of standing upon environmental objects to sue for their own preservation*»; successivamente, furono proposti casi analoghi in nome di fiumi, ruscelli, paludi, alberi, monumenti nazionali, specie protette, *ivi*, p. 177 ss.

degli interessi naturali e animali. Riconoscendo diritti alla natura, occorrerebbe individuare il titolare dell'azione o un suo sostituto processuale. Accogliendo, come fanno al momento gli ordinamenti nazionali e l'ordinamento europeo, una stretta prospettiva antropocentrica diventa davvero problematico agire in giudizio per la tutela di interessi non strettamente individuali, quelli che tradizionalmente sono ricondotti alla categoria degli interessi diffusi o adespoti, non potendosi incontrare i requisiti necessari a integrare le condizioni dell'azione e, in particolare, quel *sufficient interest* che lega il soggetto alla pretesa²⁵.

Come si vede, la concezione ecocentrica incontra, allo stato attuale, notevoli difficoltà sostanziali e processuali, scontrandosi con l'anima necessariamente antropocentrica della costruzione giuridica²⁶. Da un lato, si lamenta una certa insoddisfazione nei meccanismi di tutela fondati su una prospettiva tipicamente antropocentrica, caratterizzata dalla centralità del valore utilitaristico del rapporto tra uomo e natura; dall'altro, se pur emerge l'esigenza di fornire tutela effettiva alla natura e agli animali, ci si ferma a ragionare con le stesse categorie che hanno condotto alla nascita del problema.

Se, quindi, un rigido antropocentrismo è concetto da abbandonare, per l'evidente incapacità delle società contemporanee di coniugare protezione dell'ambiente e sviluppo, che viene esclusivamente concepito come crescita illimitata a discapito della natura, provocando tuttavia un effetti negativi con riferimento al rapporto (sempre più dissociato) tra uomo e ambiente²⁷, dall'altro, esso, allo stato attuale dell'evoluzione giuridica

²⁵ Sul punto, sia consentito rinviare a E. Guarna Assanti, *Il contenzioso climatico europeo. Profili evolutivi dell'accesso alla giustizia in materia ambientale*, Milano, 2024, p. 40 ss. e 182 ss.

²⁶ «Chi è solo nel deserto non ha né diritti né doveri. E se qualcuno obiettasse che, però, sarebbe comunque un soggetto di diritto e, in quanto tale, destinatario almeno potenzialmente, di vicende giuridiche, ad esempio di carattere ereditario o matrimoniale (...) l'obiezione non farebbe che confermare che questa persona è soggetto giuridico solo perché esistono altre persone ed esiste una organizzazione ordinamentale che rende giuridici i rapporti fra queste», nota G. Rossi, *Principi di diritto amministrativo*, Torino, 2020, p. 458: ogni situazione giuridica soggettiva ha carattere relazionale e questo perché il protagonista dei diritti e degli interessi «è un "io" alla cui origine c'è un "noi"»: il soggetto titolare dei diritti fondamentali è quindi un essere necessariamente relazionale.

²⁷ Il Laboratorio di analisi ecologica del diritto del Centro di ricerca euroamericano sulle politiche costituzionali, istituito presso l'Università del Salento, ha messo in evidenza le sette "disconnessioni biofisiche" che caratterizzano l'evoluzione dell'uomo: la disconnessione dai primati da parte dell'essere umano bipede, onnivoro e migrante planetario; la disconnessione dalle energie naturali, con la "scoperta" del fuoco che

appare concezione in qualche misura ineliminabile, poiché «il metro che misura l'urgenza della mobilitazione [con riferimento all'emergenza ambientale e climatica] è inevitabilmente umano»²⁸. Se dunque il “pendolo delle idee”²⁹ oscilla sul versante dell'ecocentrismo, il che significa, in definitiva, collocare al centro della vicenda giuridica le risorse naturali e animali, occorre, tuttavia, trovare le modalità che consentano di applicare effettivamente il principio; e il problema si accresce con riferimento al clima.

3. Le dimensioni della giuridicità dell'ambiente

Il discorso sulla rilevanza giuridica dell'interesse al clima nel prisma delle situazioni giuridiche soggettive non può non cominciare dall'analisi dello stato dell'arte in tema di ambiente e situazioni giuridiche soggettive, recuperandone l'apparato concettuale, per comprendere se il clima, in quanto interesse rientrante nella più ampia categoria degli interessi di carattere ambientale, partecipi delle stesse dimensioni della giuridicità.

Queste dimensioni possono individuarsi tradizionalmente nel diritto soggettivo, ovvero in quel fascio di poteri e facoltà che caratterizzano la relazione diretta ed esclusiva che intercorre tra un soggetto e un bene,

permette l'organizzazione stanziale per la caccia e la raccolta e la connessa nascita della cura, del linguaggio, delle lingue e delle credenze diverse (c.d. “cultura”), con la qualificazione della guerra come forme di tutela dello spazio e del tempo energetico; la disconnessione dalla biosfera locale, con l'addomesticamento della natura (agricoltura e allevamento); la disconnessione spaziale dalla biosfera planetaria, con la pratica del commercio che induce a visioni universali delle credenze (espansione delle religioni universali e degli imperi giuridici); la disconnessione temporale dalla litosfera planetaria, con l'estrazione del fossile e del suo impiego moltiplicativo di libertà materiali di movimento e consumo; la disconnessione spazio-temporale dalle relazioni umane “fisico-naturali”, con le pratiche di interazione “virtuale” su internet; da ultimo la disconnessione identitaria dall'individuo umano, con l'affermazione della IA (Intelligenza Artificiale) e del “metaverso”. Davvero interessante la connessione tra tali dissociazioni e modelli di costituzioni: si v. sul punto il sito istituzionale del Cedeuam. V. inoltre M. Cuerdo Mir, J.L. Ramos Gorostiza, *Economia y Naturaleza. Una historia de las ideas*, Madrid, 2010; D. Graeber, *Debito. I primi 5.000 anni*, trad. it., Milano, 2015; D. Graeber, D. Wengrow, *L'alba di tutto. Una nuova storia dell'umanità*, trad. it., Miano, 2022; B. Marquardt, *Historia mundial del Estado*, Bogotá, 2012; V. Smill, *Energia e civiltà. Una storia*, trad. it., Milano, 2021.

²⁸ M. Cafagno, *Principi e strumenti di tutela dell'ambiente*, cit., p. 40 ss.

²⁹ La metafora, con riferimento alla continua oscillazione tra pubblico e privato nell'ambito del diritto amministrativo, è di G. Rossi, *I disaini di Stato*, in *Rass. Avv. Stato*, 2009, p. 44 ss. e Id., *Ricomporre il quadro normativo delle società di gestione dei servizi pubblici locali. Alla ricerca del filo di Arianna, in Istituzioni del federalismo*, 2011, p. 385.

pienamente tutelata; nell'interesse legittimo, allorché la pretesa sia in qualche modo necessariamente collegata all'esercizio di un potere giuridico; nel dovere, come situazione giuridica soggettiva generale non sempre correlata a un diritto; nell'obbligo, quale dimensione soggettiva speculare al diritto soggettivo in quanto calata nella dimensione del rapporto giuridico; infine, nel potere, quale situazione giuridica soggettiva attiva, volta a comporre un conflitto tra interessi diversi e contrastanti secondo alcune linee di fondo specificate dalla norma attributiva del potere stesso.

Nell'ambito del diritto dell'ambiente si è detto, nonostante la ritenuta qualificazione giuridica unitaria del bene giuridico sottostante, che il diritto soggettivo appare una categoria recessiva, come tale inidonea a fornire un adeguato inquadramento sostanziale del bene protetto e una effettiva tutela dell'interesse sottostante³⁰. Ne deriva che difficilmente le singole risorse naturali o matrici ambientali possano costituire oggetto di situazioni giuridiche soggettive individuali di tipo appropriativo. Ciò perché la tutela dell'ambiente, proprio come quella del clima, sconta tutte le difficoltà insite nella cristallizzazione di un interesse diffuso, che appare, in tutto o in parte, differente rispetto a quelli tradizionalmente presi in considerazione dal fenomeno giuridico.

In secondo luogo, se proprio si vuol procedere a individuare una situazione giuridica soggettiva individuale protetta, questa è riscontrabile nel diritto alla salute, *sub specie* diritto a un ambiente salubre, come declinato dalle risalenti, quanto attuali, Cass. Sez. Un. n. 5172 e n. 1463 del 1979, il cui appiglio costituzionale risiedeva, come risiede oggi anche e soprattutto a seguito della riforma costituzionale 1/2022, nel combinato disposto dagli articoli 9 e 32 Cost.

Il tema è legato alla qualificazione giuridica dell'ambiente³¹. Come individuato, non è «possibile cogliere e tratteggiare - con tutte le

³⁰ G. Rossi, *Situazioni giuridiche soggettive, danni e tutele*, in Id. (a cura di), *Diritto dell'ambiente*, cit., p. 104 nota che «da tempo la dottrina giuridica ha chiarito che “bene giuridico” e “tutela giuridica” non danno luogo sempre e necessariamente a diritti soggettivi».

³¹ Come accennato, la dottrina e la giurisprudenza costituzionale, sono oramai assestate verso una concezione unitaria dell'ambiente, definito, da un lato, quale “bene immateriale unitario, di valore assoluto e primario” (Corte cost. n. 210 e 641 del 1987) e, dall'altro, un “valore trasversale” a tutte le altre materie di competenza statale o regionale. Ma v. la critica di G. di Plinio, *L'insostenibile evanescenza della costituzionalizzazione dell'ambiente, in Federalismi*, 2021, p. 3: «una prova empirica dell'evanescenza immanente di ambiente e diritto dell'ambiente è nelle incertezze e contraddizioni della copiosa giurisprudenza, specie costituzionale, in materia. Ogni volta che ha avuto per le mani l'ambiente, la Corte

innumerevoli conseguenze (in termini di tecniche di protezione, di riparto di giurisdizione, di legittimazione ad agire e così via) - la tipologia delle situazioni giuridiche correlate alla tutela dell'ambiente senza prima definire con esattezza il relativo ambito»³². Ma appare subito opportuno rivelare in questa sede che l'ambiente si ritiene, come già fatto da attenta e risalente impostazione, un termine prevalentemente descrittivo, volto a ricondurre a ragione unitaria una pluralità di elementi soggetti in parte a una disciplina comune, in parte a discipline differenti. La ragione comune è sintetizzabile, in particolare, nella necessità di preservare la funzionalità complessiva dell'ecosistema e delle relazioni intercorrenti all'interno di esso, rilevando

costituzionale, il formante più potente dell'ordinamento, si è ritrovata a giocare su funambolici equilibri interpretativi. L'ambiente è un "complesso di cose materiali" (Corte Cost., sent. 210/1987), anzi no, è un "bene immateriale unitario" e "di valore assoluto e primario, è un bene giuridico, in quanto riconosciuto e tutelato da norme" (sent. 641/1987). Ma forse nemmeno, se è "un bene della vita, materiale e complesso, la cui disciplina comprende anche la tutela e la salvaguardia delle qualità e degli equilibri delle sue singole componenti" (sent. 378/2007); anche M. Cafagno, *Principi e strumenti di tutela dell'ambiente*, cit., p. 186, secondo cui «l'unilateralità di alcune tesi dottrinali o giurisprudenziali, aspiranti a riassumere in una formula sintetica ed esaustiva la rilevanza giuridica dell'ambiente, riflette la già denunciata inclinazione a scambiare i piani, con un sottaciuto tentativo di scaricare compensativamente e di esaudire sul versante qualificatorio un'istanza di univocità che preme semmai sul contiguo livello descrittivo». Tale preoccupazione non è sentita con riguardo ad altri settori affini all'ambiente per carattere di immaterialità, come ad es. il mercato, in relazione al quale «fortunatamente, la riflessione giuridica non parrebbe al momento assorbita dal pregiudiziale dilemma se esista una nozione "unitaria" di mercato (facendosi carico di tutte le ambiguità che l'appellativo reca insite) né dall'affanno di imbrigliare il rilievo giuridico del mercato o della concorrenza affermando una volta per tutte che essi sono - alternativamente - un bene immateriale, un bene pubblico, un valore, substrato di diritti soggettivi, oppure oggetto di un interesse pubblico, di poteri amministrativi o, ancora, di interessi legittimi o procedimentali», *ivi*, p. 187. Si tratta, sembrerebbe, di non-definizioni, funzionali al solo fine dell'attribuzione allo Stato della competenza legislativa esclusiva in materia di tutela dell'ambiente. È allora molto probabile che, al contrario, parafrasando G. Rossi, *Enti pubblici*, Bologna, 1990 (che, nella premessa del proprio scritto, affermava: «cercando l'ente pubblico può succedere che si trovino, invece, gli enti pubblici, tante figure tra loro profondamente differenti. Ma forse c'è una ragione, non solo storica, che spiega il nome che le accomuna»), ricercando "l'ambiente", si trovino "gli ambienti", ovvero le singole risorse naturali, le matrici ambientali e le varie relazioni tra le stesse.

³² F. Fracchia, *Sulla configurazione unitaria dell'ambiente fondata sull'art. 2 Cost. e doveri di solidarietà ambientale*, in *Dir. econ.*, 2002, p. 218.

tale ragione, ad es., quanto a rilevanza di taluni principi, di matrice primaria e secondaria, comuni e trasversali alle varie discipline³³.

Accantonata la prospettiva antropocentrica del diritto soggettivo, ove discorrere di pretese individuali, quasi egoistiche, con riferimento all'ambiente, appare relegare nell'ombra la tutela delle risorse naturali in senso oggettivo, la prospettiva più adatta, spostando l'angolo visuale dall'uomo alla natura, dall'“avere” all'“essere”³⁴, è apparsa quella del dovere³⁵. Per questa via, evidenziando il cortocircuito antropocentrico che

³³ Si fa riferimento ai principi del diritto dell'ambiente, sia di prima generazione, già presenti nel Testo unico dell'ambiente (artt. 3 ter, 3 quater e 3 quinquies del d.lgs. n. 152/2006), ma poco utilizzati dal giudice e dalle amministrazioni, sia di seconda generazione, definiti efficacemente “*conceptual pillars*” o “*principi ecogiuridici*”, derivanti dall'approfondimento scientifico dell'incidenza dell'attività umana sull'ecosistema. Con riferimento specifico al diritto del clima, tra questi principi emergono, in particolare, il principio di resilienza e il principio di non regressione, già evoluto nel principio di progressione. Sui primi, v. L. Krämer, *EU Environmental Law*, London, 2016, p. 2 ss.; M. Renna, *I principi in materia di tutela dell'ambiente*, in *Riv. quad. dir. amb.*, 2012, p. 62 ss.; M. Cafagno, *Principi e strumenti di tutela dell'ambiente*, cit., p. 205 ss.; P. Dell'Anno, *Principi del diritto ambientale europeo e nazionale*, Milano, 2004; sui secondi, M. Prieur, G. Sozzo (a cura di), *La non régression en droit de l'environnement*, Bruxelles, 2012; M. Prieur, *Non-Regression in Environmental Law*, in *Sapiens*, 2012, p. 52 ss.; C. Voigt (a cura di), *The Rule of Law for Nature. New dimensions and ideas in environmental law*, Cambridge, 2013; T. Scovazzi, *Il principio di non-regressione nel diritto internazionale dell'ambiente*, in D. Marrani (a cura di), *Il contributo del diritto internazionale e del diritto europeo all'affermazione di una sensibilità ambientale*, Napoli, 2017, p. 59 ss.; N. Bryner, *Never Look Back: Non-Regression in Environmental Law*, in *Univ. Pennsylvania J. of Int. Law*, 2021, p. 1 ss.; M. Monteduro, *Le decisioni amministrative nell'era della recessione ecologica*, cit., p. 37 ss.; L. Collins, *Essential Concepts of Global Environmental Governance*, London, 2020; M. Vordermayer-Riemer, *Non-Regression In International Environmental Law. Human Rights Doctrine And The Promises Of Comparative International Law*, Cambridge, 2020; S. Baldin, *La sostenibilità ecologica e i principi eco-giuridici per la salvaguardia del sistema Terra*, in *Riv. Diritti comparati*, 2022, p. 239 ss.; A. Mitchell, J. Munro, *An International Law Principle of Non-Regression from Environmental Protections*, in *Int. & Comp. Law Quarterly*, 2023, p. 35 ss.

³⁴ F.G. Scoca, *L'interesse legittimo. Storia e teoria*, cit., p. 448.

³⁵ Il principale fautore della tesi del dovere nel diritto dell'ambiente è F. Fracchia, del quale si veda *Sulla configurazione giuridica unitaria dell'ambiente: art. 2 Cost. e doveri di solidarietà ambientale*, in *Dir. econ.*, 2002, p. 215 ss., spec. p. 231: «la tesi di questo lavoro è che il dovere di solidarietà, potendo essere riferito anche all'ambiente, è in grado di giustificare il fondamento, in capo a tutti i soggetti dell'ordinamento, del relativo dovere di protezione e, dunque, di confortare la prospettiva di una rilevanza giuridica unitaria della tutela dell'ambiente e dell'ecosistema così perseguita»; Id., *Amministrazione, ambiente e dovere: Stati Uniti e Italia a confronto*, in D. De Carolis, E. Ferrari, A. Police (a cura di), *Atti del primo colloquio di diritto dell'ambiente. Teramo 29-30 aprile 2005*, Milano, 2005, p. 119 e ss.; Id., *Sviluppo sostenibile e diritti delle generazioni future*, in *Riv. quad. dir. amb.*, 2010, p. 13 ss.; Id., *Lo sviluppo sostenibile. La voce flebile dell'altro tra protezione dell'ambiente e tutela della specie umana*, Napoli,

la teorica dei diritti soggettivi reca, si è tentato di concepire l'ambiente non tanto come oggetto di una pretesa giuridica, la cui struttura non può che ricalcare quella individualistica del diritto soggettivo o dell'interesse legittimo³⁶, ma piuttosto come oggetto di un dovere di solidarietà nei confronti delle generazioni presenti, e anche di quelle future³⁷, oppure anche

2010. Ma v. già, in tema, T. Martines, *Diritti e doveri ambientali*, ora in Id., *Opere*, IV, *Libertà e altri temi*, Milano, 2000, p. 185 ss., spec. 191: «Se - come io ritengo (...) - non è possibile rinvenire una categoria di interessi che abbiano per oggetto l'ambiente (inteso nel suo assieme od in relazione ai singoli suoi elementi costitutivi) e che assurgano alla dignità di situazioni giuridiche soggettive piene ed azionabili allora è sul versante opposto che bisogna indirizzare la nostra attenzione: quello dei doveri»; Id., *La dimensione giuridica dell'ambiente*, *ivi*, p. 311 ss.; nonché Id., *L'ambiente come oggetto di diritti e di doveri*, in V. Pepe (a cura di), *Politica e legislazione ambientale*, Napoli, 1996. Di recente, v. il numero monografico de *Il diritto dell'economia* a cura di P. Pantalone, *Doveri intergenerazionali e tutela dell'ambiente. Sviluppi, sfide e prospettive per Stati, imprese e individui. Atti del Convegno svoltosi presso l'Università degli Studi di Milano il 7 ottobre 2021*. Più in generale, sul tema dei doveri nel diritto e nella dottrina costituzionalistica, L. Violini, G. Formici, *Doveri intergenerazionali e tutela dell'ambiente: riforme costituzionali e interventi della giurisprudenza*, *ivi*, p. 32 ss.; E. Rossi, *La doverosità dei diritti: analisi di un ossimoro costituzionale?*, in *Riv. Gruppo di Pisa*, 2018; G. Zagrebelsky, *Diritti per forza*, Torino, 2017; F. Polacchini, *Doveri costituzionali e principio di solidarietà*, Bologna, 2016; L. Violante, *Il dovere di avere doveri*, Torino, 2014.

³⁶ Per F.G. Scoca, *Osservazioni sugli strumenti giuridici per la tutela dell'ambiente*, in *Dir. soc.*, 1993, p. 402 ss. è «l'intero strumentario delle situazioni giuridiche soggettive che deve essere utilizzato, tenendo conto che tra le situazioni soggettive astrattamente utilizzabili, la meno idonea a tutelare convenientemente l'ambiente è proprio il diritto soggettivo. (...) Mi sembra dunque opportuno spostare la prospettiva, sostenendo che, per la tutela giuridica dell'ambiente, sono molto importanti (molto più che non i diritti soggettivi) da un lato i poteri, le funzioni, le responsabilità degli organi pubblici, dall'altro i doveri e le responsabilità individuali».

³⁷ Generalmente si ritiene che i soggetti del diritto dell'ambiente siano tre: i singoli, le collettività e le generazioni future, cfr. M. Cafagno, *Principi e strumenti di tutela dell'ambiente*, cit., p. 185. Anche in questo il diritto dell'ambiente mostra il suo lato innovativo e v. A. D'Aloia, voce *Generazioni future (dir. cost.)*, in *Enc. dir.*, Milano, 2016, p. 331, per il quale il tema delle generazioni future costituisce una «nuova questione costituzionale» o G. Arconzo, *La sostenibilità delle prestazioni previdenziali e la prospettiva della solidarietà intergenerazionale. Al crocevia tra gli art. 38, 81 e 97 Cost.*, in *Osservatorio AIC*, 2018, p. 627 secondo cui il tema è «considerato, nella letteratura giuridica, ancora di frontiera». Come si vede, il concetto di generazioni future è sempre più centrale nelle vicende del costituzionalismo contemporaneo, considerata la permeabilità degli ordinamenti giuridici alle istanze di carattere internazionale dove tali esigenze sono nate e cfr. T. Groppi, *Sostenibilità e costituzioni: lo Stato costituzionale alla prova del futuro*, in *DPCE online*, 1, 2016, p. 47. Si vedano, sul tema, anche G. Palombino, *La tutela delle generazioni future nel dialogo tra legislatore e Corte costituzionale*, in *Federalismi*, 2020, p. 242 ss.; G. Gemma, *Diritti delle generazioni future. Necessità e limiti di una loro tutela giuridica*, in *Dir. soc.*, 2020, p. 427 ss.; A. Spadaro, I

come valore conformativo dell'ordinamento complessivamente considerato, limite positivo connaturato a ogni situazione giuridica soggettiva³⁸, che si tratti del diritto soggettivo, dell'interesse legittimo o del potere discrezionale.

diritti delle generazioni future e dei non cittadini, in *Scritti in memoria di Giuseppe Abbamonte*, Napoli, 2019, p. 1655 ss.; T. Greco, *Da dove vengono i diritti delle generazioni future?*, in *Etica & Politica*, 2018, p. 249 ss.; 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. Critici nei confronti della configurabilità di "diritti delle generazioni future", I. Ciolli, *Diritti delle generazioni future, equità intergenerazionale e sostenibilità del debito. Riflessioni sul tema*, in *Bil. com. pers.*, 2021, p. 56, secondo la quale «la rigidità delle categorie del diritto rende difficile conferire una soggettività giuridica alle "generazioni future", sebbene vi siano diverse opzioni per tentare una ricostruzione volta a riconoscere una garanzia a questa entità fluida», nonché M. Luciani, *Generazioni future, distribuzione temporale della spesa pubblica e vincoli costituzionali*, in A. D'Aloia, R. Bifulco (a cura di), *Un diritto per il futuro. Teorie e modelli dello sviluppo sostenibile e della responsabilità intergenerazionale*, p. 423 ss. In ogni caso, l'incrementarsi di due fenomeni sembra costituire circostanza emblematica della centralità della questione: in primo luogo, come vedremo, la sempre maggiore diffusione del contenzioso climatico; in secondo luogo, l'adozione di importanti atti politici di programmazione che, secondo una certa lettura sono mossi proprio dalla preoccupazione di fornire risposte alle generazioni future e cfr., ad es., L. Bartolucci, *Il più recente cammino delle generazioni future nel diritto costituzionale*, in *Osservatorio Aic*, 2021, p. 214. Con riferimento alle generazioni future, non sono mancate critiche alla riforma costituzionale introdotta dalla l.cost. 11 febbraio 2022 n. 1, che ha provveduto a introdurre un terzo comma che inserisce, tra i principi fondamentali della Carta, dopo la tutela del paesaggio e del patrimonio storico-artistico della Nazione, la «tutela dell'ambiente, della biodiversità e degli ecosistemi, anche nell'interesse delle future generazioni»: «anche rispetto a chi?» si chiede F. Rescigno, *Quale riforma per l'articolo 9*, in *Federalismi*, 2021, p. 4. Di contrario avviso, M. Cecchetti, *La revisione degli articoli 9 e 41 della Costituzione e il valore costituzionale dell'ambiente: tra rischi scongiurati, qualche virtù (anche) innovativa e molte lacune*, in *Forum quad. cost.*, 2021, p. 309, secondo il quale «il contenuto innovativo che immediatamente colpisce l'attenzione è, senza dubbio, il collegamento esplicito della tutela dell'ambiente, della biodiversità e degli ecosistemi "anche" all'"interesse delle future generazioni"». In realtà, sembra cogliere nel segno chi nota l'ambiguità del riferimento "anche" all'"interesse delle future generazioni", esistendo nel diritto dell'ambiente concetti meno generici, come il (classico) principio dello sviluppo sostenibile, il principio (più innovativo) di sostenibilità o anche il principio di integrazione, cardine del diritto europeo dell'ambiente. Probabilmente, intenzione del legislatore era quella di introdurre in Costituzione un concetto di responsabilità delle generazioni attuali nei confronti di quelle future. Se lo si fosse esplicitato, la riforma costituzionale avrebbe potuto assumere un carattere maggiormente innovativo e precettivo.

³⁸ G. Rossi, *Situazioni giuridiche soggettive, danni e tutele*, in Id. (a cura di), *Diritto dell'ambiente*, cit., p. 109: «la situazione giuridica soggettiva che più chiaramente emerge in materia ambientale è quella del dovere dei singoli, delle collettività e delle loro amministrazioni di non danneggiare il bene ambientale e anzi di tutelarlo e promuoverne la valorizzazione. (...) l'obbligo di conservazione dell'ambiente è coesistente (è un modo

La prospettiva del dovere appare, allo stato, quella maggiormente idonea a ricondurre entro i binari dell'ecocentrismo l'ordinamento giuridico nella sua interezza. Essa, infatti, reca con sé alcuni innegabili vantaggi³⁹.

In primo luogo, consente di inquadrare le tematiche ambientali nel loro contesto per così dire "naturale". Costituendo l'ambiente, secondo le varie configurazioni, un bene giuridico unitario, un valore trasversale, e più concretamente un bene pubblico⁴⁰ o un bene comune⁴¹, esso non può che appartenere alla sfera (non già individuale ma) collettiva e relazionale fatta propria dal principio di solidarietà consacrato all'art. 2 della Costituzione⁴².

di essere ordinario, non un "limite") a ogni tipo di diritto»; R. Rota, *Brevi note sui "nuovi" principi generali di tutela ambientale*, cit., p. 3: «allora, più che essere valutato come diritto soggettivo o fondamento di una situazione giuridica soggettiva, l'ambiente diventa il modo di essere e la misura stessa del diritto in senso oggettivo. Diventa, cioè, parametro di valutazione dell'ordinamento e della sua stessa legittimazione, non più basata su modelli statici di tutela, bensì sulla dinamica degli interessi e, dunque, sulla efficacia delle azioni».

³⁹ P. Pantalone, *Ringraziamenti e presentazione del tema*, in Id. (a cura di), *Doveri intergenerazionali e tutela dell'ambiente*, cit., p. 12: «questa prospettiva d'indagine - che mantiene una forte connotazione pubblicistica - consentirebbe di superare alcuni ostacoli di ordine tecnico-giuridico che si frappongono alla individuazione di "diritti" (e alla loro giustiziabilità) in capo a elementi non umani della natura o a chi ancora non c'è, ma anche di stemperare gli afflitti ideologici che il diritto (soggettivo) - talora non soltanto inteso quale situazione giuridica soggettiva di immunità dal potere azionabile davanti a un giudice - pone».

⁴⁰ Chiarito che «di bene pubblico è qui possibile parlare non per indicare un bene "appartenente" alla p.a., bensì per intendere un bene a fruizione collettiva - in quanto tale oggetto di potestà amministrative e refrattario all'impiego dell'istituto della proprietà individuale come strumento di controllo delle facoltà di disposizione e di godimento - la qualificazione parrebbe attagliarsi all'ambiente, come sistema che nella sua unità funzionale genera servizi comuni», cfr. M. Cafagno, *Principi e strumenti di tutela dell'ambiente*, cit., p. 200 e dottrina *ivi* citata.

⁴¹ Ovvero «cose che esprimono utilità funzionali all'esercizio dei diritti fondamentali nonché al libero sviluppo della persona», cfr. l'art. 1, c. 3, lett. c), della proposta di modifica del Codice civile predisposto dalla Commissione Rodotà.

⁴² F. Fracchia, *Sulla configurazione giuridica unitaria dell'ambiente: art. 2 Cost. e doveri di solidarietà ambientale*, cit., p. 215 ss.; L. Violini, G. Formici, *Doveri intergenerazionali e tutela dell'ambiente: riforme costituzionali e interventi della giurisprudenza*, in *Dir. ec.*, cit., p. 35: «(...) tramite la menzione dei doveri di solidarietà, contenuta nell'art. 2 Cost., i Padri costituenti hanno dato ai doveri stessi pari dignità rispetto ai diritti, per segnalare la necessità di superare la concezione individualistica del soggetto titolare di tali posizioni soggettive a favore di una visione di relazione delle stesse». In tal senso, dunque, il principio personalistico, ovvero l'individuo, sembrerebbe, nell'ottica dei costituenti subordinato al principio solidaristico, impersonato dalla collettività, perché è proprio in essa che si svolge la personalità dell'uomo, e cfr. *Ibidem*: «invero, il dovere di solidarietà così tracciato nasce dal riconoscimento del legame che ciascuno ha ab origine con i propri simili, legame

In secondo luogo, la prospettiva del dovere consentirebbe di superare le problematiche legate alla (non facile) individuazione, secondo una visione sostanzialmente antropocentrica del fenomeno ambientale, di una soggettività giuridica della natura, delle risorse naturali e degli animali, in tal modo evitandosi gli ostacoli legati alla individuazione del titolare della situazione giuridica sostanziale e processuale⁴³.

In terzo luogo, essa consentirebbe di valorizzare il profilo temporale del principio di solidarietà e di instaurare un legame tra le generazioni attuali e quelle future, imponendo alle prime di prendere in considerazione interessi fondamentali delle seconde; e ciò coniugando i profili ecocentrici a quelli antropocentrici, se si accede alla tesi per la quale il vero obiettivo del complesso delle norme poste a tutela dell'ambiente, non è tanto la mera preservazione di questo, bensì la sopravvivenza della specie umana⁴⁴. In questo senso, la prospettiva del dovere consentirebbe di evitare il problema di ipotizzare situazioni giuridiche soggettive in capo alle generazioni future, in relazione alle quali è tutto fuor che pacifica la possibilità che possano essere considerate veri e propri soggetti di diritto⁴⁵.

In definitiva, la prospettiva del dovere appare condivisibile, oltre che costituzionalmente imposta (art. 2 Cost.), e utile, sia nella prospettiva di eliminare l'autoreferenzialità delle soluzioni giuridiche, sia nell'individuare il nucleo fondamentale della questione ambientale, la cui soluzione è rimessa sostanzialmente all'autodeterminazione, individuale e collettiva, in

fondamentale per lo sviluppo della personalità». In realtà v'è da dire che la formulazione dell'art. 2 Cost. si presta a equivoci e interpretazioni gerarchiche. Da un lato, «riconosce i diritti inviolabili dell'uomo», dando fondamento alla nota tesi per cui questi sono preesistenti alla Costituzione stessa, con tutti i corollari che ne conseguono (incomprimibilità, inalienabilità, ecc.); dall'altro, riconosce che nelle formazioni sociali si svolge la personalità dell'uomo e, dunque, «richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà», ammettendo implicitamente come questi possano non essere adempiuti.

⁴³ F. Fracchia, *Sulla configurazione giuridica unitaria dell'ambiente*, cit., p. 237: «i comportamenti doverosi riconducibili alla materia ambientale proteggono soprattutto elementi e componenti che, in quanto carenti di soggettività e di volontà, non sono in grado di attivarsi autonomamente per rivendicare una tutela. Non è un caso che, in campo ambientale, il dovere di solidarietà che, non si dimentichi, va riferito al soggetto aggressore, attenga all'idea di "prendersi cura di un altro", in particolare quando questo sia minacciato».

⁴⁴ F. Fracchia, *Sulla configurazione giuridica unitaria dell'ambiente*, cit., p. 238.

⁴⁵ A. D'Aloia, voce *Generazioni future*, cit., n. 11: «il tema trattato nelle pagine che precedono non si presta a conclusioni, se non parziali o interlocutorie. Tutto è ancora aperto e "in divenire"».

prospettiva diacronica⁴⁶ e relazionale con tutto ciò, sia esso uomo, animale o naturale, che appare altro da noi.

In questi termini, la prospettiva del dovere appare, nella sua struttura, antesignana della tesi, poi accolta dall'ordinamento olandese, secondo cui grava in capo ai pubblici poteri un generale dovere di protezione (*duty of care*) dei cittadini, in via diretta, e della stabilità climatica, in via indiretta, fondato sugli articoli 2 e 8 CEDU. Coniugando gli articoli 2 e 9, come riformato nel 2022, della nostra Costituzione, si potrebbe giungere (teoricamente) allo stesso risultato interpretativo. Ma il punto è, come si vedrà, che la teorica del dovere così inteso non muta la sua prospettiva, che rimane antropocentrica⁴⁷. Infatti, il dovere di solidarietà così concepito si concretizza in una obbligazione dello Stato che fronteggia un relativo diritto dei propri cittadini.

Il dovere di cui si discorre consiste invece in una situazione giuridica soggettiva che coinvolge, dall'altro lato, l'ambiente, le risorse naturali, gli animali. Ed è per questo che tale situazione giuridica è idonea a integrarsi perfettamente con un'altra situazione soggettiva attiva, quella del potere, e in particolare del potere pubblico, sia legislativo, tenuto a prendere in considerazione l'ambiente da un punto di vista generale e astratto, sia amministrativo, tenuto a prendere in considerazione l'ambiente da un punto di vista specifico e concreto. La figura del dovere sconta, però, l'obiezione, tipica dell'era dei diritti, per cui essa, quand'anche consacrata in ambito giuridico, appare piuttosto debole proprio perché si tratta di una situazione giuridica soggettiva irrelata⁴⁸, mostrando in tal modo la sua vera natura di

⁴⁶ Ancora, P. Pantalone, *Ringraziamenti e presentazione del tema*, in Id. (a cura di), *Doveri intergenerazionali e tutela dell'ambiente*, cit., p. 12: «il passaggio dall'antropocentrismo del diritto all'antropocentrismo del dovere rovescia completamente la prospettiva di indagine, focalizzando l'attenzione sui soggetti pubblici e/o privati a cui, a vario titolo e a vario livello, è possibile imputare, oggi, posizioni di responsabilità e doveri di protezione nei confronti di generazioni ancora non venute a esistenza, conferendo così una pregnante dimensione giuridica anche al "tempo"».

⁴⁷ Così sintetizzabile per L. Butti, S. Nespore, *Il diritto del clima*, cit., p. 39: «il salto generazionale esistente fra i responsabili del riscaldamento e le vittime delle sue conseguenze più gravi non riduce, anzi accresce, il dovere giuridico e costituzionale, oggi, di agire».

⁴⁸ S. Romano, voce *Doveri. Obblighi*, in *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, 1947, p. 91 ss.: «delle varie figure giuridiche soggettive, che recenti indagini si sforzano di distinguere e definire (...) quella che è rimasta più nell'ombra è senza dubbio la figura del dovere o dell'obbligo, ritenuta generalmente unica e promiscuamente designata con l'una o l'altra di queste due parole», mentre invece le due nozioni possiedono un significato ben preciso, il cui discrimine è riscontrabile proprio nel rapporto giuridico. Sostanzialmente

strumento capace di introdurre profili etici nell'ambito degli ordinamenti giuridici⁴⁹.

La critica coglie nel segno se il termine di paragone è la coercibilità tipica del rapporto giuridico relazionale, quello di carattere obbligatorio, la cui struttura è però ricalcata sulle prestazioni di carattere patrimoniale. Coglie meno nel segno se si pone mente a tutto l'armamentario giuridico utilizzabile per la protezione di un interesse, ovvero tutto quel complesso di posizioni soggettive consistenti in regole di comportamento, fattispecie di responsabilità⁵⁰, risarcitoria o semplicemente sanzionatoria (civile, penale o amministrativa), diritti potestativi (stragiudiziali o giudiziali) o, in altri meccanismi giuridici che presentano qualche profilo anche indiretto di coercibilità.

La prospettiva del dovere però non deve impedire di intravedere, dove possibile, tutto il complesso delle relazioni giuridiche che possono

analoghe le considerazioni di E. Betti, voce *Dovere giuridico (cenni storici e teoria generale)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1965, secondo cui «fra i doveri statuiti da un ordine giuridico e i doveri aventi altra fonte e natura vi è una differenza di struttura che è determinata dalla bilateralità del rapporto (giuridico), in cui quei doveri normalmente s'inquadrano: bilateralità, per la quale i doveri giuridici sogliono essere correlativi al diritto soggettivo di altra persona, ancorché una siffatta correlatività non sia costante né concettualmente necessaria, e contrassegni quelli che, nel campo del diritto privato, si chiamano in senso più ristretto "obblighi"». Cfr. altresì F. Romano, voce *Obbligo*, in *Enc. dir.*, Milano, 1979, n. 2. Alla domanda «perché questa inversione di tendenza?» con riguardo al proliferare, negli ultimi tempi, di lavori aventi per oggetto i doveri costituzionali, E. Rossi, *La doverosità dei diritti*, cit., p. 53 risponde «è probabile che determinanti risultino motivazioni più profonde, connesse alla fase storico-sociale che caratterizza l'Italia nel più generale contesto internazionale occidentale. Avvertiamo tutti, infatti, come sia ravvisabile un certo "affievolimento" delle ragioni della convivenza, una difficoltà a convivere nella stessa comunità, uno scadimento delle ragioni della solidarietà a fronte di una rivendicazione sempre più marcata della richiesta di tutela per i propri diritti ed interessi particolari, e così via: come è stato detto, nella dicotomia tra individualismo e comunitarismo oggi ci troviamo fortemente schiacciati sul lato individualista, in una fase di affermazione del particolarismo sociale». Sul punto, anche S. Romano, voce *Diritto e morale*, in *Frammenti di un dizionario giuridico*, cit., p. 64 ss.

⁴⁹ Per i vari modelli etici utilizzabili in ordine alla "riscoperta dei temi ambientali", v. F. Fracchia, *Climate change e diritto: alla ricerca del corretto approccio metodologico del giurista di fronte ai problemi dello sviluppo sostenibile*, in *Economia fonti di energia e amb.*, 2010, p. 72 ss.

⁵⁰ Per D. Amirante, *Costituzionalismo ambientale. Atlante giuridico per l'Antropocene*, Bologna, 2022, p. 234 «l'antropocene implica il passaggio dall'era dei diritti, nella quale l'uomo si concepisce come un soggetto astratto titolare di poteri e privilegi sul mondo naturale (...), all'era della responsabilità nella quale "la normatività e la soggettività giuridica avvengono io orientate verso la condizione la considerazione dei bisogni" della natura.

instaurarsi tra uomo e risorse naturali, tra lesione del bene e rimedi⁵¹. Lasciando da parte la prospettiva del diritto all'ambiente salubre⁵², che altro non appare che estrinsecazione del diritto alla salute (e lo stesso è riferibile ai casi di contenzioso climatico che poggiano le loro argomentazioni sui diritti umani), la prospettiva del diritto soggettivo, laddove sia possibile individuare un rapporto diretto tra un soggetto e una risorsa naturale, si integra perfettamente con quella del dovere.

Sulla base delle norme costituzionali, delle estrinsecazioni del principio di solidarietà e delle forme di responsabilità, è possibile individuare la sfera del dovere, mentre quando le norme forniscono tutela piena a situazioni individuali o collettive direttamente individuabili nei confronti di uno o più soggetti determinati (o determinabili), o di fronte al pubblico potere, si avranno corrispondenti diritti o interessi legittimi.

⁵¹ Analoga prospettiva è adottata da M. Cafagno, *Principi e strumenti di tutela dell'ambiente*, cit., p. 185, secondo cui «è ragionevole supporre che le prospettive utili a qualificare l'ambiente e le sue componenti, come pure le angolature idonee all'identificazione delle annesse posizioni soggettive, siano molteplici. (...) sarebbe un errore indulgere in tentativi di qualificazione esclusivi, che si dimostrerebbero come tali parziali, quand'anche non inesatti. L'unilateralità di alcune tesi dottrinali o giurisprudenziali, aspiranti a riassumere in una formula sintetica ed esaustiva la rilevanza giuridica dell'ambiente, riflette la già denunciata inclinazione a scambiare i piani, con un sottaciuto tentativo di scaricare compensativamente e di esaudire sul versante qualificatorio un'istanza di univocità che preme semmai sul contiguo livello descrittivo»; ne deriva che «presentandosi l'ambiente come sistema funzionalmente coerente ma composto da unità fisicamente eterogenee, singolarmente sottoposte a regimi caratteristici, che in vario modo e con effetti complessi interagiscono tra loro e con le attività umane, non può stupire che l'azione di cura e di tutela si concretizzi in una pluralità di strumenti amministrativi e normativi, di rango e tipo diverso».

⁵² Cfr. la risalente, Cass., Sez. Un., n. 1463/1979, che in relazione al procedimento per la localizzazione di centrali nucleari, affermava «è configurabile, oltre alla titolarità di interessi cosiddetti diffusi, da parte di collettività unitariamente considerate, anche la titolarità di interessi individuali, da parte dei singoli coinvolti dal procedimento stesso. Tali ultimi interessi hanno natura e consistenza di veri e propri diritti soggettivi, quando riguardino la tutela del bene della salute, non disponibile e non degradabile per l'intervento dell'amministrazione, ovvero la tutela di disponibilità esclusive di determinati beni, i quali traggono dall'ambiente il loro pregio e la loro potenzialità economica, e, quindi, potrebbero venire sostanzialmente perduti per effetto delle scelte concretamente adottate per detta ubicazione». In definitiva, quando si discorre di diritti soggettivi in materia di diritto dell'ambiente, si tratta prevalentemente di aspetti del diritto alla salute.

Nel diritto dell'ambiente, dunque, le dimensioni della giuridicità appaiono le più varie, tra cui emergono, in particolare, quella del dovere, del diritto (seppur residuale) e del potere (*rectius*: potere-dovere).

4. *Le dimensioni della giuridicità del clima. L'“obbligazione climatica” e i doveri climatici*

Con riferimento al clima, ove i caratteri peculiari dei fenomeni ambientali appaiono enfatizzati⁵³, il discorso sembra assottigliarsi.

Il clima, inteso come servizio ecosistemico di regolazione delle condizioni essenziali per la vita sulla Terra⁵⁴, appare un fenomeno sfuggente. Di riflesso, individuato il legame tra uomo e clima nella qualità di un interesse certamente qualificato, quindi non di mero fatto, a un clima stabile, mite e funzionale allo sviluppo della vita sul pianeta, in relazione al quale è

⁵³ In tema, sempre, G. Rossi (a cura di), *Diritto dell'ambiente*, Parte generale, Torino, 2021.

⁵⁴ La definizione della regolazione climatica come “servizio ecosistemico” è contenuta nel *Millennium Ecosystem Assessment, Conceptual Framework*, p. 29, richiesto dal Segretario generale delle Nazioni Unite, Kofi Annan, nel 2000. Ivi si legge: «*ecosystems provide a variety of benefits to people, including provisioning, regulating, cultural, and supporting services. Provisioning services are the products people obtain from ecosystems, such as food, fuel, fiber, fresh water, and genetic resources. Regulating services are the benefits people obtain from the regulation of ecosystem processes, including air quality maintenance, climate regulation, erosion control, regulation of human diseases, and water purification*». Centrale è, infatti, il concetto di ecosistema, da intendere come «*a dynamic complex of plant, animal, and microorganism communities and the nonliving environment interacting as a functional unit. Humans are an integral part of ecosystems*». Quanto alla prospettiva economica di “servizi ecosistemici”, ovvero la proposta di attribuire (non solo, ma anche) un valore economico a tutti i servizi che la natura offre e che generano benefici per l'umanità, v. R. Costanza, R. d'Arge, R. de Groot *et al.*, *The Value Of The World's Ecosystem Services And Natural Capital*, in *Nature*, 1997, p. 253 ss. L'analisi economica dei servizi ecosistemici ha mostrato come le funzioni ambientali fornite da un ecosistema possono avere un valore al contempo materiale e immateriale: «nel 1997 fece scalpore il fatto che gli autori valutando la somma economica del valore dei servizi ecosistemici per tutta la terra resero evidente come questo valore fosse circa tre volte il Pil mondiale», cfr. E. Padoa-Schioppa, *Antropocene. Una nuova epoca per la Terra*, cit., p. 125; il che lascia non poco riflettere: da un lato, è scontato che i “servizi ecosistemici” forniti dalla Terra siano di innegabile valore e, dunque, appare singolare assegnare “un prezzo” alle condizioni funzionali alla vita; dall'altro, il fatto che occorra una analisi di tipo economico per fornire un valore, materiale o immateriale che sia, alle componenti della Terra e ai servizi che le stesse offrono all'uomo è indice dell'incapacità dell'uomo di comprendere la legge naturale e di dare per scontate circostanze autoevidenti che non necessiterebbero di alcuna analisi, per di più di carattere economico, e che, per il solo fatto di esistere, dovrebbero essere prese in considerazione dalla politica e dal diritto.

opportuno procedere in senso negativo a ripensare l'attività dell'uomo capace di incidervi, emerge l'archetipo dell'interesse diffuso o adespotato.

Questa definizione conduce di per sé a rendere evidente, molto più che per la generalità dei fenomeni ambientali, l'inutilità della ricerca di un diritto soggettivo al clima⁵⁵, costituendo il clima il risultato dell'interrelazione di diversi fattori, alcuni dei quali tuttora sconosciuti⁵⁶,

⁵⁵ Si tratta delle stesse perplessità che sorgono, come visto nel paragrafo precedente, nella maggioranza della dottrina in relazione alla individuazione di un diritto soggettivo all'ambiente, cfr. di recente M. Cecchetti, *La revisione degli articoli 9 e 41 della Costituzione e il valore costituzionale dell'ambiente: tra rischi scongiurati, qualche virtuosità (anche) innovativa e molte lacune*, in *Forum quad. cost.*, p. 306.

⁵⁶ Il clima, infatti, possiede una fisiologia propria ancora in larga parte inesplorata: sul punto, K. Emanuel, *Piccola lezione sul clima*, Bologna, 2008. Proprio da questo assunto muove il volume a cura di A. Prestininzi, *Dialoghi sul clima. Tra emergenza e conoscenza*, Soveria Mannelli, 2022, ove un nutrito gruppo di scienziati tenta di instaurare un «confronto ampio e aperto, ma sempre ispirato a un rigoroso approccio scientifico» (G. Scarascia Mugnozza, *La ricerca tra dati, ipoteri e confronti*, *ivi*, p. x) per spiegare come, da un lato, lo studio dell'atmosfera e del clima si collochi ancora in uno stadio di incertezza scientifica e, dall'altro, la «cultura della paura» (G. Berkhout, *Il clima è molto più della CO2 e la CO2 è molto più del clima*, *ivi*, p. XI) non faccia bene al confronto scientifico. I contributi trattano tutti gli aspetti del problema. Il punto fondamentale di questa tesi è che, al contrario di quanto riportato dall'IPCC, la variabile che conduce al cambiamento climatico non è soltanto l'aumento di CO2, elemento naturale che, tra l'altro, rappresenta «l'elemento costitutivo della vita sulla Terra». L'unica emergenza, secondo questa visione, è al contrario costituita dall'inquinamento e dall'irrazionale utilizzo delle risorse naturali. La *World Climate Declaration* (WCD) segnala che non esiste uno stato di emergenza climatica (il cambiamento climatico è fisiologico) e che la tendenza a individuare emergenze sia piuttosto legata a fenomeni di carattere politico e alla «cultura della paura»: «*climate science should be less political, while climate policies should be more scientific. Scientists should openly address uncertainties and exaggerations in their predictions of global warming, while politicians should dispassionately count the real costs as well as the imagined benefits of their policy measures*». Il «dovere costituzionale di parlare chiaro, (...) *Parresia*» (A. Prestininzi, *Introduzione*, *ivi*, p. 5) conduce a riflettere sull'impianto teorico semplicistico (aumento di CO2 = riscaldamento globale) e a verificare tutti gli aspetti della narrazione del riscaldamento globale: dall'alternanza periodi caldi-periodi freddi, ove evidenze scientifiche suggeriscono aumenti di CO2 anche in questi ultimi; all'assenza di un legame tra aumento della temperatura ed eventi atmosferici estremi, dove i dati mostrano una loro diminuzione; al fatto che, sebbene negli ultimi 150 anni, si registri un complessivo riscaldamento globale, «esso non ha seguito il monotono crescente aumento di emissioni di gas serra», F. Battaglia, *Non esiste alcuna emergenza climatica*, *ivi*, p. 107, il quale afferma che «il clima è governato da una moltitudine - diverse decine - di parametri. Pensare che esso possa essere governato agendo solo su un parametro - uno solo! - è altrettanto implausibile. Comunque, ben sappiamo che molti fatti avvengono anche se sono implausibili. Immergiamoci quindi completamente nell'argomento» e conclude che «quella del riscaldamento globale d'origine antropica e del timore di aumento di eventi

dove è difficile intravedere la possibilità di “appropriazione” individuale o collettiva del bene (quale bene?) e una qualificazione formale che affidi tale interesse alla protezione giuridica per mezzo della tecnica del diritto soggettivo. Può ben dirsi quindi che in relazione al fenomeno climatico, la prospettiva del diritto soggettivo, a causa della estrema complessità del bene giuridico che si pretende di conseguire, appare inutilizzabile dall’individuo, in quanto il risultato utile è piuttosto conseguibile, nella misura in cui la sua tutela è direttamente proporzionale all’azione umana, attraverso una impostazione di tipo ecosistemico o ecocentrico.

Un approccio ecosistemico consisterebbe in qualcosa di più e di diverso rispetto a un uso e a una tutela integrate, olistica, delle risorse naturali. Vuol dire, più compiutamente, introdurre una variabile umana nell’uso e nella tutela di quelle risorse, che vi aggiunga un *quid* di carattere positivo che consenta di ottenere risultati che un mero approccio conservativo non consentirebbe di raggiungere. Si tratta, in altri termini, di concepire un ecocentrismo applicato.

Questo ecocentrismo pare allora doversi esplicare attraverso altre, diverse situazioni giuridiche soggettive attive, come il dovere e il poterdovere, ovvero il potere indirizzato da questo *quid* di carattere positivo di cui si discorre⁵⁷. Si tratta, non a caso, delle situazioni giuridiche soggettive che più caratterizzano la sfera pubblica che, ove intenda assumere su di sé e sulla propria organizzazione il perseguimento di un determinato interesse, è tenuta, in primo luogo, a conformare la propria organizzazione in senso funzionale al perseguimento dello stesso e, in secondo luogo, a conformare anche la propria attività, e quelle dei privati, in senso conseguente.

In definitiva, sembra possibile affermare che mentre nel diritto dell’ambiente generalmente inteso le dimensioni della giuridicità siano più o meno complete, nel diritto del clima, queste dimensioni siano di gran lunga

meteorologici estremi come conseguenza delle attività umane che immettono anidride carbonica in atmosfera è un colossale falso scientifico sconfessato dai fatti» (p. 118). La complessità della composizione del sistema climatico (atmosfera, criosfera, litosfera, idrosfera, biosfera), le variazioni nella loro composizione e la pluralità di cause dei cambiamenti climatici sono mostrati da T. Nanni, F. Prodi, *Il sistema climatico*, *ivi*, p. 168 ss.

⁵⁷ Si tratta del concetto di funzione per come tradizionalmente elaborato dalla dottrina amministrativistica, intendendosi per essa quella «espressione verbale, con cui si vogliono indicare l’insieme delle attività svolte dall’insieme degli apparati amministrativi dello Stato e degli altri enti o comunque delle altre figure soggettive del settore pubblico. (...) Così la “funzione amministrativa” si compone in realtà di un insieme di funzioni; anzi, in termini più distesi e precisi, si deve dire così: l’insieme degli apparati amministrativi svolgono numerose distinte attività, che, in linea di principio, sono tutte funzioni», M.S. Giannini, *Diritto amministrativo*, Milano, 1993, vol. II, p. 11.

ridotte, in considerazione della complessità del bene della vita sottostante, delle molteplici variabili che lo caratterizzano, della necessità di un intervento congiunto e coordinato di tutti gli attori, pubblici e privati, europei e internazionali, in gioco.

I casi di contenzioso climatico europeo rappresentano una conferma della impostazione qui prescelta⁵⁸. Non è un caso che, in quel contesto, la prospettiva del diritto al clima, a uno sguardo attento, appare recessiva, avendo il caso olandese posto l'accento sulla violazione del diritto alla vita e al rispetto della vita privata e familiare (art. 2 e 8 CEDU); quello tedesco, come anche quello irlandese, esplicitamente affermato l'impossibilità di delineare sia un diritto al clima, sia i diritti delle generazioni future, individuando invece un potere-dovere del legislatore di legiferare in maniera conforme alla legalità climatica e in modo da rispettare il canone-principio della proporzionalità⁵⁹; avendo il caso francese dimostrato la bontà (ma

⁵⁸ Sia consentito rinviare a E. Guarna Assanti, *Il contenzioso climatico europeo. Profili evolutivi dell'accesso alla giustizia in materia ambientale*, cit., cap. III.

⁵⁹ Nel caso Neubauer, fondamentale appare il riconoscimento della salvaguardia dei diritti e delle libertà fondamentali in chiave diacronica, imponendo la diffusione delle opportunità associate ai diritti di libertà tra le generazioni in maniera il più possibile omogenea. In questo senso, nella loro dimensione soggettiva, i diritti fondamentali, definiti quali "garanzie intertemporali di libertà" (*intertemporale Freiheitsicherung*), offrono una protezione assoluta contro gli obblighi di riduzione dei gas a effetto qualora scaricati integralmente sulle generazioni future. Nella sua dimensione oggettiva, il dovere di protezione (*Schutzauftrag*) desumibile dall'articolo 20a comporta la necessità di trattare le risorse naturali, che costituiscono i fondamenti naturali della vita, con una cura tale (e di preservarle in una condizione tale) che le generazioni future non siano costrette a impegnarsi in una astinenza radicale dall'utilizzo delle medesime. Cfr. par. 145 della sentenza: «il dovere di protezione dello Stato derivante dall'art. 2, par. 2, prima frase GG include anche il dovere di proteggere la vita e la salute dai rischi posti dai cambiamenti climatici (...) In vista dei notevoli rischi che un cambiamento climatico sempre più severo può comportare anche per gli interessi giuridici tutelati ai sensi dell'articolo 2, par. 2, prima frase GG (...), lo Stato è tenuto ad offrire questa protezione alla popolazione attuale e anche, alla luce di requisiti legali oggettivi, alle generazioni future». Il percorso logico seguito dalla Corte costituzionale tedesca non segue la strada del diritto al clima o dei diritti umani stabiliti dalla CEDU. La tutela del clima appare, infatti, in prospettiva oggettiva, un dovere della sfera pubblica desumibile dall'art. 20a della Costituzione, e in questa prospettiva appare ammissibile anche la tutela delle generazioni future. La discrezionalità dei pubblici poteri viene limitata non tanto dal contrapposto diritto fondamentale al clima o dai diritti fondamentali costituzionali, che pure giocano un ruolo centrale, ma dalle obbligazioni assunte dallo Stato in sede internazionale e dai principi dell'azione amministrativa, tra cui spicca quello di proporzionalità: posto che la comunità internazionale è a conoscenza della gravità del problema, è impensabile, a giudizio della Corte, fronteggiarlo con strumenti irrisori nel presente per poi costringere le generazioni future ad affrontarlo in tutta la sua tragicità.

purtroppo non l'effettività) di una soluzione che, muovendo dalla concezione doveroso-solidaristica dei rapporti tra Stato e cittadini, ha introdotto una disciplina *ad hoc* sulla responsabilità ecologica dei pubblici poteri; avendo, infine, il caso italiano mostrato la vera sostanza del problema, ovvero che siamo in presenza di una questione che coinvolge non tanto diritti soggettivi ma l'esercizio del potere politico e di quello amministrativo⁶⁰.

Per questo motivo non può accogliersi neppure la prospettiva civilistica della "obbligazione climatica".

Secondo le tesi comunemente prospettate, la Convenzione quadro delle Nazioni Unite sui cambiamenti climatici (*United Nations Framework Convention on Climate Change* - UNFCCC) sarebbe idonea a fondare la c.d. obbligazione climatica generale, che ha per oggetto «la regolazione del "rapporto giuridico climalterante" tra attività umane-cambiamenti del clima-composizione dell'atmosfera mondiale»⁶¹, specificata dal complesso degli atti normativi di carattere internazionale ed europeo, dai quali emergono tutta una serie di obblighi posti in capo agli Stati, che impongono sia il raggiungimento del risultato utile consistente nella diminuzione del complesso delle emissioni di gas a effetto serra, nonché quello dell'adattamento alla nuova situazione di fatto provocata dal cambiamento climatico⁶².

⁶⁰ Si legge nella sentenza del 26 febbraio 2024 che «la domanda risarcitoria ricollegata alla titolarità di un diritto soggettivo (e come tale considerata scrutinabile dal giudice ordinario), per come formulata, è diretta in concreto a chiedere, quale *petitum* sostanziale, al giudice un sindacato sulle modalità di esercizio delle potestà statali previste dalla Costituzione», idonea a coinvolgere una serie di provvedimenti normativi, di carattere primario e secondario.

⁶¹ «Da disciplinare attraverso condotte di rispetto della "riserva di scienza" in tema di "interazioni" del sistema climatico, identificazione delle azioni umane che alterano la composizione dell'atmosfera mondiale "direttamente o indirettamente", definizione delle "misure precauzionali" da adottare, qualificazione dei "rischi di danni gravi o irreversibili" da scongiurare, definizione dei costi e dei "vantaggi mondiali" più efficaci, sia in termini di mezzi ("rilevare in anticipo, prevenire o ridurre al minimo le cause dei cambiamenti climatici") che di risultato (la conseguita "mitigazione"), nel triplice fine cui volgere tutte le decisioni, fine interconnesso e consequenziale (stabilizzazione della concentrazione di tutti i gas a effetto serra nella sicurezza della esclusione di "qualsiasi pericolosa" interferenza umana e per la protezione del sistema climatico), "a beneficio" della presente e delle future generazioni», M. Carducci, *La ricerca dei caratteri differenziali della "giustizia climatica"*, in *DPCE online*, 2020, p. 1366.

⁶² L'"obbligazione climatica" globale consiste nella riduzione del 63% delle emissioni totali di gas a effetto serra entro il 2030. Si tratta del c.d. *carbon budget* che, secondo

L'“obbligazione climatica” globale è strutturalmente una obbligazione solidale della comunità degli Stati, composta dalle singole obbligazioni ricavabili dall'ordinamento multilivello del clima. La principale caratteristica di tale obbligazione è individuabile nel fatto che essa non rappresenta la mera sommatoria delle singole obbligazioni stabilite in capo ai singoli Stati, le quali non sono dunque desumibili dividendo matematicamente la percentuale di riduzione richiesta per ciascuno Stato. L'obbligazione climatica di ciascuno deve tener conto, infatti, di due ulteriori principi, idonei a rimodulare l'obbligazione climatica generale. Il primo è costituito dal principio della responsabilità storica di ciascuno Stato, ovvero dal contributo fornito da ciascuno di essi al quantitativo complessivo di emissioni di gas a effetto serra, a partire dalla prima rivoluzione industriale. Il secondo è costituito dal principio di solidarietà, stabilito, oltre che nelle costituzioni nazionali, anche nei trattati internazionali, e che impone uno sforzo più decisivo, da parte dei paesi più avanzati, nella lotta al cambiamento climatico, in una duplice direzione: sia in termini di una più incisiva riduzione della quota di riduzione delle emissioni prevista per ciascuno, sia in termini di aiuti finanziari e tecnologici alle nazioni più arretrate⁶³.

Di fronte a un quadro così complesso, occorre interrogarsi se, in tema, si possa parlare effettivamente di “rapporto giuridico climalterante” e di “obbligazione climatica”, come se lo Stato potesse raggiungere l'obiettivo

il sesto Report IPCC (AR6), *Climate Change 2021. The Physical Science Basis Summary for Policymakers*, p. 28, nota 43, si riferisce «to the maximum amount of cumulative net global anthropogenic CO₂ emissions that would result in limiting global warming to a given level with a given probability, taking into account the effect of other anthropogenic climate forcers. This is referred to as the total carbon budget when expressed starting from the pre-industrial period, and as the remaining carbon budget when expressed from a recent specified date (Glossary). Historical cumulative CO₂ emissions determine to a large degree warming to date, while future emissions cause future additional warming. The remaining carbon budget indicates how much CO₂ could still be emitted while keeping warming below a specific temperature level». Esiste dunque un *carbon budget* totale, il quantitativo di CO₂ già emesso («over the period 1850–2019, a total of 2390 ± 240 (likely range) GtCO₂ of anthropogenic CO₂ was emitted»), e un *carbon budget* rimanente, ovvero il quantitativo di CO₂ ancora emettabile. Come riportato dal sito IPCC Italia, tale istituzione fornisce una panoramica completa delle stime di *carbon budget* rimanente a seconda del limite di temperatura prescelto, ovvero 1,5°C, 1,7°C, 2°C di riscaldamento globale rispetto al periodo 1850-1900 (c.d. *Global Warming Levels*) e diversi livelli di probabilità, ovvero 17%, 33%, 50%, 67%, 83% di limitare il riscaldamento globale entro il limite di temperatura prescelto. A seconda della scelta, il *budget* di carbonio rimanente varierà da un minimo di 83 GtCO₂ a un massimo di 2.300 GtCO₂.

⁶³ Si tratta, per vero, di principi generali del diritto internazionale dell'ambiente, v. P.M. Dupuy, J.E. Viñuales, *International Environmental Law*, Cambridge, 2018, p. 174 ss.

del raggiungimento della soglia massima di 2°C con un mero atto di adempimento. Non è un caso che una affermazione ricorrente nelle difese processuali degli Stati è quella per la quale il singolo Stato nulla (o poco) può fare concretamente per combattere il riscaldamento globale, poiché il risultato utile può essere conseguito solamente all'esito di una azione sincronica e congiunta di tutti gli attori, pubblici e privati, del pianeta⁶⁴.

Appare dunque utile riprendere l'apparato concettuale elaborato nell'ambito del diritto amministrativo e nel rapporto tra potere e diritti. Un punto centrale è che i diritti si pongono strutturalmente come limiti esterni e invalicabili all'esercizio di un potere, pubblico o privato. Ma se il potere non è esercitato o non può essere esercitato, non v'è alcun diritto. Se, invece, il potere non è esercitato in maniera conforme agli obiettivi di legge, in questo caso può parlarsi di diritti, di situazioni giuridiche soggettive protette che, nel dialogo con il potere stesso⁶⁵, conducano al raggiungimento di un risultato, strumentale al perfezionarsi delle condizioni, ovvero anche della mera possibilità giuridica che tale diritto venga a esistenza.

Sembra dunque più corretto affermare che solo in senso lato può parlarsi di obbligazione climatica, tenendo conto che non di obbligazione civilistica si tratta, che veda il fronteggiarsi simmetrico di un diritto di credito (del singolo e della collettività) e di un atto dovuto, quale l'adempimento dell'obbligazione, ma di una pretesa all'esercizio di poteri, legislativi e amministrativi⁶⁶, diretti al raggiungimento di un obiettivo, che ne assume la struttura di limite interno, costituito dall'interesse a che l'attività umana non incida o in incida in maniera non significativa sulle dinamiche climatiche.

Una conferma dell'impostazione si ha analizzando la letteratura statunitense che, se da un lato ha riconosciuto che l'Accordo di Parigi costituisce «*an internationally legally binding agreement, containing provisions with variable legal character*», dall'altro lato ha sottolineato, riprendendo una distinzione tipica anche del nostro diritto civile, come esso, con le *Nationally*

⁶⁴ Tale affermazione viene sconfessata *de facto*, ad es. nel caso Urgenda, sin dal primo grado di giudizio, par. 4.66: «*the State therefore plays a crucial role in the transition to a sustainable society and therefore has to take on a high level of care for establishing an adequate and effective statutory and instrumental framework to reduce the greenhouse gas emissions in the Netherlands*».

⁶⁵ F.G. Scoca, *L'interesse legittimo. Storia e teoria*, Torino, 2017.

⁶⁶ La discrezionalità politica è esaurita già solo a livello europeo, dove esiste una *Climate law* emanata con lo strumento del regolamento e, in quanto tale, prevalente rispetto ai diritti nazionali e direttamente applicabile. V. cap. II.

determined contributions (NDCs), crei delle «*obligations of conduct*» e non delle «*obligations of results*»⁶⁷.

Una obiezione che potrebbe porsi è che se questa considerazione è vera per l'ordinamento statunitense, ciò non vuol dire che debba valere anche per l'ordinamento europeo, dove vige una *Climate law*, emanata con lo strumento del regolamento, come tale dotata di primazia rispetto al diritto nazionale⁶⁸. Tuttavia, questa obiezione conduce alla conferma della tesi qui sostenuta e consente di individuare l'aspetto del problema che si vuole esporre, ovvero che se anche l'interesse alla stabilità climatica, o qualsivoglia interesse sovraindividuale, viene consacrato quale contenuto di una situazione giuridica di vantaggio⁶⁹, la garanzia primaria della sua soddisfazione non viene a esistenza con la sua mera affermazione, ma solo per il tramite di appositi sforzi congiunti degli Stati membri⁷⁰. La disciplina

⁶⁷ J. Werksman, *Remarks on the International Legal Character of the Paris Agreement*, in *Maryland J. of Int. Law*, 2020, p. 362, con particolare riferimento all'art. 4, par. 2 riconosce che «*these provisions create binding and specific "obligations of conduct" requiring each Party to have a mitigation contribution, and to take identifiable steps towards achieving that contribution. Article 4(2) does not, on the other hand, convert NDCs into "Kyoto style targets," or obligations of results.* Più in generale, sulla distinzione tra obbligazioni di condotta e obbligazioni di risultato nel diritto internazionale dell'ambiente e nel diritto del clima, v. B. Mayer, *International Law Obligations on Climate Change Mitigation*, Oxford, 2022, p. 185 ss., il quale conclude che «*the main substantive commitments on climate change mitigation [contenuti nell'Accordo di Parigi] are obligations of conduct*», anche se «*climate treaties also create a range of more procedural obligations, for instance to collect and report information and to communicate NDCs. These obligations require states not to make an endeavour but to achieve a result (the collection and reporting of information and the communication of NDCs). As such, these obligations are obligations of results.*»

⁶⁸ Sia consentito rinviare a E. Guarna Assanti, *Il contenzioso climatico europeo. Profili evolutivi dell'accesso alla giustizia in materia ambientale*, cit., cap. II.

⁶⁹ Ad es., in Francia, la *Charte de l'environnement*, approvata con legge costituzionale n. 205/2005, stabilisce che «*chacun a le droit de vivre dans un environnement équilibré et respectueux de la santé*» (art. 1 - prospettiva del diritto), ma subito dopo afferma che «*toute personne a le devoir de prendre part à la préservation et à l'amélioration de l'environnement*» (art. 2 - prospettiva del dovere) e, infine, che «*des politiques publiques doivent promouvoir un développement durable. A cet effet, elles concilient la protection et la mise en valeur de l'environnement, le développement économique et le progrès social*» (art. 6 - prospettiva del potere e della ponderazione necessaria dell'interesse ambientale).

⁷⁰ L. Ferrajoli, *Perché una Costituzione della Terra?*, cit., pp. 48-49 individua, con riferimento più generale ai diritti fondamentali, che «*c'è infatti un tratto caratteristico di tali diritti che spiega la loro ineffettività in assenza di una politica capace di attuarli. Contrariamente ai diritti patrimoniali, le cui garanzie primarie vengono ad esistenza insieme ai diritti garantiti - il debito insieme al credito, il divieto di lesione insieme al diritto reale di proprietà - i diritti fondamentali non nascono insieme alle loro garanzie, che ben possono mancare e di fatto mancano nel diritto internazionale. Hanno perciò bisogno di norme di*

normativa di carattere europeo consiste, a ben vedere, di previsioni normative volte a imporre la conformazione dell'organizzazione pubblica e della attività, pubblica e privata, alla legalità climatica.

L'analisi giuridica va dunque condotta tenendo a mente che si tratta in gran parte di una questione non soltanto di carattere politico ma di diritto amministrativo, con tutte le note problematiche in termini di aspirazione al bene della vita, che non è garantito⁷¹. Si tratta di un problema che trascende la prospettiva dei diritti soggettivi, e in particolare quella dei diritti umani, che partecipa della stessa ineffettività che caratterizza molto spesso gli

attuazione, che ne introducano, a livello globale, le garanzie primarie e le relative istituzioni, come un servizio sanitario mondiale, un'organizzazione mondiale del lavoro e dell'istruzione, un demanio planetario, un fisco globale e simili».

⁷¹ Cfr. S. Valaguzza, *Liti strategiche: il contenzioso climatico salverà il pianeta?*, cit., p. 293 ss., la quale sottolinea come «le liti strategiche in materia ambientale (...) non siano in grado di spostare di molto il problema di partenza. Infatti, il bene a cui si aspira quando si instaura un contenzioso climatico, che sia il diritto al clima o il diritto ad un ambiente sano, non può essere veramente garantito e attribuito da una Corte, e probabilmente anche l'utilizzo del termine diritto (al clima o all'ambiente) non è esatto perché l'ambiente e il clima sono oggetto di politiche pubbliche, intese come azioni correlate ad un problema collettivo, rispetto alle quali la volontà dei singoli è recessiva». Il rischio è, infatti, quello di snaturare sia la giurisdizione, come luogo di attribuzione di un bene della vita, sia il confronto politico, come luogo in cui assumere decisioni di opportunità. Di qui una rivitalizzazione più generale nell'ambito del diritto dell'ambiente e del clima del ruolo del diritto amministrativo, che, sotto questo profilo, si pone come «uno dei terreni elettivi» per il dialogo con le scienze naturali: «e ciò per le sue caratteristiche di disciplina delle relazioni tra singoli e collettività nei punti di «urto» in cui tali rapporti, prefigurati dalla normazione solo in astratto e in generale, danno luogo in concreto e in particolare al contatto tra interessi individuali e meta-individuali, che l'amministrazione è deputata a districare e ordinare», cfr. M. Monteduro, *Le decisioni amministrative nell'era della recessione ecologica*, in *Rivista AIC*, 2018, p. 2. In questo contesto si inseriscono bene le considerazioni di F. de Leonardis, *La transizione ecologica come modello di sviluppo di sistema: spunti sul ruolo delle amministrazioni*, in *Dir. amm.*, 2021, p. 779 ss., secondo cui è arrivato «il momento di riscoprire, “grazie” alla pandemia, che il diritto amministrativo è un diritto per principi solo successivamente piegatosi alle logiche della codificazione; che non bisogna avere paura dell'uso del potere funzionalizzato alla migliore tutela dell'interesse generale; che nel pendolo tra autorità e libertà occorre ritrovare l'equilibrio necessario recuperando il peso del primo termine e non sbilanciandosi troppo a favore della seconda». Di qui la perdurante necessità di un diritto amministrativo efficace: «la natura proteiforme del diritto amministrativo - diritto d'eccezione e del privilegio pubblico, ma anche diritto di garanzia e di limitazione del potere - è forse la principale ragione della sua persistente modernità e della sua capacità di assorbire ed integrare le esigenze di epoche diverse», L. Torchia, *Introduzione*, S. Cassese, L. Torchia, *Diritto amministrativo. Una conversazione*, Bologna, 2014, p. 7.

strumenti apprestati dal diritto internazionale⁷², per affermarsi come necessità oggettiva di cura di un interesse che appartiene a tutti gli individui, presenti e futuri⁷³.

Ancora, sembra che la stabilità climatica non possa costituire un bene suscettibile di appropriazione esclusiva, *sub specie* diritto soggettivo o diritto umano⁷⁴, ma la sua dimensione “diffusa” sembrerebbe, piuttosto,

⁷²Ammette, chiaramente, B. Pozzo, voce *Tutela dell'ambiente (dir. internaz.)*, Annali III, Milano, 2010, n. 9 che «un profilo caratterizzante del diritto internazionale pattizio dell'ambiente, e anche una delle sue principali criticità, è stato quello di non prevedere adeguati meccanismi istituzionali per la verifica dell'effettivo rispetto di quanto stabilito dai regimi convenzionali». Così, A. Postiglione, *Giustizia e ambiente globale*, cit., p. 34 riscontra come «la mancanza di effettività ha, dunque, natura strutturale ed istituzionale, in quanto i soggetti che sottoscrivono gli obblighi internazionali sono gli stessi a decidere se osservarli, quando osservarli, come osservarli, senza alcun controllo di autorità indipendenti sovraordinate (né giova al riguardo il modello orizzontale delle N.U.) in attesa che sia riconosciuta alle singole persone, alla Comunità Internazionale ed alle Generazioni Future una soggettività giuridica autonoma in sede internazionale, gli Stati sono incoraggiati ad attivare il processo di effettività nell'attuazione degli obblighi internazionali esistenti (...)».

⁷³ Del resto, è questo l'approccio adottato dalla Corte costituzionale tedesca nel caso *Neubauer*, ove con sentenza del 24 marzo 2021, dopo aver riconosciuto, all'unanimità, la parziale incostituzionalità della legge federale sui cambiamenti climatici e del suo allegato II, con riguardo ai diritti fondamentali stabiliti in Costituzione, nella misura in cui mancano disposizioni sull'aggiornamento degli obiettivi di riduzione per il periodo a partire 2031, ha condannato il legislatore a emanare le disposizioni di aggiornamento entro il 31 dicembre 2022. V. *supra* nota 59. Ogni costruzione giuridica è strutturalmente orientata al lungo periodo, in quanto preoccupandosi in maniera costruttiva delle generazioni attuali, ci si preoccupa, inevitabilmente, anche di quelle future. Ricordava già S. Romano, *Lo Stato moderno e la sua crisi. Discorso per l'inaugurazione dell'anno accademico nella R. Università di Pisa*, Pisa, 1909, che lo Stato, per mezzo del diritto, «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 e tipica espressione».

⁷⁴ Cfr. A. Pisanò, *La genesi di un nuovo diritto. Argomenti e ragioni a sostegno del diritto al clima*, in *Ars Interpretandi*, 2022, p. 33 ss. secondo il quale tale diritto è «variamente definito come “diritto a un clima stabile”, come proposto dal Parlamento europeo, oppure come diritto “a un clima equilibrato” inteso come “diritto a un clima salubre, adeguato e conforme a quello che ha caratterizzato le regioni del pianeta nel corso dei secoli”, come diritto “alla stabilizzazione e sicurezza del sistema climatico”, come “diritto a un clima stabile, sicuro, bilanciato” oppure, ancora, come diritto a “emissioni compatibili con la stabilità climatica”. “Stabile”, “equilibrato”, “salubre”, “sicuro”, “bilanciato” sono tutti attributi che vengono assegnati al sistema climatico per esprimere la necessità che l'uomo, con le sue attività, non alteri l'equilibrio climatico al punto tale da rendere il sistema-Terra “artificialmente” più ostile alla specie umana di quanto non lo sia già “naturalmente”. Più in generale, con riferimento alla prospettiva dei diritti umani, si veda l'analisi condotta da

avvicinarlo a quegli interessi di carattere immateriale, come la stabilità finanziaria, la concorrenza o l'anticorruzione, che vengono perseguiti da apposite autorità, nazionali ed europee, in chiave trasversale e non settoriale.

In definitiva, il clima, se inteso come equilibrio delle condizioni chimico-fisiche concernenti variabili materiali e immateriali dell'atmosfera, non sembra predicabile in relazione all'uomo, se non come preconditione per l'esercizio dei diritti fondamentali dell'individuo, per la salvaguardia degli unici due beni, più che fondamentali, che appaiono davvero riconducibili all'uomo, la vita e la salute. Allora, per raggiungere il risultato utile parrebbe opportuno squarciare il velo dei diritti umani per scoprire che la vera sostanza del problema risiede nella necessità di una tutela dell'interesse in una prospettiva tipicamente oggettiva⁷⁵.

B. Mayer, *Climate Change Mitigation as an Obligation Under Human Rights Treaties?*, in *Am. J. Int. Law*, 2021, p. 451: «*human rights treaties may have a rather limited role to play with regard to climate change mitigation. In fact, the interpretation of human rights treaties as the source of mitigation obligations faces some of the major hurdles that have hindered international cooperation on climate change mitigation in the last three decades. For one thing, human rights treaties view nature mostly in instrumental terms, and largely ignore the interests of future generations. Overall, international human rights law encourages each state to protect the rights of individuals within its territory rather than to cooperate on the global common goods*». Egli, dunque, conclude: «*this inherent tension between national interests and international cooperation will not be solved through an incremental extension of international human rights law, be it through the recognition of new rights (e.g., to a healthy environment or a sustainable climate), the identification of fictitious rights-holders (e.g., “future generations” or “Mother Earth”), or the extension of the extraterritorial application of human rights treaties - not, that is, without betraying the text, and the object and purpose, of human rights treaties, and using them as a Trojan horse at the service of extraneous objectives*», comprendendo come la dilatazione eccessiva di uno strumento o di una nozione non fa che renderla inadeguata allo scopo per la quale era stata inizialmente concepita. Cfr. altresì, A. Pisanò, *Il diritto al clima. Il ruolo dei diritti nei contenziosi climatici europei*, Napoli, 2022, p. 300 che ammette: «un approccio basato sui diritti da solo difficilmente può risolvere l'emergenza climatica perché ogni tentativo di affrontare la questione climatica (così come quella ambientale) passa necessariamente da un vero e proprio cambio di paradigma ontologico che va oltre (molto oltre) il riconoscimento di uno specifico diritto [umano] al clima (...). Anzi, per certi versi, l'approccio dell'emergenza climatica basato esclusivamente sulla logica dei diritti umani e/o fondamentali ha in sé il peccato originale di essere radicato inevitabilmente in quell'antropocentrismo che ha contribuito a creare le condizioni della crisi, ambientale prima, climatica poi».

⁷⁵ V. già, in tema di “depurazione” delle problematiche ambientali «dalla fuorviante ricerca di un incasellamento entro gli schemi tradizionali dei diritti fondamentali», G. Morbidelli, *Il regime amministrativo speciale dell'ambiente*, in Aa. Vv., *Scritti in onore di Predieri*, vol. II, Milano, 1996, p. 1133 ss. La prospettiva dei diritti umani è accolta da L. Ferrajoli, *Perché una Costituzione della Terra?*, cit., p. 23 ss., il quale è mosso dalla preoccupazione che tutto ciò che non è previsto come reato dal diritto anche internazionale, compresi i comportamenti scatenanti il cambiamento climatico o catastrofi

Non si vuole negare il ruolo utile che è stato svolto dalla prospettiva dei diritti umani, servita per mettere in luce, soprattutto di fronte all'opinione pubblica, la urgenza di azioni concrete per la risoluzione della questione climatica. Essa però non rappresenta una soluzione effettiva, perché offre una visione solo parziale del problema, focalizzandosi sulle sole conseguenze dell'(in)azione pubblica per l'uomo, adottando una prospettiva rimediale di tipo prevalentemente successivo-risarcitorio, mentre i problemi di carattere ambientale presupporrebbero una azione di tipo preventivo, quando non precauzionale, volta a evitare il verificarsi del danno.

Da quanto si è detto, sembra che l'analisi giuridica debba spostarsi dal versante del diritto a quello del dovere, da un lato, e del potere-dovere, ovvero della funzione, dall'altro. In questi termini, la crisi climatica, come più in generale quella ambientale, e ogni tipo di crisi concernente valori condivisi, appare più efficacemente affrontabile in una prospettiva solidaristico-costituzionale, idonea a sottolineare una presa di coscienza individuale di un problema collettivo.

Infatti, di fronte allo scenario irreversibile che la crisi climatica reca con sé, supportata dalle innumerevoli prove scientifiche riportate dagli attori nei giudizi di contenzioso climatico (c.d. riserva di scienza), e più in generale diffuse da tutti i canali di comunicazione, piuttosto che proseguire lungo la prospettiva antropocentrica del diritto soggettivo, occorrerebbe spostare l'asse dell'ordinamento proprio su quei valori, indicati all'inizio del presente scritto, solitamente relegati a un livello secondario. In questo senso, etica e natura fanno il loro ingresso nell'ordinamento giuridico per mezzo della situazione giuridica soggettiva del dovere.

Il dovere, la cui altra faccia è costituita dalla responsabilità e dalla funzione (pubblica), conduce alla individuazione di una costellazione di situazioni giuridiche soggettive volte alla protezione dell'altro, in un limitarsi, negativamente (in caso di responsabilità) e positivamente (in

ambientali globali, venga a essere relegato nell'area dell'indifferenza. Cfr. inoltre S. Schmitt, *L'emersione della giustizia climatica in Francia*, cit., p. 973 che con riguardo al caso francese, *L'affaire du Siècle*, ammette che le associazioni «per coinvolgere attivamente i francesi in questa causa, hanno però dovuto sottolineare il danno potenziale per gli esseri umani attraverso un ragionamento tortuoso. La loro petizione iniziava infatti con un elenco di diritti soggettivi, mentre si concludeva, in apparente contraddizione logica, con una richiesta di risarcimento per danni ecologici. È questa conclusione a rivelare l'anomalia del ragionamento: in sostanza si giunge alla rivendicazione di diritti adespoti e impersonali basandosi su presupposti soggettivi. Eppure, tutti gli sviluppi del diritto alla salute e a un ambiente equilibrato, oltre che dell'obbligo di vigilanza da parte dello Stato, portano di fatto alla conclusione che il vero danno non è subito dai cittadini, ma dall'ambiente».

particolare, nel caso delle pubbliche funzioni), in virtù della tenuta complessiva del sistema giuridico-sociale.

La prospettiva del dovere non solo consente di inquadrare più efficacemente il fenomeno climatico e fornire all'ordinamento giuridico e all'interprete una ampia griglia concettuale entro la quale inserire una altrettanto ampia gamma di situazioni soggettive con diverse e graduabili conseguenze, ma consente altresì di ordinare gli interessi in gioco secondo una gerarchia ben definita degli interessi che metta definitivamente al primo posto l'"altro": in questo caso, comportamenti umani autolimitantesi in funzione del contenimento delle emissioni di gas a effetto serra o di qualsivoglia altro elemento di matrice antropica che conduca certamente al riscaldamento dell'ecosistema (anche di dimensioni minori, quale ad esempio quello urbano⁷⁶) in cui l'uomo è inserito.

La prospettiva del dovere può poi declinarsi in senso orizzontale e in senso verticale. Nel primo caso, troviamo i doveri privati, completati da meccanismi di responsabilità e sanzionatori, possono essere positivi e negativi, in considerazione del rispettivo limite che li caratterizza. Ma a monte di questi è necessario collocare, in senso verticale, il potere-dovere (positivo) dello Stato di perseguire in via prioritaria e preventiva l'interesse a un clima stabile e vivibile per mezzo della relativa funzione da attribuire a una specifica organizzazione pubblica. E gli interventi dovranno concentrarsi non tanto e non solo lungo il versante del contenimento delle emissioni, assumendo un ruolo regolatorio delle attività pubbliche e private, ma anche e soprattutto lungo quello della inibizione di tutte quelle attività volte ad aggravare le condizioni di vivibilità del territorio e di perseguimento, in positivo, di tutte le azioni che possano condurre a una mitigazione degli effetti del surriscaldamento globale⁷⁷, che appare un fenomeno irreversibile.

In tale prospettiva emergono le tradizionali funzioni amministrative, di modifica dell'assetto organizzativo-istituzionale, di ordinazione delle misure di contenimento e mitigazione, di pianificazione e zonizzazione, di imposizione di prescrizioni a soggetti pubblici e privati che appaiono

⁷⁶ Da ultimo, M. Burger, A.E. Turner, *Urban climate law*, New York, 2023.

⁷⁷ Il "luogo" privilegiato per lo svolgimento di questa funzione appare essere quello della pianificazione del territorio e, in particolare, di quello urbano, dove gli effetti del surriscaldamento globale sono amplificati a causa dell'alta concentrazione della popolazione, dell'asfalto, dell'assenza di verde, ecc.: si tratta del fenomeno delle "isole di calore". Sul concetto di "Urban Heat Island", v. P.E. Phelan, K. Kaloush, M. Miner, *Urban Heat Island: Mechanisms, Implications, and Possible Remedies*, in *Annu. Rev. Environ. Resour.*, 2015, p. 285 ss.

essenziali al fine di garantire non tanto l'astratto rispetto del contenimento delle emissioni di gas a effetto serra, quanto più concretamente la vivibilità del territorio⁷⁸. Ed emerge la trasversalità dell'interesse con la annessa necessità che questo venga internalizzato e reso preminente all'interno delle altre funzioni amministrative⁷⁹.

Gli addentellati costituzionali della funzione amministrativa di tutela del clima sono chiaramente rinvenibili negli articoli 9, 32 e 97 Cost.; così come le basi costituzionali dei doveri individuali e collettivi, positivi e negativi, sono costituite dagli articoli 2, 16, 54 e 118 Cost.

⁷⁸ In tale direzione si muovono, in primo luogo, la Strategia nazionale di adattamento ai cambiamenti climatici, introdotta nel 2015, il cui obiettivo è fornire un quadro di riferimento per l'adattamento alle conseguenze dei cambiamenti climatici e porre le basi per ridurre al minimo i rischi derivanti dagli stessi, proteggere la salute e il benessere della popolazione, preservare il patrimonio naturale, mantenere o migliorare la capacità di adattamento dei sistemi naturali (sociali ed economici) e, infine, trarre vantaggio dalle opportunità che si potranno presentare con le nuove condizioni climatiche. In secondo luogo, dopo una lunga fase di gestazione, il Piano nazionale di adattamento ai cambiamenti climatici, adottato dal Ministro dell'ambiente con d.m. 434/2023. I Piani, tuttavia, necessitano di una attuazione concreta e in tale direzione sembrano collocarsi le c.d. "misure concrete" previste dal PNACC. È evidente però che tali misure, non essendo obblighi normativi fissati da norme nazionali, avranno concreta applicazione solo se e nella misura in cui la sfera politica e quella amministrativa porranno l'interesse sottostante in posizione prioritaria rispetto agli altri, non solo provvedendo alla redazione di PNACC locali, all'adattamento dei Piani urbanistici locali e dei Piani di settore, ma anche alla loro concreta attuazione. Le stesse considerazioni possono svolgersi per il Piano nazionale integrato per l'energia e il clima (PNIEC) che, in ottemperanza al regolamento UE 2018/1999 e in mancanza di una legge climatica nazionale, possiede un ruolo centrale per il raggiungimento degli obiettivi stabiliti dagli Accordi di Parigi.

⁷⁹ Un legame particolare sembra avvicinare l'urbanistica e il clima e, in particolare, gli agglomerati urbani e il clima. Come si evince dallo studio condotto da F. Musco, L. Fregolent, *Pianificazione urbanistica e clima urbano. Manuale per la riduzione dei fenomeni di isola di calore urbano*, Padova, 2014, i principali settori interessati dalle pianificazioni sono: il trasporto e la mobilità; gli edifici: residenziali, commerciali, istituzionali; la pianificazione urbanistica a scala di isolato/quartiere; la produzione locale e distribuzione di energia; i settori produttivi: industria, servizi, agricoltura e foreste. L'impulso maggiore all'internalizzazione dell'interesse al clima viene dall'Unione Europea che, oltre ad aver imposto la doppia transizione con il *Next Generation EU*, ha avviato la strategia *EU Mission: Climate-Neutral and Smart Cities*, con il duplice obiettivo di raggiungere cento *climate-neutral and smart cities* entro il 2030 e assicurare che queste città agiscano come centri di sperimentazione e innovazione di modo che siano seguite dalle altre città europee entro il 2050.

5. *L'interesse al clima e la sua tutela: alcune prospettive*

Come si è visto, le soluzioni per ottenere la più ampia tutela degli elementi naturali sono le più disparate.

Una prima soluzione è quella di riconoscere in capo alle risorse naturali e agli animali dei veri e propri diritti soggettivi, ipotizzando, in chiave prettamente antropocentrica, la creazione di appositi meccanismi di rappresentanza tramite l'istituzione di persone giuridiche (ciò che avviene ordinariamente, ad es., nel diritto societario) o attraverso la nomina di *trustees* o *guardians*, alquanto diffusi negli ordinamenti di *common law*⁸⁰. Nell'ordinamento italiano, ciò potrebbe avvenire sulla base di una interpretazione conforme al riformato art. 9 della Costituzione degli istituti civilistici previsti per la tutela dell'incapace, oppure provvedendo all'integrazione del Codice dell'ambiente con apposite norme dedicate alla tutela delle risorse naturali e degli animali, anche per il tramite dell'istituzione di appositi fondi o persone giuridiche, come i *trust*⁸¹.

Ma, lungo la prospettiva del potere-dovere, in quella cioè della funzione amministrativa e della tutela dell'interesse in chiave oggettiva, le soluzioni più significative appaiono quelle volte a conformare la sfera pubblica e quella privata verso il raggiungimento degli obiettivi climatici, sia sul versante organizzativo, sia su quello dell'attività.

⁸⁰ V. tutti gli esempi forniti da C. Stone, *Should Trees Have Standing? Law, Morality, and the Environment*, cit., p. 8 ss. che in definitiva consentono all'uomo di agire in rappresentanza e a tutela delle risorse naturali. Con particolare riferimento al clima, v. *ivi* p. 17 ove si ipotizza, ad esempio, l'istituzione di un *trust fund*, ove «protection [from being sold out in a negotiation among private litigants] will be advanced by making the natural object a party to an injunctive settlement. Even more importantly, we should make it a beneficiary of monetary awards. (...) The natural object's portion [of damages] could be put into a trust fund be administered by the object's guardian, as per the guardianship recommendation set forth earlier».

⁸¹ L'istituto del *trust*, in linea generale, prevede che un soggetto (il settlor, disponente) trasferisca uno o più beni (il *corpus*), a un altro soggetto (il *trustee*, gestore) che ha l'obbligo di detenere, custodire e amministrare i beni e le risorse da essi derivanti, secondo le indicazioni fornite dal primo, per i beneficiari del *trust* stesso. Nella sua teorizzazione, dunque, i beneficiari del *trust* pubblico includono sia i cittadini attuali che quelli futuri, il che significa che il trustee è tenuto a proteggere il bene e a consentire ai beneficiari attuali di accedere e utilizzare le risorse e, allo stesso tempo, preservarle per le future generazioni. L'istituto è chiaramente valorizzato negli ordinamenti di *common law*, ove i patrimoni separati hanno una ampia diffusione: per la letteratura italiana, v. R. Tristano, *Trust e modelli di tutela privatistica dell'ambiente*, in S. Lanni (a cura di), *Sostenibilità globale e culture giuridiche comparate: atti del Convegno SIRD Milano*, Torino, 2022, p. 73 ss.

Lungo il primo versante, dando per assodato che l'organizzazione rappresenta la vera e propria misura della tutela accordata a un interesse⁸², in molti paesi si è provveduto alla creazione di una apposita struttura ministeriale⁸³ o Autorità dedicata alla tutela del clima⁸⁴, secondo la concezione che vede nel "pubblico" il principale tutore o *trustee* della risorsa naturale (c.d. *Public trust doctrine*⁸⁵), dotata di poteri sostanziali e processuali pari a quelli riconosciuti alle tradizionali Autorità amministrative indipendenti, ben note all'esperienza italiana ed europea, istituite per la tutela di interessi pubblici di carattere immateriale, come la stabilità finanziaria, la concorrenza o l'anticorruzione.

L'istituzione di una Autorità amministrativa indipendente per la tutela del clima, nell'ambito di un *network* europeo analogo a quelli istituiti per la tutela degli interessi immateriali menzionati, riuscirebbe a consentire un maggiore controllo di quella variabile antropica del cambiamento climatico e a regolare, conformare, sanzionare più efficacemente ogni attività pubblica o privata che possa incidere sull'interesse alla stabilità climatica, tramite la

⁸² Senza organizzazione non v'è possibilità alcuna di soddisfazione di un interesse: M. Nigro, *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione*, Milano, 1966, nonché G. Berti, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, Padova, 1968, p. 73 ss. e, con specifico riferimento all'interesse ambientale, U. Pototschnig, *Strumenti giuridici per la difesa della natura*, in *Foro amm.*, 1970, p. 474.

⁸³ Ad es., in Australia esiste un *Minister for Climate Change and Energy*; negli Emirati Arabi Uniti esiste un *Ministry of Climate Change and Environment*; in Pakistan, un *Ministry for Climate Change*; così in Canada, Finlandia e molti altri Stati, dove il riferimento al cambiamento climatico è contenuto nella denominazione ministeriale. In Italia, invece, assistiamo a cambi di denominazione del Ministero dell'ambiente che, da Ministero dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare (MATTM), è diventato Ministero della Transizione ecologica (MiTE, in linea con gli obiettivi assunti a livello europeo) e, a partire dal novembre 2022, è tornato ad essere Ministero dell'ambiente, con l'aggiunta della sicurezza energetica (MASE). I poteri e le competenze, tuttavia, rimangono i medesimi.

⁸⁴ Ciò è avvenuto, ad es., in Australia con l'istituzione, oltre che di un apposito Ministero, anche di una *Climate Change Authority*.

⁸⁵ In tema, J.L. Sax, *The Public Trust Doctrine in Natural Resource Law: Effective Judicial Intervention*, in *Michigan Law Review*, 1970, p. 471 ss., il quale nota che «an allied principle holds that certain interests are so particularly the gifts of nature's bounty that they ought to be reserved for the whole of the populace» (p. 484). V. inoltre C. Voigt (a cura di), *Rule of Law for Nature. New Dimensions and Ideas in Environmental Law*, Cambridge, 2013 e in particolare il contributo di M. Turnipseed, M.C. Blumm, D.E.J. Currie, et al., *Using the public trust doctrine to achieve ocean stewardship*, *ivi*, p. 365 ss.; S.R. Foster, C.F. Swiney, *The Cambridge Handbook of Commons Research Innovations*, Cambridge, 2022 e il contributo di H.M. Babcock, *Using the Public Trust Doctrine to Manage Property on the Moon*, *ivi*, p. 264 ss.; D. Bertram, "For You Will (Still) Be Here Tomorrow": *The Many Lives of Intergenerational Equity*, in *Trans. Env. Law*, 2022, p. 1 ss.

previsione di opportuni poteri sostanziali (es. consultivi, regolamentari, sanzionatori e inibitori), da esercitare nel prisma dei principi del diritto internazionale dell'ambiente (in particolare, quelli di precauzione e prevenzione) e processuali (es., poteri di intervento nel procedimento, nel processo e di ricorso privilegiato per l'annullamento di atti illegittimi), nonché di ricerca e assistenza alle istituzioni pubbliche e private.

Del resto, la medesima esigenza è stata avvertita dal lato della transizione digitale, con particolare riferimento alla tutela della sicurezza nazionale nello spazio cibernetico e dalle minacce informatiche, tramite l'istituzione di una Agenzia per la cybersicurezza nazionale, con il d.l. n. 82/2021. Lo strumento dell'Agenzia, diverso da quello delle Autorità indipendenti, ha il pregio di collegare il perseguimento dell'interesse alla struttura di vertice politico-amministrativa dello Stato, il Presidente del Consiglio dei ministri, consentendo coordinamento ed effettività.

Tuttavia, l'interesse al clima appare sostanzialmente differente, perchè trasversale, diffuso e come tale occorre che sia protetto anche rispetto alle attività di governo e dell'indirizzo politico-amministrativo, proprio come la concorrenza, la legalità, la lotta alla corruzione, la stabilità finanziaria. In questo senso, l'indipendenza rispetto all'esecutivo appare un elemento strutturale necessario per un efficace perseguimento dell'interesse⁸⁶.

Una soluzione praticabile potrebbe essere quella di valorizzare le competenze climatiche attribuite all'Istituto Superiore per la Protezione e la Ricerca Ambientale (ISPRA) che però svolge prevalentemente attività di supporto al Ministero dell'ambiente, sulla base delle direttive generali fornite dal Ministro per il perseguimento dei propri compiti istituzionali. Occorrerebbe, dunque, una trasformazione, per via legislativa, dell'istituto nel senso di garantirne una maggiore indipendenza e autonomia organizzativa e funzionale.

Lungo il versante dell'attività amministrativa, l'elaborazione giurisprudenziale e dottrinale è giunta a individuare diversi altri principi ambientali, oltre a quelli di prima generazione che sono i tradizionali principi

⁸⁶ Ciò può avvenire indifferentemente secondo il modello dell'ANAC che prevede la nomina del presidente e dei componenti con d.P.R., previa deliberazione del Consiglio dei ministri e parere favorevole delle Commissioni parlamentari competenti espresso a maggioranza dei due terzi, con il presidente nominato su proposta del Ministro per la pubblica amministrazione, di concerto con il Ministro della giustizia e il Ministro dell'interno, con gli opportuni adattamenti che pongano al centro il Ministero dell'ambiente e della sicurezza energetica. Oppure secondo il modello dell'AGCM, che al contrario privilegia la centralità del Parlamento.

del diritto dell'ambiente codificati dagli articoli 3-ter ss. d.lgs. 152/2006⁸⁷, definiti di seconda generazione, qualificati quali “principi ecogiuridici”⁸⁸ e “*conceptual pillars*”⁸⁹ derivanti dall'approfondimento scientifico dell'incidenza dell'attività umana sull'ecosistema.

Con riferimento specifico al diritto del clima, sono stati individuati il principio di resilienza, il principio di non regressione, già evolutosi nel

⁸⁷ Il catalogo dei principi di diritto europeo dell'ambiente è recepito dall'art. 3-ter del Testo unico che, rubricato “principio dell'azione ambientale”, stabilisce: «la tutela dell'ambiente e degli ecosistemi naturali e del patrimonio culturale deve essere garantita da tutti gli enti pubblici e privati e dalle persone fisiche e giuridiche pubbliche o private, mediante una adeguata azione che sia informata ai principi della precauzione, dell'azione preventiva, della correzione, in via prioritaria alla fonte, dei danni causati all'ambiente, nonché al principio “chi inquina paga” che (...) regolano la politica della comunità in materia ambientale». Tali principi si pongono, in virtù della primazia del diritto europeo, come superiori rispetto anche alle disposizioni costituzionali, salvo controlimiti. Sui tradizionali principi del diritto europeo dell'ambiente v. L. Krämer, *EU Environmental Law*, London, 2016, p. 2 ss.; M. Renna, *I principi in materia di tutela dell'ambiente*, in *Riv. quad. dir. amb.*, 2012, p. 62 ss.; M. Cafagno, *Principi e strumenti di tutela dell'ambiente*, cit., p. 205 ss.; P. Dell'Anno, *Principi del diritto ambientale europeo e nazionale*, Milano, 2004. Questi principi non godono di una applicazione estesa ed effettiva. Ma v., ad es., in tema di valutazioni ambientali, Tar Campania-Salerno, n. 259/2020, secondo cui «di fronte al dubbio interpretativo, i principi e gli obiettivi ordinamentali in materia ambientale militano a favore di un approccio istruttorio particolarmente rigoroso ed approfondito, quale, appunto, nella specie, quello fondato su una base progettuale caratterizzata da un adeguato livello informativo e di dettaglio. I principi in parola - recita la pronuncia richiamata [Tar Campania-Salerno n. 2253/2019] - “inducono ad ampliare lo spettro dell'indagine circa i risvolti ambientali dell'opera a farsi, poiché sono teleologicamente volti al perseguimento del massimo rispetto dell'ambiente (artt. 3 ter, 3 quater e 3 quinquies del d.lgs. n. 152/2006); declinano quest'ultimo secondo un'accezione lata e contemplante un insieme di componenti (la salute umana, popolazione, beni materiali, patrimonio culturale, paesaggio, etc.) che si allontanano anche dalla nozione primigenia di ambiente legata prevalentemente agli habitat naturali (e alla loro salvaguardia) (art. 5, comma 1, lett. c, del d.lgs. n. 152/2006); si proiettano in un'ottica diacronica e che guarda alle future generazioni attraverso il riferimento allo sviluppo sostenibile e al principio di precauzione (art. 3 ter e 3 quater del d.lgs. n. 152/2006)».

⁸⁸ Cfr. M. Monteduro, *Per una «nuova alleanza» tra diritto ed ecologia*, cit., p. 22 «principi, cioè, caratterizzati dalla forza del diritto ma in grado di recepire, nei loro contenuti precettivi sostanziali, alcune leggi scientifiche di funzionamento dei sistemi ecologici o, almeno, alcune acquisizioni consolidate della scienza ecologica». L'A. vi ricomprende: il principio di non regressione, il principio di resilienza, il principio di integrità ecologica, il principio di proporzionalità ecologica, il principio del restauro eco-paesaggistico.

⁸⁹ Al fine di ottenere un concetto trasversale ai vari ordinamenti giuridici, come è d'uso per l'ordinamento europeo, e v. L. Rajamani, J. Peel (a cura di), *The Oxford Handbook of International Environmental Law*, Oxford, 2021.

principio di progressione⁹⁰, il principio di proporzionalità ecologica e, infine, il principio di sostenibilità climatica che è possibile enucleare da una analisi dei casi di contenzioso climatico europeo. Il proliferare di questi principi, dei quali sarebbe opportuna una sistematizzazione organica in sede di ripensamento della codificazione in materia ambientale, oppure in sede di introduzione anche in Italia di una legge climatica che allo stato ne è priva, costituisce indice della necessità, indicata dalla sfera sociale e recepita dall'analisi giurisdizionale e dottrinale, che i pubblici poteri agiscano attribuendo prioritaria considerazione alle esigenze sottostanti.

⁹⁰ Mentre il principio di non regressione induce a riflettere su un possibile non facere (dunque, stagnazione) dell'attività migliorativa dell'ambiente, il principio di progressione, al contrario, impone sia di non diminuire le garanzie di tutela degli interessi ambientali, sia, allo stesso tempo, di impegnarsi nel senso di un miglioramento di tali garanzie. È agevole notare come il principio di progressione sia alla base del contenzioso climatico europeo, dove le doglianze dei ricorrenti, spesso, si appuntano sul fatto che i piani o le strategie nazionali per l'energia e il clima (come nei casi irlandese, spagnolo e francese) o le misure adottate (o non adottate) per il tramite della legge climatica, nazionale e internazionale (come nei casi olandese, tedesco e belga) non si pongano come sufficientemente ambiziose per raggiungere gli obiettivi stabiliti dall'Accordo di Parigi. Sul punto, già M. Prieur, G. Sozzo (a cura di), *La non régression en droit de l'environnement*, Bruxelles, 2012; M. Prieur, *Non-Regression in Environmental Law*, in *Sapiens*, 2012, p. 52 ss.; C. Voigt (a cura di), *The Rule of Law for Nature. New dimensions and ideas in environmental law*, Cambridge, 2013; T. Scovazzi, *Il principio di non-regressione nel diritto internazionale dell'ambiente*, in D. Marrani (a cura di), *Il contributo del diritto internazionale e del diritto europeo all'affermazione di una sensibilità ambientale*, Napoli, 2017, p. 59 ss.; N. Bryner, *Never Look Back: Non-Regression in Environmental Law*, in *Univ. Pennsylvania J. of Int. Law*, 2021, p. 1 ss.; M. Monteduro, *Le decisioni amministrative nell'era della recessione ecologica*, cit., p. 37 ss.; L. Collins, *Essential Concepts of Global Environmental Governance*, London, 2020; M. Vordermayer-Riemer, *Non-Regression In International Environmental Law. Human Rights Doctrine And The Promises Of Comparative International Law*, Cambridge, 2020; S. Baldin, *La sostenibilità ecologica e i principi eco-giuridici per la salvaguardia del sistema Terra*, in *Riv. Dir. Comp.*, 2022, p. 239 ss.; A. Mitchell, J. Munro, *An International Law Principle of Non-Regression from Environmental Protections*, in *Int. & Comp. Law Quarterly*, 2023, p. 35 ss.

In questo senso, il tradizionale principio dello sviluppo sostenibile⁹¹, già superato⁹², lascia il passo a un concetto di legalità ambientale e climatica, ove «la tutela dell'ambiente ha funzionato e sta funzionando (...) come stimolo ad una vera e propria trasformazione del potere pubblico in funzione di uno sviluppo che guarda e che parte dai limiti del Pianeta o che costruisce gli obiettivi dell'azione a partire dalla considerazione dei fatti e dei limiti strutturali piuttosto che da una sostenibilità genericamente intesa (e come tale troppo astratta)»⁹³.

Come si è visto, dal punto di vista sostanziale, quello climatico rimane un interesse, qualificato ma indifferenziato, come tale inidoneo a costituire l'oggetto di un diritto soggettivo. Gli ordinamenti che l'hanno compreso, per vero già da tempo, come quelli dell'America latina⁹⁴, hanno potuto fare notevoli passi lungo il versante processuale, disciplinando, anche a livello costituzionale⁹⁵, l'azione popolare quale strumento di tutela dell'ambiente, fornendo nuova linfa a un istituto tipico del diritto romano, utile per ottenere la tutela di interessi che fuoriescono dalle logiche dominicali del diritto privato e che dunque presentano una sostanza oggettiva.

Tali aspetti sono già stati analizzati altrove e dunque non pare utile indugiare ulteriormente⁹⁶, giacché il presente scritto si sofferma sul versante sostanziale del problema. Basti qui ricordare che negli ordinamenti giuridici

⁹¹ E in questa considerazione è condensato il fallimento dell'idea di uno sviluppo che possa essere contemporaneamente sostenibile: per una critica all'ossimorica locuzione "sviluppo sostenibile", v. F. Gaspari, *Territorio, formazioni sociali e tutela dei diritti fondamentali. Una nuova prospettiva del diritto alla mobilità*, Bari, 2021, p. 88 ss., rifacendosi al pensiero di S. Latouche, *Breve trattato sulla decrescita serena*, Torino, 2008 e Id., *Come sopravvivere allo sviluppo*, Torino, 2005. Allo stesso modo, E. Scotti, *Poteri pubblici, sviluppo sostenibile e economia circolare*, in *Dir. ec.*, 2019, p. 495 per la quale «il principio non è esente da critiche e da fallimenti, legati alla sua intrinseca debolezza assiologica e alla sua conseguente incapacità di raggiungere la sperata conciliazione tra crescita economica e preservazione dell'ambiente».

⁹² Di recente, G. Rossi, M. Monteduro (a cura di), *L'ambiente per lo sviluppo. Profili giuridici ed economici*, Torino, 2020.

⁹³ F. de Leonardis, *Lo Stato ecologico. Approccio sistemico*, cit., p. 253.

⁹⁴ Sul punto, S. Baldin, *I diritti della natura: i risvolti giuridici dell'etica ambiental exigente in america latina*, in *Forum quad. cost.*, 2014.

⁹⁵ Ad es., l'articolo 88 della Costituzione colombiana prevede che «la ley regulará las acciones populares para la protección de los derechos e intereses colectivos, relacionados con el patrimonio, el espacio, la seguridad y la salubridad públicos, la moral administrativa, el ambiente, la libre competencia económica y otros de similar naturaleza que se definen en ella», mentre ai sensi dell'art. 71 della Costituzione dell'Ecuador, «toda persona, comunidad, pueblo o nacionalidad podrá exigir a la autoridad pública el cumplimiento de los derechos de la naturaleza. Para aplicar e interpretar estos derechos se observarán los principios establecidos en la Constitución, en lo que proceda».

⁹⁶ Sul punto, sia consentito rinviare a E. Guarna Assanti, *Il contenzioso climatico europeo. Profili evolutivi dell'accesso alla giustizia in materia ambientale*, Milano, 2024.

europei, compreso l'ordinamento dell'Unione Europea, l'azione popolare è saldamente esclusa da consolidati principi comuni, nonostante il potenziale applicativo della Convenzione di *Aarhus*⁹⁷. Essa, tuttavia, mostra la sua innegabile e peculiare utilità in un settore come quello climatico, e più in generale nell'ambito del diritto ambientale e degli interessi diffusi, dove le situazioni soggettive sottostanti appaiono prescindere da quel *sufficient interest* che tradizionalmente il diritto processuale richiede al fine di individuare quel legame necessario tra un soggetto e la sua pretesa.

In questo contesto, il ruolo del giudice appare vieppiù valorizzato, travalicando la mera prospettiva strategica entro la quale il contenzioso climatico lo ha sinora relegato, contribuendo in tal modo a supplire alle inerzie dell'amministrazione nella tutela degli interessi diffusi. Si pensi al caso *Grande-Synthe*, ove il Sindaco del comune francese dopo aver chiesto alle alte cariche dello Stato di intraprendere tutte le misure utili per ottenere una effettiva riduzione delle emissioni prodotte sul territorio nazionale in conformità agli obblighi europei e internazionali, di assumere tutte le iniziative legislative e amministrative per «rendre obligatoire la priorité climatique», di vietare tutte le attività che possano aumentare le emissioni e attuare misure immediate di adattamento, chiedeva l'annullamento per eccesso di potere delle decisioni di rifiuto implicito nate dal silenzio tenuto dal governo sulle relative richieste.

Con una prima decisione, il Consiglio di Stato ordinava un supplemento di istruttoria per la produzione di tutti gli elementi che consentissero di stabilire la compatibilità del rifiuto impugnato con la strategia nazionale di riduzione delle emissioni di gas a effetto serra (*Stratégie Nationale bas carbone* - SNBC), a seguito della quale, con decisione del 1 luglio 2021, annullava «*le refus implicite de prendre toutes mesures utiles permettant d'infléchir la courbe des émissions de gaz à effet de serre produites sur le territoire national afin d'assurer sa compatibilité avec les objectifs de réduction des émissions de gaz à effet de serre fixés à l'article L. 100-4 du code de l'énergie et à l'annexe I du règlement (UE)*

⁹⁷ A livello dell'Unione Europea, ma il discorso è estensibile all'ordinamento CEDU, e v. E. Guarna Assanti, *Verein KlimaSeniorinnen and others v. Switzerland: una conferma del ruolo fondamentale dei diritti umani per la tutela del clima* su *Diritticomparati.it*, sulla base della Convenzione di *Aarhus*, la scelta è ricaduta sulla valorizzazione del ruolo delle formazioni sociali nella tutela dell'ambiente, in tal modo adottando «una soluzione intermedia tra l'approccio massimalista (*actio popularis*) e l'approccio minimalista (il diritto ad un'azione individuale riconosciuto esclusivamente alle parti aventi un interesse diretto in gioco)», cfr. le Conclusioni dell'avvocato generale Eleanor Sharpston del 12 ottobre 2017, causa C-664/15, *Protect Natur-, Arten- und Landschaftsschutz Umweltorganisation v. Bezirkshauptmannschaft Gmünd*, n. 81.

2018/842 du 30 mai 2018» e ordinava al Primo Ministro di «prendre toutes mesures utiles permettant d'infléchir la courbe des émissions de gaz à effet de serre produites sur le territoire national afin d'assurer sa compatibilité avec les objectifs de réduction des émissions de gaz à effet de serre fixés à l'article L. 100-4 du code de l'énergie et à l'annexe I du règlement (UE) 2018/842 du 30 mai 2018 avant le 31 mars 2022».

Dunque, in virtù di un sostanziale recupero della sovranità popolare, in considerazione anche della estrema importanza degli interessi coinvolti, la prospettiva dell'utilizzo dello strumento dell'azione popolare per la tutela oggettiva degli interessi diffusi appare sostanzialmente ineliminabile.

Tutte queste soluzioni coinvolgono anche l'ordinamento italiano, inserito anch'esso in quel «processo di mobile ricerca di percorsi adattivi, il cui esito dipende dalla qualità dei meccanismi di apprendimento che lo guidano»⁹⁸ e che, forse, impongono al legislatore un esercizio di creatività volto a ricercare nuove modalità di tutela di interessi sovraindividuali, che esprimano il senso di un rinnovato rapporto (sociale, economico e giuridico) tra uomo e natura. Anche se, in realtà, pare che di tale rapporto occorra recuperarne una prospettiva antica, che parrebbe trovare nella dimensione doverosa dei comportamenti individuali e collettivi la propria soluzione⁹⁹.

⁹⁸ M. Cafagno, *Principi e strumenti di tutela dell'ambiente*, cit., p. 65. E il meccanismo di apprendimento non può prescindere dalla natura e dalle sue leggi: «se le regole costituenti la scienza del pubblico Diritto non fossero tratte dai rapporti reali e necessari dell'ordine della natura, esse riuscirebbero o frustanee o nocive (...) la necessità che obbliga l'uomo a dipendere e ad ubbidire alle leggi reali della natura per produrre qualunque effetto, e quindi la felicità pubblica o privata, è un fatto luminoso ed irrefragabile. Dunque, qualunque regola appartenente agli affari umani, la quale non sia derivata dai mentovati rapporti, deve riuscire o frustanea o nociva», G.D. Romagnosi, *Introduzione allo studio del diritto pubblico universale*, vol. II, Milano, 1836, 6-7, § 277.

⁹⁹ Davvero interessante e ricca di implicazioni etiche è la soluzione, sperimentata in un solo ordinamento giuridico, quello del piccolo Stato del *Buthan*, che ha affidato costituzionalmente il ruolo di *trustee* dell'ambiente e delle risorse naturali a ogni singolo cittadino, stabilendo in Costituzione che «*every Bhutanese is a trustee of the Kingdom's natural resources and environment for the benefit of the present and future generations and it is the fundamental duty of every citizen to contribute to the protection of the natural environment, conservation of the rich biodiversity of Bhutan and prevention of all forms of ecological degradation including noise, visual and physical pollution through the adoption and support of environment friendly practices and policies*» (art. 5, co. 1).

Emanuele Guarna Assanti

Interesse al clima e situazioni giuridiche soggettive

ABSTRACT: Climate change is humanity's latest challenge, threatening the core of our existence. Unlike previous challenges, this one impacts the fundamental relationship between humans and nature, influencing not only economic, social, and health issues but also the legal system's structure, particularly the relationship between law and nature. Climate change litigation is widespread, demanding legislative and administrative actions based on the principle of climate legality. Environmental organizations seek judicial rulings to compel governments to take ambitious climate actions, supported by solid scientific evidence. The challenge remains to identify the legal basis for these claims, revisiting fundamental legal theories to address the climate issue.

KEYWORDS: climate protection - subjective legal situation - climate change litigation - climate change

Emanuele Guarna Assanti - Assegnista di ricerca in diritto amministrativo, Università della Calabria. (emanuele.guarna@unical.it).

I confini della rielezione presidenziale in Bolivia e El Salvador, tra limiti in Costituzione e *(judicial) abusive constitutionalism**

Daniele Camoni

SOMMARIO: 1. Premessa: il divieto di rielezione come formante costituzionale in America Latina. – 2. Il caso boliviano, parte prima (2017): il paradosso della Costituzione incostituzionale. – 3. La sentenza della *Corte Interamericana de Derechos Humanos* (CIDH) del 2021 e il dibattito sulla rielezione presidenziale come (non) diritto umano. – 4. Il caso boliviano, parte seconda (2023): la Costituzione non è più incostituzionale (e dice anche qualcosa di nuovo?). – 5. Il caso di El Salvador (2021): *donde dije digo, digo...* Una sentenza sbagliata a perfetta misura del Presidente. – 6. Conclusioni.

1. Premessa: il divieto di rielezione come formante costituzionale in America Latina

La recente sentenza del Tribunal Constitucional della Bolivia sulla (non) rieleggibilità del Presidente della Repubblica¹ riporta d'attualità una questione affascinante e che, negli ultimi anni, ha interessato in più occasioni – con esiti diversi – alcuni Stati dell'America Latina²: quella della legittimità dei limiti previsti in Costituzione alla rielezione del Presidente³.

In termini generali, il divieto di rieleggibilità e la possibilità di una rieleggibilità “limitata” in relazione al numero di volte e al momento in cui tale evento è ammissibile si accompagna alla travagliata storia politico-istituzionale del continente latinoamericano, sia rispetto agli sviluppi della forma di governo presidenziale⁴ e alla frequente tentazione dei Presidenti, spesso realizzata, di rimanere al potere il maggior tempo possibile (anche *contra legem*), sia in considerazione di procedimenti elettorali sovente opachi o viziati da irregolarità⁵. In questo senso, già l'art. III della Convenzione

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

¹ Sentencia Constitucional Plurinacional 1010/2023-S4 (28 de diciembre de 2023).

² Da intendersi quale «conjunto de países del continente americano en los que se hablan lenguas derivadas del latín (español, portugués y francés), en oposición a la América de habla inglesa» (voce *Latinoamérica*, in *Diccionario panhispánico de dudas* della Real Academia Española).

³ Vedi J.M. Carey, *The Reelection Debate in Latin America*, in *Latin American Politics and Society*, 45(1), 2003, p. 119-133. Per una prospettiva comparata più ampia, M. Volpi, *La rieleggibilità dei Presidenti negli ordinamenti contemporanei*, in E. Bertolini – L. Cuocolo – J. Frosini – L. Montanari – G. Parodi – O. Pollicino – R. Orrù – G. Romeo – A. Vedaschi (a cura di), *Itinerari della comparazione. Scritti in onore di Giuseppe Franco Ferrari*, vol. I, Milano, 2023, p. 250-268; T. Ginsburg – J. Melton – Z. Elkins, *On the Evasion of Executive Term Limits*, in *William & Mary Law Review*, 52, 2011, p. 1807-1873.

⁴ Cfr. J.J. Linz – A. Valenzuela (a cura di), *Las crisis del presidencialismo, vol. 2: El caso de Latinoamérica*, Madrid, 1998.

⁵ Si veda D. Nohlen, *La reelección*, in D. Nohlen – D. Zovatto – J. Orozco – J. Thompson (a cura di), *Tratado de derecho electoral comparado de América Latina*, 2ª ed., 2007, México, p. 287. Per una riflessione

addizionale al Trattato generale di pace e amicizia sottoscritto da Guatemala, Costa Rica, Honduras, Nicaragua e El Salvador nel 1907 raccomandava l'adozione di specifiche clausole costituzionali volte a proibire la rielezione del Presidente uscente, nonché di specifiche normative attraverso cui garantire il principio di alternanza al potere.

A partire da una breve ricognizione comparata del testo delle Costituzioni nazionali in vigore in America Latina – e lasciando per il momento sullo sfondo le “riletture” (quando non vere e proprie revisioni) intervenute ad opera della giurisprudenza⁶ – è possibile distinguere almeno quattro grandi categorie concettuali:

1. Stati che permettono la rielezione indefinita del Presidente, senza alcun limite di mandati (consecutivi o non). Si tratta di un'ipotesi eccezionale, limitata a Venezuela e Nicaragua, a seguito delle discusse riforme costituzionali del 2009 e del 2014⁷. In precedenza, la Costituzione venezuelana prevedeva che il Presidente poteva essere rieletto «*de inmediato y por una sola vez, para un período adicional [de seis años]*» (art. 230), mentre quella nicaraguense affermava che non poteva candidarsi alla Presidenza «*el que ejerciere o hubiere ejercido en propiedad la Presidencia de la República en cualquier tiempo del período en que se efectúa la elección para el período siguiente, ni el que la hubiere ejercido por dos períodos presidenciales*» (art. 147.3.a), imponendo in quest'ultimo caso un limite al doppio mandato consecutivo e ad un terzo mandato dopo due mandati non consecutivi;
2. Stati che ne permettono la rielezione immediata, per una sola volta e senza soluzione di continuità: Argentina, Bolivia, Brasile, Ecuador, Perù e Repubblica Dominicana. Nel caso dell'Ecuador, la possibilità di una rielezione indefinita, introdotta mediante riforma costituzionale del 3 dicembre 2015, è stata derogata con referendum popolare del 4 febbraio 2018; prima ancora, con l'adozione della Costituzione del 2007 era stata introdotta la rielezione immediata;
3. Stati che ne permettono la sola rielezione “differita”, trascorso un periodo di tempo predeterminato, in genere coincidente con il mandato “intermedio” di un altro Presidente: Cile, Haiti, Panama ed Uruguay. Nel caso haitiano, peraltro, è anche stabilito il divieto di un terzo mandato non consecutivo (art. 134-3 Cost.) e nel modello panamense è previsto il trascorso di un doppio

analogia, in relazione alle esperienze del continente africano, cfr. J.R. Mangala (ed.), *The Politics of Challenging Presidential Term Limits in Africa*, London, 2020.

⁶ Il riferimento è ai casi di Bolivia (2017) e El Salvador (2021) – oggetto di analisi *infra*, nel testo – Nicaragua (2009) e Honduras (2015). Cfr. R. Viciano Pastor – G. Moreno González, *Cuando los jueces declaran inconstitucional la Constitución: la reelección presidencial en América Latina a la luz de las últimas decisiones de las Cortes Constitucionales*, in *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 22, 2018, p. 165-198.

⁷ Nel caso nicaraguense, tale facoltà era già stata ammessa in via pretoria, a partire dalla Sentenza della Sala Constitucional No. 504 del 19 ottobre 2009.

mandato prima della rielezione, stabilendosi che «*los ciudadanos que hayan sido elegidos Presidentes o Vicepresidentes no podrán ser reelegidos para el mismo cargo en los dos períodos presidenciales inmediatamente siguientes*» (art. 173 Cost.);

4. Stati che permettono la sola elezione *una tantum*, non ammettendo mai la rielezione immediata o “differita”: Colombia (art. 197 Cost., a partire dalla riforma costituzionale del 2015)⁸, Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, Messico e Paraguay.

Nonostante la chiarezza letterale delle disposizioni contenute in tali Leggi fondamentali – quasi tutte limitative (in varie forme) della rielezione indefinita – a partire dalla sentenza “capostipite” della Corte Suprema della Costa Rica del 2003⁹ si è aperto un dibattito circa la loro legittimità costituzionale, nel quale il potere giudiziario ha giocato un «*papel constituyente que no les corresponde y donde, mediante la utilización de espurios argumentos pretendidamente jurídicos, han modificado los contenidos de las propias Constituciones que debieran hacer cumplir y, en todo caso, interpretar*»¹⁰. In particolare, nel caso costaricano, a fronte di una riforma costituzionale (1969) che impediva la rielezione di colui che avesse già occupato la Presidenza della Repubblica, la Corte Suprema dichiarò che tale revisione era incostituzionale, poiché determinava una regressione in materia di diritti fondamentali (il diritto di partecipazione politica) che poteva essere disposta solo da un’Assemblea costituente in sede di revisione integrale o di adozione di una nuova Costituzione¹¹.

L’interrogativo di fondo è quindi tanto delicato quanto, sotto certi aspetti, paradossale: è possibile che una Costituzione che, nella sua versione “originaria”, prevede tali tipologie di limiti alla rielezione, sia essa stessa incostituzionale? Sul punto, occorre precisare come la questione non attenga alla possibilità di sottoporre a controllo di costituzionalità revisioni puntuali e successive all’adozione di una Legge Fondamentale in sede “costituente” – alla luce della dottrina degli *unconstitutional constitutional amendments*, ammessa da alcune Corti¹² – bensì si riferisce all’esistenza “a

⁸ In precedenza – a fronte della possibilità di ricoprire tale carica «por dos períodos constitucionales» – l’ulteriore scenario di una terza rielezione era stato escluso dalla Corte Constitucional con Sentencia C-141/2010, la quale aveva dichiarato l’incostituzionalità della Ley 1354 de 2009, *por medio de la cual se convoca a un referendo constitucional y se somete a consideración del pueblo un proyecto de reforma constitucional*.

⁹ Cfr. *Resolución* 2003-2771.

¹⁰ R. Viciano Pastor – G. Moreno González, *op. cit.*, p. 171.

¹¹ In dottrina, J.R. Romero Pérez, *Derecho constitucional y reelección presidencial. Sentencia del Tribunal Constitucional n.º 2771 del 2003*, in *Revista de Ciencias Jurídicas*, 136, 2015, p. 124-160.

¹² Cfr. Y. Roznai, *Unconstitutional Constitutional Amendments: The Limits of Amendment Powers*, Oxford, 2017 e K. Gözler, *Judicial Review of Constitutional Amendments: A Comparative Study*, Bursa 2008. Si veda anche D. Landau – R. Dixon, *Constraining Constitutional Change*, in *Wake Forest Law Review*, 50, 2015, p. 859, i quali evidenziano che «all too frequently constitutional processes are used to promote distinctly

monte” di un contrasto tra più norme costituzionali adottate nello stesso momento, secondo quella che è stata definita come una «*doctrine of an unconstitutional constitution, or original constitutional provision*»¹³. Lo specifico tema in esame, peraltro, non è fine a se stesso, bensì prelude ad un problema ulteriore, vale a dire quello della tenuta politico-democratica di ordinamenti nei quali si assiste a vere e proprie mutazioni sostanzialmente costituzionali – in questo caso, operate da un potere giudiziario “catturato” da quello politico – destinate a sfociare in episodi e contesti di *rule of law backsliding*, a loro volta favoriti anche da altre circostanze.

Concentrando in questa sede la riflessione sui recenti casi di Bolivia e El Salvador e i corrispondenti mutamenti giurisprudenziali, la risoluzione delle controversie si è sviluppata innanzitutto a partire da due filoni interpretativi: da una parte, la contrarietà delle Costituzioni rispetto a fonti normative di rango sovranazionale e ad essa sovraordinate; dall’altro, l’esistenza di una gerarchia tra norme interna alla Costituzione e di un principio di sovranità popolare *ab-solutus* che sembra non ammettere limiti neppure da parte della stessa Carta costituzionale.

2. Il caso boliviano, parte prima (2017): il paradosso della Costituzione incostituzionale

Con riferimento al contesto boliviano, il punto di partenza è rappresentato dall’adozione di una nuova Costituzione (2009), in sostituzione di quella precedente del 1967¹⁴. In particolare, ai sensi dell’art. 168 Cost., «*el periodo de mandato [...] del Presidente [...] o del Vicepresidente del Estado es de cinco años, y pueden ser [...] reelectos por una sola vez de manera continua*». La disposizione sembra quindi chiara nel permettere la rielezione consecutiva del Presidente in carica per una sola volta, per un periodo massimo di dieci anni; maggiori incertezze, invece, sussistono in relazione allo svolgimento di un terzo mandato non consecutivo.

In termini letterali, si tratta allora di comprendere se la possibile rielezione debba avvenire senza soluzione di continuità rispetto alla prima – nel senso che il Presidente può essere rieletto «*por una sola vez*» e «*de manera continua*», non potendo candidarsi per un terzo mandato – o se, invece, il limite si riferisce solo alla consecutività dei mandati, nel senso che non sono ammessi più di due mandati in successione ma, allo stesso tempo, sono permesse ulteriori rielezioni qualora vi sia un “intervallo” temporale che

antidemocratic ends or to advance the cause of would-be autocrats by removing democratic checks and balances on the exercise of political power».

¹³ D.E. Landau – R. Dixon – Y. Roznai, *From an unconstitutional constitutional amendment to an unconstitutional constitution? Lessons from Honduras*, in *Global Constitutionalism*, 8(1), 2019, p. 41-42.

¹⁴ Sul processo costituente boliviano, D. Landau, *Constitution-Making Gone Wrong*, in *Alabama Law Review*, 64(5), 2013, p. 949-959.

separa le prime due (consecutive) da quelle eventualmente ulteriori (una terza e addirittura una quarta e così via)¹⁵.

L'assenza di dubbi interpretativi circa la possibilità di rielezione a seguito di un doppio mandato consecutivo era altresì dimostrata dall'avvio, nel 2015-2016, di un procedimento di revisione costituzionale voluto dal Presidente Evo Morales per rimuovere l'ostacolo normativo alla sua rielezione: ciononostante, con referendum confermativo del 21 febbraio 2016, tale riforma era respinta di stretta misura dagli elettori¹⁶. I sostenitori di Morales non si diedero tuttavia per vinti e presentarono una *acción de inconstitucionalidad abstracta* presso il TCP: in particolare, era domandata la disapplicazione dell'art. 168 Cost. per assertedo con l'art. 26 Cost. – che riconosce il diritto di tutti i cittadini a partecipare alla vita pubblica – e degli artt. 1.1, 23, 24 e 29 della Convenzione Americana dei Diritti dell'Uomo (CADH), quali norme interposte rispetto all'art. 256.1 Cost., secondo cui i trattati e le convenzioni internazionali sui diritti umani ratificati dalla Bolivia prevalgono sulla Costituzione nazionale laddove riconoscano diritti fondamentali più favorevoli rispetto a quest'ultima.

In termini preliminari, occorre evidenziare come il TCP interpreti il controllo di costituzionalità oltre la sua dimensione “naturale” – quella della compatibilità di norme sub-costituzionali rispetto alla Costituzione – riconoscendo l'esistenza parallela di una «*una facultad extendida, para que este Tribunal realice el control de constitucionalidad de las propias normas constitucionales*»¹⁷.

A partire da tale premessa, nel merito è stato ritenuto possibile innanzitutto identificare una gerarchia assiologica tra norme costituzionali di principio (*normas constitucionales-principios*) e di dettaglio (*normas constitucionales-reglas*), a partire dalla quale le prime assumono carattere prevalente rispetto alle seconde. Sulla base della descritta distinzione, si afferma che l'art. 168 Cost. – quale *norma constitucional-regla* – contraddice quanto stabilito dall'art. 26 Cost. come *norma constitucional-principio*, poiché il primo impone una limitazione o restrizione al godimento ed esercizio di un diritto politico rispetto al principio generale enunciato dal secondo¹⁸.

Con riferimento al rapporto tra Costituzione e CADH, il TCP afferma che deve essere riconosciuta applicazione prevalente all'art. 23 CADH, poiché esso configura il

¹⁵ In quest'ultimo senso, per J.A. Rivera, *La reelección presidencial en el sistema constitucional boliviano*, in *Revista boliviana de derecho*, 12, 2011, p. 25, «la restricción es a la reelección inmediata continua; de lo que, aplicando el argumento *a contrario sensu*, se puede inferir que con un período constitucional de por medio en que no se postule, el ciudadano que ejerció la Presidencia del Estado podrá volver a postularse a nuevas elecciones sin límite alguno».

¹⁶ Il 51,3% dei cittadini si esprime contro la revisione costituzionale e il 48,7% a favore.

¹⁷ Sentencia constitucional plurinacional 0084/2017 (28 de noviembre de 2017), §III.4, p. 48. In senso contrario, J.A. Rivera Santivañez, *La inaplicabilidad de la Constitución para habilitar la reelección indefinida*, in W. Herrera Añez (a cura di), *Los claroscuros de la acción de inconstitucionalidad que busca la ruptura del sistema constitucional boliviano*, Cochabamba, 2018, p. 44-45.

¹⁸ Sentencia constitucional plurinacional 0084/2017, cit., §III.7.1, p. 63-64.

Daniele Camoni

*I confini della rielezione presidenziale in Bolivia e El Salvador,
tra limiti in Costituzione e (judicial) abusive constitutionalism*

diritto di partecipazione politica in termini più ampi rispetto all'art. 168 Cost., non contemplando alcuna limitazione alla rielezione delle cariche pubbliche e prevedendo in modo tassativo le ipotesi in cui il Legislatore può eccezionalmente restringerne l'applicabilità¹⁹.

Entrambi i profili argomentativi impiegati dal TCP sono stati oggetto di critiche dottrinali serrate. Per un verso, è stata contestata l'esistenza di una reale antinomia tra gli art. 26 e 168 Cost., in quanto tra essi si configura, in realtà, una relazione di genere a specie nella quale il limite alla rielezione presidenziale si pone come eccezione costituzionale ad un principio generale di pari rango²⁰. Per l'altro, è stato criticato l'utilizzo partigiano del controllo di convenzionalità realizzato dal TCP, poiché la prevalenza della CADH rispetto alla Costituzione nazionale è fatta qui discendere da un (presunto) diritto illimitato alla partecipazione politica e che mai è stato ricostruito in tali termini dalla giurisprudenza della Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH).

In ogni caso, in termini generali è possibile identificare un unico *fil rouge* che lega tra loro tutti i giudizi sfavorevoli nei confronti della sentenza del TCP, ovvero sia quello del ricorso ad una forma di *abusive constitutionalism*, inteso come «*use of mechanisms of constitutional change in order to make a state significantly less democratic than it was before*»²¹. Nel caso di specie, si è parlato di un «uso abusivo del poder exclusivo de juicio de constitucionalidad del Tribunal Constitucional Plurinacional»²², in forza del quale «sono state 'smontate' alcune disposizioni costituzionali per ricavarne principi e valori al passo con l'evoluzione politica e istituzionale dello Stato»²³, alterando però «gli equilibri costituzionali [e] legittimando, di fatto, una 'riforma costituzionale in via giurisprudenziale'»²⁴.

¹⁹ *Ivi*, §7.2, p. 64 ss. Il riferimento è all'art. 23.2 CADH, secondo cui «la ley puede reglamentar el ejercicio de los derechos y oportunidades a que se refiere el inciso anterior, exclusivamente por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena, por juez competente, en proceso penal».

²⁰ R. Viciano Pastor – G. Moreno González, *op. cit.*, 186-187.

²¹ D. Landau, *Abusive Constitutionalism*, in *U.C. Davis Law Review*, 47, 2013, p. 195. In termini più ampi, cfr. J. Petrov, *How to Detect Abusive Constitutional Practices*, in *European Constitutional Law Review*, 2024, p. 1 ss.

²² L.A. Nocera, *Contradicciones constitucionales: el Tribunal Constitucional plurinacional boliviano y la reelección de Morales: ¿una práctica de abusivismo constitucional?*, in *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 23(2), 2019, p. 494.

²³ L.A. Nocera, *La pericolosa interpretazione contra constitutionem della giurisprudenza boliviana sui mandati presidenziali*, in *Nuovi Autoritarismi e Democrazie: Diritto, Istituzioni, Società*, 1, 2019, p. 71 e *Il Tribunal Constitucional Plurinacional boliviano ammette la possibilità di rielezione di Morales*, in *DPCE online*, 2, 2018, p. 609-615.

²⁴ L.A. Nocera, *La pericolosa interpretazione*, cit., p. 71.

Daniele Camoni

I confini della rielezione presidenziale in Bolivia e El Salvador, tra limiti in Costituzione e (judicial) abusive constitutionalism

Inoltre, non sembra affatto estraneo alla decisione in esame neppure un certo approccio di stampo populista, declinato in una versione giudiziaria²⁵ che, ciononostante, contiene gli stessi profili dannosi del populismo politico sotto forma di “parassitismo costituzionale”, da intendersi quale «*plan to alter the equilibrium between the majoritarian and counter-majoritarian parts of the constitution, to change the axiological hierarchies on which the constitution is based*»²⁶. In questo senso, è ben evidente come la sentenza determini un mutamento strutturale dei principi costituzionali per contingenti ragioni politiche, alterando le radici più profonde della stessa Legge Fondamentale.

La sentenza in esame del TCP è stata solo la fase introduttiva di un percorso a tappe di revisione giudiziaria della Costituzione in terre latinoamericane, già inaugurato da altre Corti Supreme – Nicaragua nel 2009²⁷ e Honduras nel 2015²⁸ – che avrebbe di lì a poco varcato i confini dei singoli Stati: nel 2021, infatti, la CIDH si è pronunciata in un importante *landmark case* che, per la prima volta, ha posto diversi paletti (almeno dal punto di vista teorico) all’interpretazione circa la riconducibilità della rielezione indefinita nell’alveo dei diritti fondamentali garantiti dalla CADH.

3. La sentenza della Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) del 2021 e il dibattito sulla rielezione presidenziale come (non) diritto umano

Con *Opinión Consultiva OC-28/21* del 7 giugno 2021²⁹, la CIDH si è espressa sulla natura giuridica della rielezione presidenziale e sulla compatibilità di eventuali limiti rispetto alla CADH³⁰. In particolare, il 21 ottobre 2019 lo Stato della Colombia chiedeva alla CIDH di pronunciarsi sulla configurabilità di un diritto umano alla rielezione presidenziale (d’accordo con la CADH) e, in caso di risposta negativa, sull’esistenza di una possibile violazione dell’art. 23 CADH – sotto forma di lesione

²⁵ A. Bernstein – G. Staszewskit, *Judicial Populism*, in *Minnesota Law Review*, 106, 2021, p. 283-351. È possibile discorrere anche di «abusive Judicial Review», secondo la formula di D. Landau – R. Dixon, *Abusive Judicial Review: Courts against Democracy*, in *UC Davis Law Review*, 53, 2020, p. 1313-1387.

²⁶ G. Martinico, *Filtering Populist Claims to Fight Populism. The Italian Case in a Comparative Perspective*, Cambridge, 2021, p. 171.

²⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala Constitucional, Sentencia n.º 504-2009 (9 de octubre de 2009).

²⁸ Corte Suprema de Justicia, Sentencia de 22 de abril de 2015 (RI 0243-2015).

²⁹ Cfr. art. 64 CADH. In dottrina, G. Asta, *La funzione consultiva delle Corti regionali dei diritti umani*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2019, p. 80 ss. e T. Buerghental, *The advisory practice of the Inter-American Human rights Court*, in *American Journal of International Law*, vol. 79, 1985, p. 1-27.

³⁰ E. Ferrer Mac-Gregor, *¿Existe un derecho humano a la reelección presidencial indefinida en el sistema interamericano? Los límites de los derechos políticos en una democracia representativa*, in *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 26(1), 2022, p. 11-37 e A. Della Casa, *La Corte interamericana dei diritti umani e i limiti alla rieleggibilità del Presidente della Repubblica: indebita ingerenza o contributo al processo democratico?*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2, 2022, p. 373-383.

Daniele Camoni

*I confini della rielezione presidenziale in Bolivia e El Salvador,
tra limiti in Costituzione e (judicial) abusive constitutionalism*

del diritto di partecipazione politica del candidato e degli elettori – qualora fossero stati apposti limiti alla stessa³¹.

In relazione alla prima questione, la CIDH dichiara (per cinque voti a due) che, a partire dal tenore letterale della CADH e della *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre*, non è possibile ricavare l'esistenza di un diritto soggettivo alla rielezione presidenziale³². In parallelo, attraverso una ricognizione comparata della regolazione esistente nei diversi Stati del Continente – in una prospettiva giuridica che sembra richiamare il parametro del margine di apprezzamento applicato dalla CEDU – la CIDH rileva che solo quattro Stati ammettono la rielezione senza limitazioni (Bolivia, Honduras, Nicaragua e Venezuela), dei quali tre a seguito di discusse pronunce giurisdizionali e solo uno a fronte del testo letterale della propria Costituzione³³.

Accertata l'inesistenza di un diritto di tale genere “a monte”, la CIDH si chiede se la proibizione di rielezione “a valle” rappresenti una restrizione all'esercizio di un diritto politico e se questo limite sia compatibile con la CADH. È indubbio che, sul piano fattuale, il divieto di rielezione incide sul diritto di partecipazione (*sub specie*, di elettorato passivo) di determinati cittadini alla vita politica: ciononostante, la giurisprudenza della stessa Corte è costante nell'ammettere la possibilità di limitare i diritti soggettivi da parte degli Stati qualora tale limitazione sia prevista dalla legge (principio di legalità), persegua un obiettivo legittimo e sia conforme ai requisiti di idoneità, necessità e proporzionalità³⁴.

In particolare, con riferimento al secondo requisito (presenza di un fine lecito), la CIDH ritiene che il divieto di rielezione sia previsto a tutela della democrazia rappresentativa, con l'obiettivo di garantire il pluralismo politico, l'alternanza al potere e il bilanciamento del sistema di pesi e contrappesi sul quale si regge il principio di

³¹ Per una critica allo strumento procedurale impiegato, A. Santiago, *La OC 28/21 sobre reelecciones presidenciales y los alcances de las facultades consultivas de la Corte IDH*, in *Forum*, 12, 2021, p. 334, per il quale «la función consultiva de la Corte IDH está limitada a la temática de los Derechos Humanos y no a los diversos modos de organizar los poderes de gobierno. El ámbito material de la competencia consultiva, claramente definida en el artículo 64 de la CADH, es el ‘concerniente a la protección de los Derechos Humanos en los Estados americanos’».

³² *Opinión Consultiva*, cit., §92. *Ad abundantiam*, si ricorda *ivi*, §94, che tale diritto non è contemplato neppure a livello internazionale (Patto Internazionale sui Diritti Civili e Politici), europeo (CEDU) o africano (Carta africana dei diritti umani e dei popoli). In relazione al contesto europeo, cfr. European Commission for democracy through law (Venice Commission), *Report on term-limits, Part I – Presidents*, CDL-AD(2018)010, Study No. 908/2017 (20 marzo 2018).

³³ *Opinión Consultiva*, cit., §98.

³⁴ *Ivi*, §114. Cfr. CIDH, *Yatama v. Nicaragua*, Sentencia de 23 de junio de 2005 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), §206: «la previsión y aplicación de requisitos para ejercitar los derechos políticos no constituyen, per se, una restricción indebida a los derechos políticos. Esos derechos no son absolutos y pueden estar sujetos a limitaciones. Su reglamentación debe observar los principios de legalidad, necesidad y proporcionalidad en una sociedad democrática».

separazione dei poteri³⁵. Infine, guardando alle tre condizioni previste ai fini della legittimità della restrizione, la CIDH considera che il divieto di rielezione costituisce una misura idonea ad evitare la continuità illimitata di un Presidente in carica; necessaria, poiché il fine ricordato non può essere perseguito con altre modalità meno restrittive e proporzionale, nel senso che «*las ventajas que trae la prohibición de la reelección presidencial indefinida para la alternabilidad democrática son proporcionales con respecto al derecho de la persona que ocupa el cargo de la presidencia a ser reelecta, y, por otro lado, con respecto al derecho de los demás ciudadanos a votar y de participar en la dirección de los asuntos públicos por medio de representantes libremente elegidos*»³⁶.

In relazione a tale ultimo profilo, si ritiene che il “sacrificio” al diritto di suffragio passivo imposto al solo Presidente sia bilanciato in modo corretto rispetto all’esigenza generale di garantire un’alternanza al potere e che, per quanto riguarda il diritto di elettorato attivo, la sua tutela non implica la necessità di avere a disposizione un numero illimitato di candidati, essendo in ogni caso garantito il diritto di scegliere la persona più affine alle proprie preferenze politiche (magari anche appartenente al partito del Presidente in carica)³⁷.

Si tratta, in definitiva, di una sentenza che impiega una serie di argomenti intrecciati con il contesto politico-istituzionale (quello latinoamericano) nel quale si inserisce, a metà del guado tra democrazie instabili e rischi di regressione democratica. La CIDH interpreta quindi le garanzie “istituzionali” della democrazia rappresentativa, dello Stato di diritto e della separazione dei poteri insieme a quelle soggettive dei diritti umani, delineando un quadro di principi democratici “generali” che costituisce parte del nucleo costituzionale di un vero e proprio «inter-American *ius commune*»³⁸.

Per completezza, è doveroso dare conto anche dell’esistenza di due opinioni dissenzienti, da parte dei Giudici Pazmiño Freire e Zaffaroni. Entrambi criticano la configurazione del *petitum* operata dalla CIDH: per il primo, la definizione di un diritto alla rielezione indefinita sul quale discutere è metodologicamente errata, poiché il fatto che un Presidente sia rieletto senza soluzione di continuità più volte «*es el resultado del ejercicio de un derecho y no un derecho en sí mismo*»³⁹: piuttosto, la prospettiva di partenza avrebbe dovuto essere fondata sul diritto di elettorato attivo e passivo in condizioni di uguaglianza.

³⁵ *Opinión Consultiva*, cit., §119.

³⁶ *Ivi*, §123.

³⁷ *Ivi*, §125. Negli stessi termini si era espressa su una questione analoga Caribbean Court of Justice, *Attorney General of Guyana v. Cedric Richardson*, [2018] CCJ 17 (AJ), Byron, J., §27, rispetto alla doglianza di un cittadino che, alla luce del limite al doppio mandato presidenziale imposto dall’art. 90 Cost. Guyana, lamentava di non poter votare per il proprio candidato preferito.

³⁸ C. Binder – M. Morales Antoniazzi, *Towards Institutional Guarantees for Democratic Rotation: The Inter-American Court’s Advisory Opinion OC-28/21 on Presidential Re-election*, in *Verfassungsblog.de*, 6 Ottobre 2021.

³⁹ *Voto Disidente del Juez L. Patricio Pazmiño Freire*, §24.

Daniele Camoni

I confini della rielezione presidenziale in Bolivia e El Salvador, tra limiti in Costituzione e (judicial) abusive constitutionalism

Per il secondo, la CADH nulla dice circa la rielezione indefinita dei titolari di cariche del potere esecutivo. In ogni caso, l'errore interpretativo si annida nella impropria confusione tra *presidencia o mandato indefinido* – che presuppone una durata indeterminata *ex tunc* e l'assenza di elezioni – e *reelección indefinida*, la quale «*requiere ineludiblemente el sometimiento periódico al voto popular, en el que no siempre se gana*»⁴⁰.

Nel merito, Zaffaroni contesta la presunzione *juris et de jure* della maggioranza, secondo cui la rielezione indefinita comporterebbe il rischio di un difetto di rappresentazione del corpo elettorale, pur avendo quest'ultimo votato per il titolare della carica in modo democratico e in elezioni libere e trasparenti. Al di là della contraddizione in termini, la CIDH assumerebbe inoltre una funzione paternalistica di controllo e tutela del corpo elettorale, onde evitare che esso corra il rischio di commettere errori o essere ingannato durante il voto⁴¹.

In conclusione, sebbene lo strumento dell'opinione consultiva non abbia la stessa natura strutturale e vincolatività delle pronunce adottate nel contenzioso giurisdizionale "tradizionale", non può escludersi la «*relevancia jurídica para todos los Estados Miembros [...] que han acordado la Declaración Americana*»⁴² di un pronunciamento derivante da un importante organo giurisdizionale spesso decisivo nel contribuire all'adempimento degli obblighi internazionali da parte degli Stati americani, in particolare per quanto riguarda la tutela dei diritti umani⁴³.

4. *Il caso boliviano, parte seconda (2023): la Costituzione non è più incostituzionale (e dice anche qualcosa di nuovo?)*

La pronuncia della CIDH rappresenta il punto di collegamento che idealmente unisce – seppur nella loro diversità – le sentenze del TCP boliviano del 2017 e del 2023: quest'ultima, in particolare, costituisce un importante *overruling* circa l'interpretazione del divieto di rielezione presidenziale, sollevando tuttavia perplessità diverse rispetto a quelle segnalate.

A titolo di premessa, è doveroso precisare che la pronuncia del 2023 nasce da una *acción de amparo constitucional* che nulla ha a che fare con il tema della rielezione presidenziale: nel merito, l'attore – avvocato e possibile candidato alle elezioni per la

⁴⁰ *Voto Disidente del Juez E. Raúl Zaffaroni*, p. 10-11.

⁴¹ *Ivi*, p. 22-23.

⁴² OC-21/14 de 19 de agosto de 2014, §32.

⁴³ Cfr. J.C. Hitters, *¿Son vinculantes los pronunciamientos de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos? (control de constitucionalidad y convencionalidad)*, in *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, 10, 2008, p. 149-150. Sull'esercizio di tale funzione come attività giurisdizionale, vedi anche P. Nikken, *La función consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, in *El Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos en el umbral del siglo XXI*, tomo I, San José, 1999, p. 172 ss.

scelta, da parte del corpo elettorale, dei componenti delle Corti apicali della Bolivia – denunciava che la previsione (mediante Regolamento parlamentare) di un determinato requisito ai fini della candidatura⁴⁴ violava il diritto alla libertà di espressione ed all’accesso alle cariche pubbliche in condizioni di parità.

Al di là della soluzione del caso concreto – favorevole al ricorrente⁴⁵ – la sentenza si caratterizza per un lunghissimo *obiter dictum* sulle limitazioni al diritto di suffragio passivo (quale declinazione dei diritti politici) per l’accesso a qualsiasi carica pubblica, compresa quella del Presidente della Repubblica. Nel merito, il TCP è chiamato a confrontarsi sia con il proprio precedente del 2017, sia soprattutto con la sentenza della CIDH del 2021. In particolare, il Giudice delle Leggi boliviano ha applicato in modo di fatto automatico la giurisprudenza della CIDH nella *Opinión Consultiva OC-28/21*, nelle parti in cui evidenzia l’inesistenza di un diritto umano alla rielezione illimitata e la possibilità di circoscrivere, a determinate condizioni, l’elezione del Presidente a specifici periodi temporali.

In questo modo, il TCP supera la sua stessa giurisprudenza, ammettendo ora la conformità a Costituzione della limitazione costituzionale (filtrata attraverso la pronuncia “superiore” della CIDH) del mandato presidenziale. Ciononostante, se in un primo momento esso sembra restringere la propria attività interpretativa al solo divieto di un terzo mandato consecutivo, subito dopo si spinge ancora oltre, affrontando in modo assai discutibile la questione della non consecutività dei mandati.

Secondo il TCP, il limite al doppio mandato deve intendersi riferito anche a mandati non consecutivi, potendo quindi un Presidente divenire tale solo due volte (consecutive o meno) nel corso della sua carriera politica⁴⁶. Tale soluzione si ritiene imposta innanzitutto dal tenore letterale dell’art. 168 Cost. – laddove afferma che il Presidente può essere rieletto «una sola vez» – poiché «*si el pacto constituyente hubiera tenido otra intencionalidad, no hubiera colocado la frase de ‘una sola vez’*»⁴⁷. Inoltre, neanche il criterio teleologico permette di giungere alla conclusione circa l’ammissibilità della rielezione discontinua, «*puesto que el fin del Constituyente es evitar de cualquier modo, la permanencia de un mandatario por más de diez años, porque esto equivaldría a que se apodere del aparato estatal de manera exclusiva*»⁴⁸.

⁴⁴ In particolare, l’art. 19 del citato Regolamento imponeva ai candidati di non aver pubblicamente manifestato alcuna posizione di carattere politico.

⁴⁵ Cfr. Sentencia Constitucional Plurinacional 1010/2023-S4, §III.11.1, p. 77: «*siendo que el requisito analizado vulnera el derecho a la libertad de expresión porque castiga la expresión de posturas políticas de manera pública, sin que dicha limitación haya sido establecida por una ley formal y material, previa, expresa y taxativa y sin que se encuentre vinculada con algunas de las finalidades previstas expresamente por los instrumentos internacionales de derechos humanos [...], es evidente que también afecta el derecho a la ciudadanía en su elemento de concurrir como elegible a la formación y al ejercicio de funciones en los órganos de poder público*».

⁴⁶ Analogamente a quanto previsto, negli Stati Uniti, dal XXII Emendamento del 1951 (secondo cui «*no person shall be elected to the office of the President more than twice*»).

⁴⁷ *Ivi*, §III.5.2, p. 33.

⁴⁸ *Ibid.*

Tuttavia, l'interpretazione del TCP non pare convincente. Da un punto di vista letterale, l'art. 168 Cost. dispone che il Presidente in carica può essere rieletto «[...] *por una sola vez de manera continua*»: ne deriva che non è possibile scindere i due sintagmi che compongono la frase – «*por una sola vez*», da un lato e «*de manera continua*», dall'altro – pena l'assenza di senso della frase complessiva e, meno ancora, limitarsi al primo sintagma ed escludere il secondo, come se esso non esistesse. Solo applicando quest'ultima prospettiva (errata), infatti, è possibile giungere alla conclusione che il Presidente non può essere rieletto nemmeno in modo discontinuo: ma allora, che senso avrebbe l'inciso sulla rielezione «*de manera continua*»?

Semmai, l'art. 168 Cost. potrebbe suscitare qualche incertezza circa la possibilità che un Presidente che ha già concluso due mandati consecutivi possa candidarsi per un terzo mandato non consecutivo rispetto ai primi due: in questo senso, leggendo l'articolo nella sua interezza, le soluzioni potrebbero essere opposte, a seconda che si attribuisca “prevalenza” al primo inciso – la *possibilità di essere rieletti* è subordinata al solo fatto che la rielezione sia continua – o al secondo – la *continuità dei mandati* è circoscritta a una sola rielezione, dovendo quindi il Presidente in carica attendere almeno un mandato “intermedio” da parte di un altro Presidente per potersi ricandidare una terza volta.

Ad adiuvandum, l'art. 168 Cost. utilizza una formula linguistica diversa da quella dell'art. 87 della precedente Costituzione (1967), il quale prevedeva la sola rielezione discontinua (senza limiti al numero di volte), stabilendo che «*el período del Presidente y Vicepresidente Constitucional de la República será de cuatro años improrrogables. Ninguno de ellos podrá ser reelegido sino pasados cuatro años de la terminación de su mandato constitucional*». Ove questa fosse stata l'intenzione del Legislatore costituente del 2009, sarebbe stato forse sufficiente mantenere il contenuto letterale di tale articolo per evitare le descritte ambiguità.

La formulazione testuale dell'art. 168 Cost. non è certo delle più chiare, ma è anche vero che tutte le Costituzioni latinoamericane precedenti che hanno voluto porre un freno alla rielezione del Presidente non consecutiva lo hanno fatto in modo letteralmente inequivocabile: limitandoci a quelle non colpite da pronunce giudiziarie, si vedano gli artt. 187 Cost. Guatemala⁴⁹, 83 Cost. Messico⁵⁰ e, infine, 229 Cost. Paraguay⁵¹.

⁴⁹ «*La persona que haya desempeñado durante cualquier tiempo el cargo de Presidente de la República por elección popular, o quien la haya ejercido por más de dos años en situación de titular, no podrá volver a desempeñarlo en ningún caso*».

⁵⁰ «*El ciudadano que haya desempeñado el cargo de Presidente de la República, electo popularmente, o con el carácter de interino o sustituto, o asuma provisionalmente la titularidad del Ejecutivo Federal, en ningún caso y por ningún motivo podrá volver a desempeñar ese puesto*».

⁵¹ «*El Presidente de la República y el Vicepresidente durarán cinco años improrrogables en el ejercicio de sus funciones, a contar desde el quince de agosto siguiente a las elecciones. No podrán ser reelectos en ningún caso*».

Daniele Camoni

*I confini della rielezione presidenziale in Bolivia e El Salvador,
tra limiti in Costituzione e (judicial) abusive constitutionalism*

La complessità della questione giuridica si intreccia con i gravi problemi politici ed istituzionali che attraversa negli ultimi tempi la Bolivia. Sul primo fronte, a nessuno sfugge che il vero *elephant in the room* è rappresentato dall'aspirazione dell'ex-Presidente Morales di candidarsi ancora una volta (la quinta) alla Presidenza e che, pertanto, la sentenza del TCP sia stata interpretata dai settori politico-sociali a lui favorevoli come un tentativo di ostacolarne per via giudiziaria la ricandidatura. In parallelo, alla luce della citata giurisprudenza, neppure l'attuale Presidente Luis Arce – eletto nel 2020 e appartenente allo stesso partito di Morales ma ad esso contrapposto⁵² – potrebbe in teoria ricandidarsi⁵³.

In relazione al secondo, è doveroso evidenziare che la Bolivia è l'unico Stato al mondo nel quale i componenti degli organi di vertice del sistema giudiziario (Tribunal Supremo de Justicia, Tribunal Agroambiental, Consejo de la Magistratura e Tribunal Constitucional Plurinacional) – all'indomani della riforma costituzionale del 2009 – sono eletti dal corpo elettorale⁵⁴, previa selezione dei candidati da parte dell'Assemblea legislativa⁵⁵.

A seguito delle elezioni del 3 dicembre 2017⁵⁶, quelle successive avrebbero dovuto tenersi nel corso del 2023, essendo tutti i giudici allora eletti (per un mandato di sei anni) in scadenza il 31 dicembre 2023. Ciononostante, a fronte dell'impossibilità di raggiungere un accordo parlamentare circa la regolazione delle modalità di pre-selezione dei candidati, il TCP ha deciso di prorogare il mandato degli organi giudiziari interessati (tra i quali, se stesso) fintantoché non fosse stata trovata un'intesa politica⁵⁷.

⁵² Infatti, pur appartenendo entrambi allo stesso partito – il *Movimiento al Socialismo* (MAS) – quest'ultimo è spaccato al suo interno tra *arcistas* (sostenitori di Arce) e *evistas* (sostenitori di Morales). Cfr. F. Molina, *Evistas versus arcistas. Guerra abierta en el MAS boliviano*, in *Nueva sociedad*, 307, 2023, p. 4-13.

⁵³ Il divieto di rielezione (sulla base del combinato disposto delle sentenze della CIDH e della Corte Constitucional) è stato condiviso anche dalla Procuraduría General boliviana: cfr. [Análisis Jurídico Especializado N° 04/2024](#).

⁵⁴ Cfr. artt. 182, 188, 194 e 198 Cost.

⁵⁵ Cfr. A. Driscoll – M.J. Nelson, *Judicial Selection and the Democratization of Justice. Lessons from the bolivian judicial elections*, in *Journal of Law and Courts*, 3(1), 2015, p. 115-148. Per una dettagliata descrizione del procedimento, S. Bagni, *Democratizzazione della giustizia costituzionale in America latina: uno sguardo da fuori*, in *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura civile*, 4, 2014, p. 1405-1412.

⁵⁶ A. Driscoll – M.J. Nelson, *Crónica de una elección anunciada. Las elecciones judiciales de 2017 en Bolivia*, in *Política y gobierno*, 1, 2019, p. 41-64.

⁵⁷ Cfr. Declaración Constitucional Plurinacional 0049/2023 (11 dicembre 2023): «ante una situación de excepcionalidad como la que se presenta, ante el inminente vacío de poder que se producirá en el Órgano Judicial y Tribunal Constitucional Plurinacional, y con ello, la fractura del Estado Constitucional de Derecho; corresponde generar un instrumento jurídico que asegure el normal funcionamiento de los citados Órganos del Estado [...] Consiguientemente, con el objeto de resguardar la supremacía constitucional, así como el Estado Constitucional de Derecho y garantizar el ejercicio pleno de los derechos fundamentales y garantías constitucionales de las personas, basados en el principio de independencia e igual jerarquía de órganos [...] corresponde disponer mediante el presente fallo, la continuidad de las funciones de las autoridades del Órgano Judicial y del Tribunal Constitucional Plurinacional».

Finalmente, il 6 febbraio 2024 il Presidente Arce ha promulgato la *Ley 1549 Transitoria para las Elecciones Judiciales 2024*, in forza della quale l'intero procedimento dovrebbe concludersi, una volta avviato, entro 230 giorni⁵⁸. Con Risoluzione del 13 agosto 2024, il Tribunale Supremo Elettorale ha fissato la data delle elezioni al 1° dicembre 2024.

In definitiva, il contesto generale appare più che mai incerto⁵⁹, con un TCP auto-prorogatosi nelle sue funzioni, una legge per le elezioni giudiziarie in attesa di piena implementazione e un'elezione presidenziale che, prevista per il 2025, già agita le acque della politica. Sullo sfondo, continua ad incombere il dibattito giuridico sui limiti alla rielezione, per il quale non sembra ancora essere stata detta l'ultima parola.

5. Il caso di El Salvador (2021): donde dije digo, digo... Una sentenza sbagliata a perfetta misura del Presidente

Nell'intermezzo tra le due sentenze del TCP boliviano e a pochissima distanza dall'opinione consultiva della CIDH, il 9 settembre 2021 anche la Sala Constitucional della Corte Suprema de Justicia di El Salvador è intervenuta nel terreno della possibile rielezione del Presidente della Repubblica, di fatto riscrivendone il contenuto⁶⁰.

Ai sensi dell'art. 152 Cost., non potrà essere candidato alla Presidenza (tra gli altri casi) «*el que haya desempeñado la Presidencia de la República por más de seis meses, consecutivos o no, durante el período inmediato anterior, o dentro de los últimos seis meses anteriores al inicio del período presidencial*». Tale previsione è rafforzata dalla disposizione (art. 75.4 Cost.) che dispone la perdita dei diritti di cittadinanza a carico di coloro che «*suscriban actas, proclamas o adhesiones para promover o apoyar la reelección o la continuación del Presidente de la República, o empleen medios directos encaminados a ese fin*».

La questione era sorta una prima volta in occasione delle elezioni presidenziali del 2014, quando la decisione del Tribunal Supremo Electoral di permettere la ricandidatura dell'ex-Presidente Elías Antonio Saca (2004-2009) era stata impugnata dinanzi alla Corte Suprema, poiché considerata contraria alla lettera e spirito della

⁵⁸ Ai sensi della Disposición Adicional Quinta.II, «*a) la postulación y preselección de postulantes, tendrá una duración de hasta ochenta (80) días calendario; b) La organización y realización de la votación popular, con una duración de hasta ciento cincuenta (150) días calendario*».

⁵⁹ Da ultimo, non può non farsi riferimento al tentativo di colpo di Stato del 26 giugno 2024, quando alcuni mezzi blindati e soldati – agli ordini del Generale Zúñiga, Capo di Stato maggiore dell'Esercito – hanno marciato (senza alcun risultato) verso il Palazzo presidenziale per deporre il Presidente Arce. Ad oggi, persistono numerose incertezze sulle ragioni e i veri mandanti di tale manovra.

⁶⁰ Cfr. L. Graute, *A Second Term for "the World's coolest Dictator"?*, in *Verfassungsblog.de*, 13 November 2023. Sulla Corte Suprema, M. Castillejos-Aragón, *The Struggle for Judicial Independence. The Supreme Court as a Constitutional Beacon in El Salvador*, in S. Shetreet – H. Chodosh (eds.), *Judicial Independence: Cornerstone of Democracy*, Leiden-Boston, 2024, p. 315 ss.

Costituzione⁶¹. Con Sentenza 163-2013 (25 giugno 2014), la Sala Constitucional è stata chiamata a sciogliere il nodo sulla interpretazione dell'espressione «*periodo inmediato anterior*»: in altre parole, essa si riferisce al periodo presidenziale che precede il momento della formalizzazione della candidatura presidenziale o, invece, al periodo antecedente quello per il quale la candidatura stessa è presentata?

Secondo la Corte Suprema, il sintagma «*periodo inmediato anterior*» doveva essere correlato alla situazione giuridica della presentazione come candidato, dovendo quindi fare riferimento al periodo presidenziale che antecede quello del momento in cui è formalizzata la candidatura: ne deriva che «*un candidato a dicho cargo no debe haberlo ocupado en los dos periodos presidenciales anteriores al que pretende desempeñar, pues el principio de alternabilidad del art. 88 Cn., y su concreción en el art. 152 ord. 1° parte inicial Cn., exigen al menos 10 años de separación temporal entre el desempeño una Presidencia de la República y la reelección en dicho cargo de una misma persona*»⁶².

Tale giurisprudenza è stata tuttavia superata, in modo molto controverso, dalla stessa Corte Suprema in relazione alla ricandidatura del Presidente Nayib Bukele (eletto nel 2019). La sentenza si inserisce in un contesto di gravissima crisi istituzionale, sfociata nell'ingresso dell'esercito in sede parlamentare (9 febbraio 2020)⁶³ e nella rimozione – da parte dell'Assemblea legislativa nel frattempo controllata dallo stesso Presidente – dei giudici costituzionali in carica (nonché del Procuratore Generale) e nella loro sostituzione con altrettanti giudici “affini”⁶⁴.

In questo scenario, una volta conseguita la “cattura” della Corte Suprema, la decisione sulla rielezione del Presidente uscente non poteva che avere un esito scontato. Nel disporre l'*overruling* della pronuncia del 2014, la Corte dichiara innanzitutto – con argomentazioni riferibili sia al ricorrente del caso specifico, sia alla precedente sentenza 163-2013 – che non è stato tenuto in considerazione «*el carácter*

⁶¹ Cfr. M.G. Hernández de Espinoza – C.R. Urquilla Bonilla, *La reelección presidencial en El Salvador*, in J.A. Mejía Rivera (a cura di), *La reelección presidencial en Centroamérica: ¿Un derecho absoluto?*, Honduras, 2018, p. 109-146.

⁶² *Inconstitucionalidad 163-2013*, cit., p. 23-24.

⁶³ L'obiettivo era quello di ottenere – da parte di un'Assemblea legislativa politicamente avversa a Bukele (eletta nel 2018) – l'approvazione di un prestito di \$109 milioni per il finanziamento del *Plan Control Territorial* contro la criminalità organizzata.

⁶⁴ La rimozione dei giudici della Corte Suprema è prevista dall'art. 186.1 Cost. ed è stata disposta con Decreto n. 2, 1 de mayo de 2021 (Diario Oficial, tomo n. 431), limitandosi l'Assemblea ad affermare che «*los actuales Magistrados propietarios de la Sala de lo Constitucional han incurrido al emitir sus fallos en reiteradas ocasiones en violaciones a la Constitución, generando con sus resoluciones vulneraciones a los derechos a la vida, a la salud, a la seguridad jurídica, al principio de separación de los poderes y al principio de legalidad*». D. Kosař – K. Šipulová, *Comparative court-packing*, in *International Journal of Constitutional Law*, 21(1), 2023, p. 99, hanno parlato di «*abusive impeachment*». Tale decisione è stata giudicata incostituzionale dalla stessa Corte con *Mandamiento judicial de inconstitucionalidad*, 1-2021: cfr. Fundación para el debido Proceso, *JUSTICIA AMORDAZADA. La captura del sistema de justicia de El Salvador*, 13 luglio 2022.

garantista del texto constitucional», applicando invece «un argumento basado en una interpretación restrictiva de los derechos fundamentales»⁶⁵.

Sempre sul piano delle modalità interpretative, si afferma la necessità di adeguare il testo formalmente inamovibile (salvo revisione) della Costituzione alla «*voluntad del soberano, a sus necesidades actuales, a los nuevos estándares por él requeridos*»⁶⁶. A partire da tale impostazione, la Corte ricostruisce il contenuto dell'art. 152 Cost. secondo una (presunta) interpretazione letterale, dichiarando che il divieto di rielezione non alluderebbe ad una proibizione per divenire Presidente, bensì ad una diversa proibizione quale mero “candidato” alla Presidenza, non essendo i due *status* soggettivi sovrapponibili.

Ne deriva che tale disposizione costituzionale non si applica al Presidente in carica, con la conseguenza che la descritta proibizione «*permite por una sola vez más, la reelección presidencial*»⁶⁷. L'interpretazione è poi giustificata *a contrario* alla luce dell'art. 65 della Costituzione precedente (1962), il quale disponeva in termini inequivoci che «*el ciudadano que haya desempeñado la Presidencia de la República a cualquier título [...] no podrá ser Presidente [...] en el período presidencial inmediato*». L'intervenuta revisione costituzionale si mostrerebbe quindi più aderente alla volontà popolare, in quanto permette «*que sea el pueblo en el ejercicio del poder soberano quien decida, si continúa por un segundo período o el mismo soberano lo elimina de la contienda, todo ello, mediante elecciones libres*»⁶⁸.

Con riferimento all'inciso «*período inmediato anterior*», pertanto, esso deve essere applicato alla “finestra” presidenziale precedente a quella nel corso della quale un candidato si presenta alle elezioni⁶⁹. Per maggior chiarezza, si veda l'esempio indicato dalla stessa Corte Suprema: se “X” è stato eletto Presidente per il quinquennio “A”, egli potrà presentarsi alle elezioni per il successivo quinquennio “B” ma non a quelle ancora successive per il quinquennio “C”: tale modello deriva dal fatto che il *período inmediato anterior* (rispetto al quinquennio “B”) non si riferisce al quinquennio “A”, bensì al quinquennio precedente ad “A” da parte del Presidente “Y”⁷⁰. In termini concreti, essendo Bukele stato eletto per la prima volta Presidente nel periodo 2019-2024 egli può presentarsi alle elezioni per il quinquennio 2024-2029 – come accaduto – ma non a quelle ancora successive. Il divieto di ricandidatura non è quindi a lui applicabile, poiché il *período inmediato anterior* deve intendersi riferito al quinquennio 2014-2019 (Presidenza di Salvador Sanchez Cerén).

⁶⁵ *Pérdida de derechos de ciudadanía*, 1-2021, p. 4.

⁶⁶ *Ivi*, p. 5.

⁶⁷ *Ivi*, p. 15.

⁶⁸ *Ibid.*

⁶⁹ Il *período inmediato anterior* non è quindi «*aqueel período previo al período presidencial por el cual se compite*» – quello del primo mandato – bensì «*el período previo al que se es candidato*» (*ivi*, p. 14): ne deriva che il periodo del primo mandato coincide con quello della candidatura per il secondo.

⁷⁰ *Ivi*, p. 17.

Risolto questo primo profilo, l'art. 152 Cost. contiene un ulteriore aspetto problematico, laddove dispone che non potrà diventare Presidente colui che sia già stato tale «*dentro de los últimos seis meses anteriores al inicio del período presidencial*». Secondo la Corte, tale inciso deve essere interpretato nel senso che il Presidente che intenda ricandidarsi senza soluzione di continuità dovrà richiedere una sospensione temporanea dalla carica (*licencia*) nei sei mesi precedenti, nel corso dei quali la Presidenza sarà esercitata dal Vicepresidente a ciò delegato. Infine, non manca un riferimento anche all'art. 23 CADH. In particolare, a partire dall'esercizio del diritto di elettorato attivo, la Corte Suprema insiste sul fatto che esso può essere limitato solo alle condizioni ivi previste (comma 2): prevedere restrizioni ulteriori, infatti, «*va en detrimento de la soberanía del pueblo, y en deterioro de sus derechos fundamentales*»⁷¹.

A suo avviso, inoltre, il limite alla rielezione trova fondamento nell'esigenza di «*sobrellevar aquellos casos en los que el pueblo no desea más del mismo programa político que se le ha ofrecido*»⁷². Tale condizione, tuttavia, non è riscontrabile nel testo della Costituzione, lasciandosi invece nelle mani del (popolo) sovrano la manifestazione inequivoca della sua volontà attraverso il diritto di voto, come peraltro dimostrato dalle elezioni presidenziali del 2019 e legislative e comunali del 2021, le quali hanno determinato un cambio storico nelle correnti ideologiche chiamate ad esercitare il potere⁷³.

La sentenza rappresenta un esempio ulteriore di costituzionalismo abusivo, declinato sotto forma di pronuncia giudiziaria da parte di un organo privo delle minime garanzie di indipendenza e controllato nella sua integralità dalla maggioranza parlamentare (coincidente, a sua volta, con quella che ha espresso il Presidente della Repubblica). Nel merito, si tratta di una pronuncia che piega il chiaro tenore letterale della Costituzione – elaborando in modo “creativo” una definizione di candidato alla Presidenza priva di senso logico e sistematico – e travisa la giurisprudenza della CIDH, dandone una (re)interpretazione restrittiva e che la CIDH stessa in alcun momento ha enunciato in questi termini.

Come nella prima sentenza del TCP boliviano, anche in questo caso si tratta di una pronuncia “cucita” esattamente a misura del Presidente in carica da parte di una Corte “compiacente”, una volta manifestata da Bukele l'intenzione di ricandidarsi alle

⁷¹ *Ivi*, p. 19.

⁷² *Ivi*, p. 24.

⁷³ Dalla fine della Guerra civile (a seguito degli Accordi di Pace del 1992), si sono alternati alla Presidenza della Repubblica la *Alianza Republicana Nacionalista* (ARENA, 1994-2009), di stampo conservatore e il *Frente Farabundo Martí para la Liberación Nacional* (FMLN, 2009-2019), di ispirazione marxista.

Daniele Camoni

*I confini della rielezione presidenziale in Bolivia e El Salvador,
tra limiti in Costituzione e (judicial) abusive constitutionalism*

elezioni del 2024, nonostante la stessa Corte Suprema si fosse espressa in senso contrario alla rielezione sulla base di normativa e fattispecie analoghe⁷⁴.

A tal proposito, con decreto del 30 novembre 2023 l'Assemblea legislativa ha concesso a Bukele la licenza richiesta (dal 1 dicembre 2023 al 31 maggio 2024)⁷⁵, designando in sua sostituzione la parlamentare della maggioranza Claudia Rodríguez de Guevara⁷⁶. Il 4 febbraio 2024 Bukele è stato rieletto in modo plebiscitario – con quasi l'85% dei suffragi – e il suo partito *Nuevas Ideas* controlla ora in modo monopolistico l'Assemblea legislativa (54 seggi su 60 totali), in tal modo inaugurando – nelle sue parole – un inedito modello a partito unico in un sistema considerato democratico⁷⁷.

Da un punto di vista teorico, inoltre, rimane il dubbio circa un'ulteriore continuità dell'attuale Presidente nella carica oltre il 2029. In relazione ad una possibile revisione della Costituzione, l'art. 248 prevede che essa debba essere approvata da due diverse Assemblee legislative, nel primo caso a maggioranza assoluta e nel secondo a maggioranza dei due terzi. Inoltre, lo stesso articolo dispone che non possono essere riformate (in quanto *cláusulas pétreas*, come tali sempre immodificabili)⁷⁸ quelle disposizioni che si riferiscono alla «*forma y sistema de Gobierno*» ed alla «*alternabilidad en el ejercicio de la Presidencia de la República*».

Ciononostante, il 29 aprile 2024 – vale a dire, il giorno prima della conclusione della Legislatura 2021-2024 e l'inizio di quella successiva (2024-2027) – è stato presentato dal partito del Presidente Bukele un progetto di revisione costituzionale dello stesso art. 248 Cost., con l'obiettivo di rendere più flessibile l'*iter* di tale tipologia di riforma⁷⁹. Il testo, approvato dalla “prima” Assemblea ed in attesa di una prevedibile

⁷⁴ Sul funzionamento della Corte Suprema dopo la sua “cattura” da parte di Bukele, cfr. Fundación para el debido Proceso, *Justicia en pausa. Informe sobre los primeros 100 días de la Sala de lo Constitucional de El Salvador*, 17 febbraio 2022.

⁷⁵ Decreto legislativo No. 901, publicado en el Diario Oficial No. 225, Tomo No. 441, del 30 de noviembre de 2023.

⁷⁶ M.G. Hernández de Espinoza – C.R. Urquilla Bonilla, *op. cit.*, p. 119 ricordano che una soluzione analoga era stata impiegata nel 1934 dal Presidente Hernández Martínez: a fronte di una disposizione della Costituzione del 1886 che impediva la ricandidatura di chi avesse occupato la Presidenza negli ultimi sei mesi, egli si dimise con congruo anticipo, “aggirando” il divieto di rielezione e ripresentandosi alle elezioni successive quale unico candidato.

⁷⁷ S. Bagni – G. Pavani, *Leggere le categorie giuridiche del costituzionalismo e della democrazia attraverso le recenti vicende istituzionali dell'America latina*, in *DPCE online*, 1, 2024, p. VII, hanno parlato in proposito di una «sfida per i giuristi rispetto a come le categorie del costituzionalismo vadano ripensate alla luce di un contesto che mai si era presentato prima in Occidente: un monopartitismo che non esercita coercizione sul voto, pur governando senza garantire il totale rispetto delle garanzie e dei diritti costituzionali».

⁷⁸ In termini generali, S. Suteu, *Eternity Clauses in Democratic Constitutionalism*, Oxford, 2021.

⁷⁹ Acuerdo de reforma constitucional N° 1 (D.O. N° 79, Tomo N° 443, Fecha: 29 de abril de 2024).

ratifica del “nuovo” Parlamento, prevede che le modifiche alla Costituzione possano essere approvate (anche) con una sola votazione ed a maggioranza dei tre quarti dell’Assemblea; peraltro, la riduzione del numero dei parlamentari, a seguito della riforma della legge elettorale del 2023 – da 84 a 60 – fa sì che il partito di Bukele possa approvare da solo qualsiasi riforma costituzionale.

Sul punto, è stato evidenziato che il gioco delle tempistiche strettissime di presentazione del progetto di legge tra le due Assemblee – composte dalla stessa maggioranza politica – elude la giurisprudenza della Corte Suprema in materia, secondo cui il sistema della doppia deliberazione da parte di Parlamenti diversi ha senso in quanto presuppone che il corpo elettorale si pronunci (indirettamente) sul progetto di riforma nel momento in cui vota per eleggere la “seconda” Assemblea⁸⁰.

In ogni caso, a fronte di un ultimo inciso dell’art. 248 Cost. che non sembra mai ammettere la possibilità di rielezioni indefinite (neanche mediante riforma costituzionale), tutto dipenderà molto probabilmente dall’ultima parola della Corte Suprema⁸¹ e dall’eventuale adozione di interpretazioni giudiziarie ancor più “creative” rispetto a quella sopra descritta.

6. Conclusioni

I casi descritti di Bolivia e El Salvador rappresentano la spia di un contesto latinoamericano più ampio, nel quale si intrecciano storiche difficoltà nell’equilibrato andamento delle forme di governo presidenziali e veri e propri profili di regressione democratica, riassumibili nella formula della *rule of law backsliding* e qui declinati anche attraverso l’intervento delle Corti costituzionali, in materia di rielezione del Capo dello Stato, sotto forma di anomali poteri (giudiziari) costituenti.

Con riferimento alla cornice istituzionale, è indiscutibile che il modello presidenziale che caratterizza, nelle sue diverse versioni, gli Stati latinoamericani non può essere equiparato a quello originario della Costituzione degli Stati Uniti, né in termini formali – in una prospettiva di *checks and balances* nella quale i poteri si equilibrano a vicenda – né per quanto riguarda la sua concreta applicazione⁸²: al

⁸⁰ Corte Suprema de Justicia, Sala de lo Constitucional, *Inconstitucionalidad* 33-2015 (6 de julio de 2016), p. 9-10: «como el sistema adoptado por nuestra Constitución para la reforma de su texto es el de la deliberación y aprobación de dos legislaturas sucesivas, existe entre una y otra una elección de diputados, la cual, por esa circunstancia, adquiere un evidente significado referendario: el cuerpo electoral se podrá pronunciar sobre el tema al elegir a la nueva Asamblea Legislativa que, en su caso, decidirá la ratificación de la reforma constitucional».

⁸¹ Sul punto, il 13 maggio 2024 è stato presentato da alcuni cittadini il primo ricorso contro la (proposta di) riforma costituzionale.

⁸² Da ultimo, L. Mezzetti, *I presidenzialismi latinoamericani: scenari critici e prospettive evolutive*, in *DPCE online*, 1, 2023, p. 799-813.

Daniele Camoni

*I confini della rielezione presidenziale in Bolivia e El Salvador,
tra limiti in Costituzione e (judicial) abusive constitutionalism*

contrario, sempre più spesso è possibile riscontrare uno «iato profondo tra Costituzione formale e Costituzione materiale»⁸³. In questo senso, la distanza tra i due modelli può essere individuata in un triplice ordine di fattori: la presenza o meno di una solida cultura costituzionale “di partenza”; le modalità della configurazione di un sistema di equilibrio tra i poteri e la combinazione sistematica tra partiti politici e formula elettorale⁸⁴.

Nella descritta prospettiva, è innanzitutto evidente che il funzionamento delle forme di governo presidenziali in America Latina si inserisce in un contesto geopolitico che solo in tempi abbastanza recenti si è affacciato ad esperienze democratiche (nonostante gli arretramenti sperimentati da alcune realtà, confinanti con l'autoritarismo o divenute purtroppo tali) e che non può vantare il substrato storico-culturale al quale si è abbeverato il costituzionalismo statunitense⁸⁵. Tale carenza di *humus* politico-democratico si è tradotta in configurazioni spesso critiche dei rapporti tra istituzioni, dando luogo a due baricentri di potere egualmente forti e contrapposti – Presidente e Parlamento – ed all'assenza di meccanismi (in capo ai poteri legislativo e giudiziario) in grado di controbilanciare la preminenza di quello presidenziale⁸⁶: si pensi, su tutti, al fatto che le Costituzioni latinoamericane hanno sovente riconosciuto al Presidente un potere di iniziativa legislativa (in certe materie addirittura esclusivo)⁸⁷, nonché quello di legiferare tramite decreto – anche in assenza di delega previa – confermando un dominio personalista che si pone come retaggio di un *caudillismo* di matrice militare storicamente presente nelle citate realtà⁸⁸. Infine, va considerato che

⁸³ L. Mezzetti, *Corrosione e declino della democrazia*, in DPCE, fascicolo speciale, 2019, p. 423. G. de Vergottini, *Diritto costituzionale comparato*, Padova, 2022, p. 502, ha parlato di una «forma di governo detta ‘presidenzialista’, cioè a netta preminenza presidenziale [...] caratterizzata dalla preminenza del capo dello Stato ma anche dalla presenza di istituti propri della forma di governo parlamentare».

⁸⁴ Sul punto, si è fatto riferimento ad una «dissociazione piuttosto evidente tra forma e sostanza, in una sorta di parallelismo attuativo del disegno politico e giuridico voluto originariamente dal Costituente che ha le proprie ricadute sulla conformazione dell'assetto dei poteri statali, tra cui quello presidenziale» (S. Gianello, *Funzioni e responsabilità del Capo dello Stato nelle giurisprudenze costituzionali*, Torino, 2018, p. 7).

⁸⁵ Cfr. E. Ceccherini, *Le democrazie incerte in America Latina. Le ragioni di un mancato consolidamento*, in DPCE online, 3, 2020, p. 4057-4078 e L. Mezzetti, *Le democrazie incerte*, Torino, 2000, p. 331 ss.

⁸⁶ Per J.J. Linz, *The Perils of Presidentialism*, in *Journal of Democracy*, 1(1), 1990, p. 53, «since both derive their power from the votes of the people in a free competition among well-defined alternatives, a conflict is always possible and at times may erupt dramatically. There is no democratic principle on the basis of which it can be resolved». In proposito, vedi anche J.J. Linz – A. Valenzuela (a cura di), *Il fallimento del presidenzialismo*, Bologna, 1995.

⁸⁷ Cfr. M.L. Santos – A. Pérez-Liñan – M. García Montero, *El control presidencial de la agenda legislativa en América Latina*, in *Revista de ciencia política*, 34(3), 2014, p. 511-536 e M. García Montero, *La actividad legislativa en América Latina: sobre el papel reactivo y proactivo de Presidentes y Parlamentarios*, in *Lateinamerika Analysen*, 17(2), 2007, p. 1-31.

⁸⁸ Ricorda L. Mezzetti, *Ruolo ed evoluzione del Parlamento nei sistemi presidenziali latino-americani*, in R. Tarchi, *Parlamenti e parlamentarismi nel Diritto Comparato*, Itinerari della comparazione, Quaderni della

spesso l'univocità ed omogeneità istituzionale del potere esecutivo si sovrappone a modelli assembleari pluripartitici e ad una mancata coincidenza temporale tra elezioni presidenziali ed assembleari: ciò comporta la presenza di Parlamenti frammentati ed una asincronia tra i due poli del potere politico, con situazioni di stasi e conflitti costanti⁸⁹.

Il secondo profilo attiene alla diffusione di contesti di *rule of law backsliding* e ad alcuni interventi del potere giudiziario decisivi al fine del loro consolidamento⁹⁰. È infatti indubbio che, al di là di una instabilità politica che caratterizza in modo strutturale quasi tutti gli Stati latinoamericani, nel continente si sono consolidate indubbie realtà dittatoriali (Venezuela e Nicaragua) e modelli a tendenza sempre più autocratica (El Salvador e Guatemala)⁹¹.

Gli esempi di Bolivia e El Salvador sono a tal proposito emblematici. Rispetto al modello boliviano, la dottrina ha parlato, in relazione al lungo periodo di governo di Morales (2006-2019), di un sistema ad autocrazia competitiva⁹² – in quanto caratterizzato da «*unfree and unfair elections, regime-sponsored violations of civil rights, and an uneven playing field of competition*»⁹³ – o di populismo autoritario con venature plebiscitarie⁹⁴. Il risultato finale, dimostrato dalla sentenza del TCP del 2017, è stato l'assoggettamento del potere giudiziario a quello politico, in detrimento della separazione dei poteri e di una giustizia indipendente. In ogni caso, il *fil rouge* che unisce tra loro regressione democratica e controllo del potere giudiziario è rappresentato da un utilizzo plebiscitario degli strumenti di democrazia rappresentativa, sublimati da un

Rivista DPCE Online, 2020, p. 113, che «più che in un sistema di ‘contrappesi’, la relazione tra esecutivo e legislativo si convertì in una situazione di ‘mutuo blocco’».

⁸⁹ Vedi S. López, *Partidos desafiantes en América Latina: representación política y estrategias de competencia de las nuevas oposiciones*, in *Revista de Ciencia Política*, 25(2), 2005, p. 37-64. Sui rapporti tra presidenzialismo e multipartitismo, vedi anche D. Chasqueti, *Democracia, Multipartidismo y Coaliciones: evaluando la difícil combinación*, in J. Lanzaro (cur.), *Tipos de presidencialismo y coaliciones políticas en América Latina*, Buenos Aires, 2001, p. 319 ss.

⁹⁰ R.E. Bowen, *The Achilles Heel of Democracy: Judicial Autonomy and the Rule of Law in Central America*, Cambridge, 2017.

⁹¹ Nel caso guatemalteco, almeno sino alla investitura del Presidente Bernardo Arévalo (15 gennaio 2024): sulle ultime vicende relative alla *rule of law* in Guatemala, cfr. R.A. Schwartz – A. Isaacs, *How Guatemala Defied the Odds*, in *Journal of Democracy*, 34(4), 2023, p. 21 ss.

⁹² A. Riaz – M. Sohel Rana, *Bolivia: A Miracle Turning into a competitive Autocracy*, in A. Riaz – M. Sohel Rana (a cura di), *How Autocrats Rise. Sequences of Democratic Backsliding*, Singapore, 2024, p. 83-112.

⁹³ Cfr. O. Sánchez-Sibony, *Competitive Authoritarianism in Morales's Bolivia: Skewing Arenas of Competition*, in *Latin American Politics and Society*, 63(1), 2021, p. 137.

⁹⁴ R.A. Mayorga, *Populismo autoritario y transición regresiva: la dictadura plebiscitaria en la región andina*, in *Revista Latinoamericana de Política Comparada*, 12, 2017, p. 39 ss.

sistema di elezione popolare dei giudici – filtrati, in sede di candidatura, dal Parlamento – che non ha eguali al mondo⁹⁵.

La situazione è ancor più complicata in El Salvador. In concreto, lo Stato si trova sottoposto a un regime di eccezione continuo, essendo questo prorogato dall'Assemblea legislativa ogni volta in cui viene meno la sua durata ordinaria di trenta giorni (art. 30 Cost.); nel merito, si tratta di una misura particolarmente afflittiva, in quanto la sua applicazione comporta la possibile sospensione di libertà costituzionali, quali quella di movimento (art. 5 Cost.), di espressione (art. 6 Cost.), di associazione e riunione (art. 7 Cost.), di segretezza della corrispondenza (art. 24 Cost.)⁹⁶. In parallelo, è altresì prevista la limitazione delle garanzie al giusto processo (art. 12, comma 2, Cost.) – *sub specie* di informazioni circa i propri diritti in caso di arresto, le ragioni dello stesso e l'assistenza di un avvocato – e l'estensione della durata dello stato di detenzione amministrativa da settantadue ore fino ad un massimo di quindici giorni (art. 13.2 Cost.), qualora così lo disponga l'Assemblea a maggioranza dei tre quarti.

Con decreto n. 333 del 27 marzo 2022, El Salvador è entrato – a seguito di una grave crisi di pubblica sicurezza, determinata dalle attività criminali delle bande locali (*maras*) – nel descritto *régimen de excepción* (tuttora in corso)⁹⁷, in forza del quale è stata disposta la limitazione dei diritti di riunione e associazione, giusto processo e segretezza della corrispondenza, nonché l'estensione del regime ordinario di detenzione amministrativa⁹⁸. Lo Stato sembra quindi correre lungo un crinale pericoloso, in cui l'enorme popolarità e condivisione sociale delle politiche securitarie del Presidente Bukele⁹⁹ si intreccia con un modello istituzionale nel quale non esiste più – soprattutto all'indomani delle elezioni del 2024 – alcun contrappeso (né politico, né giudiziario) al suo potere assoluto e ad un rispetto dei diritti fondamentali che è esplicitamente considerato recessivo rispetto alle fondamentali garanzie dello Stato di diritto¹⁰⁰.

⁹⁵ In questi termini, tutte le candidature alle elezioni giudiziarie del 2017 sono state decise in solitaria dalla super-maggioranza qualificata del MAS.

⁹⁶ Art. 29 Cost.

⁹⁷ Da ultimo, l'8 agosto 2024 lo stato di eccezione è stato confermato per la ventinovesima volta consecutiva.

⁹⁸ In parallelo, al fine di combattere il medesimo fenomeno anche l'Honduras ha applicato lo stato di eccezione dal 6 dicembre 2022 (sulla base di quanto disposto dall'art. 187 Cost.), tuttora in vigore.

⁹⁹ Il caso più emblematico è rappresentato dalla costruzione del *Centro de Confinamiento del Terrorismo* (CECOT), un super-carcere in grado di accogliere contemporaneamente fino a 40.000 detenuti: in particolare, secondo i dati forniti da <https://www.prisonstudies.org/>, El Salvador è oggi lo Stato con la più elevata proporzione di detenuti al mondo rispetto alla popolazione (1086 detenuti ogni 100.000 abitanti, per un totale di 71.000 detenuti ca.). In parallelo, il numero di omicidi volontari è diminuito drasticamente, passando da 38 omicidi per ogni 100.000 abitanti nel 2019 a 2,4 nel 2023.

¹⁰⁰ Ad esempio, con Decreto no. 803 del 31 luglio 2023, art. 1, è prevista la possibilità di celebrare un unico processo penale nei confronti di persone detenute durante lo stato di eccezione e riconducibili

Daniele Camoni

*I confini della rielezione presidenziale in Bolivia e El Salvador,
tra limiti in Costituzione e (judicial) abusive constitutionalism*

Nei descritti contesti politico-giuridici, le incredibili dichiarazioni di incostituzionalità della Costituzione – attraverso l’annullamento dei limiti espliciti alla rielezione presidenziale – rappresentano tasselli ulteriori di una complessiva regressione democratica rispetto alla quale non sembrano purtroppo esservi in questo momento limiti, difettando quelle condizioni “naturali” che dovrebbero fungere da argine a tali derive, vale a dire «*a high level of judicial independence and institutional security, and a political context in which opposition forces are relatively strong and well-organized, and thus simply in need of additional time, symbolic support—or a focal point for action—in order to succeed in defeating attempts at abusive constitutional change*»¹⁰¹. In questi termini, è stata sostenuta – attraverso l’applicazione di elementi empirici (V-Dem corruption index, PIB pro capite e incremento annuale, inflazione, coefficiente di Gini) – l’esistenza di una correlazione latinoamericana tra i temi della rielezione e la qualità democratica dei rispettivi paesi, affermandosi che «*las opciones de reelección presidencial más restrictivas (no reelección y reelección alterna) tienen relación positiva con el índice de democracia liberal*», e, in via uguale e contraria, che «*las más permisivas (reelección inmediata e indefinida) tienen relación negativa con el mismo*»¹⁰².

In conclusione, il limite costituzionale alla rielezione presidenziale in quasi tutti gli Stati dell’America Latina trova la sua origine in un preciso contesto storico e mantiene ancor di più il suo significato attuale alla luce degli sviluppi istituzionali descritti, nei quali la stessa “forma costituzionale” non riesce ad ergersi come barriera all’assalto dello Stato di diritto¹⁰³, avendo ceduto a poteri politici capaci di «*control the courts and use them to advance some legal theory that would extend term limits [...] or remove them entirely*»¹⁰⁴. Tuttavia, il fatto che l’incisione di tale principio sia derivata non tanto da una riforma “tradizionale” della Costituzione – operata dal Legislatore attraverso il rispettivo procedimento – bensì da un potere giudiziario capace di neutralizzare, applicando esso stesso una *unconstitutional Constitution doctrine*¹⁰⁵, il testo e il senso delle descritte limitazioni normative lascia aperto (riprendendo il celebre passo della VI Satira di Giovenale) un interrogativo fondamentale: *quis custodiet ipsos custodes?* Ogni riferimento alla necessaria protezione di Costituzioni e Corti costituzionali¹⁰⁶ – tra le

alla medesima organizzazione terrorista o illecita, in una sorta di giudizio “collettivo” dal quale scompare ogni profilo di responsabilità personale.

¹⁰¹ D. Landau – R. Dixon, *Constraining Constitutional Change*, cit., p. 889.

¹⁰² M.A. Torrico Terán, *Reelección presidencial y retroceso democrático en América Latina*, in *Revista Mexicana de Ciencias Políticas y Sociales*, 251, 2024, p. 94.

¹⁰³ Oltre il contesto latinoamericano, cfr. A. Baturo – R. Elgie (eds.), *The Politics of Presidential Term Limits*, Oxford, 2019.

¹⁰⁴ M. Versteeg – T. Horley – A. Meng – M. Guim – M. Guirguis, *The Law and Politics of Presidential Term Limit Evasion*, in *Columbia Law Review*, 120 (1), 2020, p. 231.

¹⁰⁵ Per una lettura critica, D. Landau – Y. Roznai – R. Dixon, *Term Limits and the Unconstitutional Constitutional Amendment Doctrine: Lessons from Latin America*, in A. Baturo – R. Elgie, *op. cit.*, p. 53 ss.

¹⁰⁶ Cfr. P. Castillo-Ortiz – Y. Roznai, *The Democratic Self-Defence of Constitutional Courts*, in *ICL Journal*, 18(1), 2024, p. 1-24 e D. Landau – R. Dixon, *Abusive Judicial Review*, cit., p. 1375 ss., i quali

Daniele Camoni

*I confini della rielezione presidenziale in Bolivia e El Salvador,
tra limiti in Costituzione e (judicial) abusive constitutionalism*

sabbie mobili del populismo (al confine con pericolose derive autoritarie), come dimostrano i casi di Bolivia e El Salvador – e al corretto ruolo di queste ultime è puramente casuale.

ABSTRACT: The present article aims at analysing the issue of constitutional limits to the re-election of the President of the Republic in Latin America, with particular attention to the cases of Bolivia and El Salvador. Specifically, it will be highlighted the fact that the Constitutional/Supreme Courts – “captured” by the political power – have assumed a real “constituent role” that does not belong to them and that, through the use of (apparently) legal arguments, have modified the contents of the same Constitutions of which they are custodians. In contexts in which (judicial) abusive constitutionalism and democratic regression overlap, it is more urgent than ever to protect Constitutions and Constitutional Courts.

KEYWORDS: Presidential re-election – Bolivia - El Salvador - abusive constitutionalism - rule of law.

Daniele Camoni – Ricercatore in Diritto pubblico comparato, Università degli Studi di Milano (daniele.camoni@unimi.it)

suggeriscono di intervenire sui procedimenti di nomina delle Corti («from a liberal democratic starting point»: *ivi*, p. 1378) e auspicano un maggiore coinvolgimento degli attori internazionali nella difesa dello Stato di diritto a livello nazionale.

**Generare e non creare?
Spunti per una comparazione sulla regolazione
dell'intelligenza artificiale generativa tra Stati Uniti,
Repubblica Popolare Cinese e Unione Europea***

Davide Clementi

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Le proposte di legge sull'IA negli Stati Uniti: un decennio di tentativi regolatori. – 3. (Segue) Autorialità umana v. intelligenza artificiale alla luce del caso *Théâtre D'opéra Spatial*. – 4. La regolazione degli algoritmi e della *deep synthesis* nella Repubblica Popolare Cinese. – 5. (Segue) Il reg. (CAC) n. 15/2023 sull'IA generativa. – 6. (Segue) Beijing Internet Court: opere e voci generate dall'IA, ma creazione e personalità pertengono all'essere umano. – 7. Creazioni assistite e creazioni autonomamente generate dall'IA: la prospettiva europea. – 8. (Segue) Le IA generative nell'*Artificial Intelligence Act*. – 9. Soluzioni tradizionali e dilemmi nuovi tra creatività umana e generatività artificiale: riflessioni conclusive.

1. *Introduzione*

L'intelligenza artificiale (IA)¹ sta penetrando tutti gli aspetti del vivere umano e sociale, comprese le attività produttive di valore, di conoscenza e

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

¹ Più di recente, l'Unione Europea (di cui si dirà *infra* § 8) ha dato al sistema di IA la definizione di «sistema automatizzato progettato per funzionare con livelli di autonomia variabili e che può presentare adattabilità dopo la diffusione e che, per obiettivi espliciti o impliciti, deduce dall'input che riceve come generare output quali previsioni, contenuti, raccomandazioni o decisioni che possono influenzare ambienti fisici o virtuali», art. 3(1), Regolamento (UE) 2024/1689 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 giugno 2024, che stabilisce regole armonizzate sull'intelligenza artificiale, di seguito indicato come “AI Act”; com'è noto, d'altra parte è assente una definizione universalmente condivisa di intelligenza artificiale. D'altronde, alcuni ritengono che l'assenza di una definizione comune possa essere tra i motivi del successo delle tecnologie di intelligenza artificiale, come P. Stone *et al.*, *Artificial Intelligence and Life in 2030: The One Hundred Year Study on Artificial Intelligence*, Stanford University, 2016: «Curiously, the lack of a precise, universally accepted definition of AI probably has helped the field to grow, blossom, and advance at an ever-accelerating pace. Practitioners, researchers, and developers of AI are instead guided by a rough sense of direction and an

di cultura. L'IA ha notevolmente aumentato l'efficienza produttiva, automatizzando la realizzazione di un prodotto o di un servizio, razionalizzando i costi e massimizzando il profitto che se ne ricava, scardinando il rapporto tra uomo e macchina e riducendo la quantità di lavoro necessaria per completare attività e processi prima demandati principalmente all'agire umano².

Al netto degli indubbi vantaggi economici, un'IA sempre più intelligente ed efficiente solleva interrogativi etici, sociali e giuridici. D'altronde, qualsiasi grande rivoluzione tecnologica in grado di modificare il modo con cui le società producono beni e servizi arreca mutamenti profondi anche agli istituti che regolano e tutelano le attività economiche e sociali connesse a quei modi di produzione. Ciò è stato vero sin dalle

*imperative to 'get on with it'». Il rapporto della Stanford University compie esplicito rimando al seminale lavoro di A.M. Turing, *Computing Machinery and intelligence*, in *Mind*, 59(236), 1950, p. 433-460, ove il genio inglese propone per la prima volta il suo «*Imitation Game*». Domandandosi «*Can machines think?*», il matematico pospone anzitutto dei quesiti definitivi attorno ai termini «*machine*» e «*think*», asserendo che «*[t]he definitions might be framed so as to reflect so far as possible the normal use of the words, but this attitude is dangerous. If the meaning of the words 'machine' and 'think' are to be found by examining how they are commonly used it is difficult to escape the conclusion that the meaning and the answer to the question, 'Can machines think?' is to be sought in a statistical survey such as a Gallup poll*». A tale questione, descritta da Turing stesso come *absurd*, egli propone l'ormai celeberrimo *Imitation Game*: una persona e una macchina, poste in stanze separate, cercano di convincere un terzo soggetto (*interrogator*) che l'una è l'altra, e viceversa. Se la macchina è in grado di imbrogliare l'*interrogator*, allora si potrà rispondere affermativamente al quesito «*can machines think?*». La dottrina si è a lungo interrogata sui risvolti giuridici dell'*Imitation Game*, ex multis J.C. Joerden, *Maschinen mit Würde: Thesen zu einem Turing-Test für Würde*, in *Jahrbuch für Recht und Ethik*, 20, 2012, p. 311-318; C.F. Huws, *Command Theory, Control and Computing: A Playwright's Perspective on Alan Turing and the Law*, in *Liverpool Law Review*, 35(1), 2014, p. 7-24; S. McManus, *Machine Learning and Fintech*, in *Georgetown Law Technology Review*, 1(2), 2017, p. 428-435; S. Shankar, *Looking into the Black Box: Holding Intelligent Agents Accountable*, in *NUJS Law Review*, 10(3), 2017, p. 451-514; B. Rossler, *Mark of the Human: On the Concept of the Digital Human Being*, in *European Data Protection Law Review*, 5(2), 2023, p. 157-160.*

² Cfr. Cons. Stato, 25 novembre 2021, n. 7891, dove l'automazione viene letta come la «predisposizione di sistemi di azione e controllo idonei a ridurre, in misura diversa, grado e frequenza dell'intervento umano nello svolgimento di una data attività», mentre l'intelligenza artificiale costituisce un algoritmo che «contempla meccanismi di *machine learning* e crea un sistema che non si limita solo ad applicare le regole software e i parametri preimpostati (come fa invece l'algoritmo "tradizionale") ma, al contrario, elabora costantemente nuovi criteri di inferenza tra dati e assume decisioni efficienti sulla base di tali elaborazioni, secondo un processo di apprendimento automatico» (annotata da G. Gallone, *Il Consiglio di Stato marca la distinzione tra algoritmo, automazione ed intelligenza artificiale*, in *Diritto di Internet*, 1, 2022, p. 157-161).

Davide Clementi

Generare e non creare? Spunti per una comparazione sulla regolazione dell'intelligenza artificiale generativa tra Stati Uniti, Repubblica Popolare Cinese e Unione Europea

rivoluzioni agricole e industriali del passato, e lo è a maggior ragione con l'attuale rivoluzione digitale.

Infatti, le precedenti rivoluzioni tecnologiche hanno teso a liberare l'uomo dal fardello del lavoro manuale, alterando solo in parte la produzione culturale, intesa quale serie di processi attraverso cui una società realizza, rende riproducibili attraverso l'impiego di metodi industriali³ e mette in circolazione idee, concetti, beni, servizi e pratiche intrinsecamente dotati di un contenuto collettivamente riconoscibile come artistico, culturale o creativo⁴. Tuttavia, il diffuso utilizzo delle IA ha innescato mutamenti anche nelle attività creative umane, da cui discende il carattere distintivo della rivoluzione dell'intelligenza artificiale: la storica divisione fra lavoro manuale e lavoro intellettuale – tra un lavoro che crea beni materialmente tangibili e un lavoro che produce idee e cultura⁵ – viene ricomposta nel senso però della possibilità tecnica della liquidazione dell'agente umano, della riduzione, dell'alterazione ovvero della fine degli sforzi produttivi umani intellettuali e creativi, oltre che materiali e manuali.

Nelle fasi iniziali del suo sviluppo, l'intelligenza artificiale si limitava a sostituire l'uomo in compiti elementari, relativi principalmente a processi oggettivi, contabili e meccanizzati. Oggi, al contrario, con intelligenze artificiale addestrate attraverso *dataset* in grado di rielaborare e di apprendere dai dati che le vengono forniti (*deep learning*), la soggettività e la creatività del pensiero umano, prima ritenute eguagliabili solo in scenari fantascientifici, diventano parzialmente o totalmente sostituibili dall'attività produttiva delle IA generative. L'IA generativa sta, così, liberando la produttività intellettuale e creativa dell'uomo dalle limitazioni biologiche e neurologiche del cervello umano, sintetizzando algoritmicamente e in pochi istanti i sensi, la percezione, i gusti che solo la mente umana in passato era capace di rendere in un prodotto creativo. Attraverso la digitazione di semplici righe di testo (*prompts*) è possibile generare nel giro di qualche secondo da una IA prodotti dal contenuto creativo che in precedenza erano appannaggio

³ Si veda M. Horkheimer – T.W. Adorno, *Dialettica dell'Illuminismo*, Torino, 1966, ove i due esponenti della Scuola di Francoforte utilizzano per primi l'espressione "industria culturale" per riferirsi a un sistema di procedimenti legati all'avvento dei media e della cultura di massa nel quale la standardizzazione e la razionalizzazione nella produzione e nella distribuzione delle merci rendono la cultura una merce di scambio, riproducibile in processi di carattere industriale e commercializzabile sul mercato.

⁴ S. Johnson Andrews, *The Cultural Production of Intellectual Property Rights*, Philadelphia, 2019.

⁵ Cfr. J.E. Cairnes, *Some leading principles of political economy*, London, 1874; L. Firpo, *Il concetto del lavoro ieri, oggi, domani*, Torino, 1977.

Davide Clementi

Generare e non creare? Spunti per una comparazione sulla regolazione dell'intelligenza artificiale generativa tra Stati Uniti, Repubblica Popolare Cinese e Unione Europea

esclusivamente dell'ingegno umano. Si parla, così, di *AI-generated outputs*, ovvero di «risultati realizzati da sistemi computazionali che hanno la libertà di prendere decisioni durante il processo di generazione del risultato attraverso l'integrazione della capacità di percepire, astrarre, spiegare e ragionare da soli, con minimi (o nulli) interventi umani e sviluppando la propria comprensione del mondo reale»⁶.

L'attrito tra intelligenze artificiali in grado ormai di generare prodotti dal contenuto creativo e tutela della creatività e dell'ingegno umano sta suscitando l'intervento degli ordinamenti di tutto il mondo. Fra di essi, le esperienze più avanzate, anche in ragione della loro supremazia tecnologica nel campo, sono rappresentate dagli Stati Uniti d'America, dalla Repubblica Popolare Cinese e dall'Unione Europea⁷.

Nelle pagine che seguono si prenderanno ad esame i diversi approcci dei tre ordinamenti summenzionati, con lo scopo principale di indagare se la generazione di contenuto da parte delle intelligenze artificiali possa essere tutelata giuridicamente o trova tutela giuridica in queste esperienze al pari della creatività dell'uomo.

2. Le proposte di legge sull'IA negli Stati Uniti: un decennio di tentativi regolatori

Nell'esperienza statunitense⁸, i primi interventi in materia di IA generativa risalgono al 2016, quando l'amministrazione Obama emana la

⁶ Così N. Naim, *Developments in Intellectual Property Strategy. The Impact of Artificial Intelligence, Robotics and New Technologies*, Cham, 2024.

⁷ *Ex multis*, v. S. Aceto di Capriglia, *Intelligenza artificiale: una sfida globale tra rischi, prospettive e responsabilità. Le soluzioni assunte dai governi unionale, statunitense e sinico. Uno studio comparato*, in *Federalismi*, 9, 2024, p. 1-38. G. Finocchiaro – L. Balestra – M. Timoteo (eds.), *Major Legal Trends in the Digital Economy*, Bologna, 2022; più nello specifico, circa i modelli regolatori dell'IA, G. Finocchiaro, *Intelligenza artificiale. Quali regole?*, Bologna, 2024.

⁸ In questa sede ci si limiterà a valutare l'esperienza statunitense al livello federale. Com'è noto, dal 2019 diciassette stati hanno approvato ventinove leggi che regolano la progettazione, lo sviluppo e l'uso dell'IA, con particolare attenzione ai temi della *privacy* e alla responsabilità nello sviluppo e nell'uso dell'IA. Tra le esperienze più significative si può citare quella dello Stato di Washington, il *People's Privacy Act* (HB 1616) cerca di proibire il *profiling* basato sull'IA in luoghi pubblici e l'uso di tale tecnologia per decisioni con efficacia giuridica, delineando chiaramente i requisiti per una maggiore trasparenza e *accountability*; con la *Local Law 144-21*, New York City ha adottato, per la prima volta a livello municipale, una legge che richiede che gli AEDT (*automated employment decision tool*), impiegati per assistere o sostituire la decisione discrezionale umana nell'ambito dei processi di selezione

prima versione del *National AI R&D Strategic Plan*⁹. Non senza la critica di una dottrina minoritaria¹⁰, è possibile notare sin da subito la tendenza all'inazione regolatoria sospinta da principi libero-mercantisti e dalle superiori esigenze di sviluppo: le presidenze statunitensi che si sono succedute nell'ultimo decennio, infatti, hanno preferito adottare politiche volte da un lato a evitare l'intervento del decisore, le cui «azioni regolatorie o non regolatorie» avrebbero potuto in astratto «ostacolare [...] l'innovazione e la crescita dell'IA»¹¹; dall'altro, si è preferito intervenire solo a protezione della sicurezza economica e nazionale, riaffermando i «valori Americani» di fronte alle minacce d'ordine geopolitico, scientifico, ma pure giuridico, provenienti da avversari globali, *in primis* dalla Cina¹².

Diversa è invece l'attitudine, finora mai cristallizzatasi in un provvedimento di legge approvato, mostrata dal Congresso, dove numerose sono le proposte di legge presentate che intenderebbero regolare l'intelligenza artificiale: si va dalle 47 del 115° Congresso (biennio 2017-

della forza lavoro, siano sottoposti a un *bias audit* contestualmente agli obblighi di notifica e divulgazione pubblica dei risultati degli *audit*; In Florida, la proposta di legge SB 850, introdotta dal repubblicano Nick DiCeglie, mira a vietare i *deepfake* elettorali realizzati per mezzo delle IA generative, richiedendo la divulgazione dell'uso dell'IA nei contenuti digitali delle campagne politiche ed elettorali. Per una rassegna preliminare si rimanda a T. Rudiyanto *et al.*, *Ethical and Legal Concerns of Artificial Intelligence in the Workplace: Examining Current Legislations in the United States*, in *Lex Publica*, 10(1), 2023, p. 84-100; per un focus sulla normativa e la pratica nel c.d. *Lone Star State*, X. Rodriguez, *Artificial Intelligence (AI) and the Practice of Law in Texas*, in *State of Texas Law Review*, 63, 2023, p. 1 ss.

⁹ National Science and Technology Council e Networking and Information Technology Research and Development Subcommittee, *The National Artificial Intelligence Research and Development Strategic Plan*, ottobre 2016, p. 23; seguirà il *National AI R&D Strategic Plan 2019 (Update 2)*, dove non si «describe or recommend policy or regulatory actions related to the governance or deployment of AIs».

¹⁰ S.J. Shacelford, *Governing the Internet of Everything*, in *Cardozo Arts and Entertainment Law Journal*, 37, 2019, p. 702-703; J. Ellul, *Should we regulate Artificial Intelligence or some uses of software?*, in *Discover Artificial Intelligence*, 2(1), 2022.

¹¹ United States Office of Management and Budget, *Memorandum for the Heads of Executive Departments and Agencies: Guidance for Regulation of Artificial Intelligence Applications*, Washington D.C., 2020

¹² Cfr. Exec. Order No. 14034, 86 Fed. Reg. 31423, 9 giugno 2021, on «Protecting Americans' Sensitive Data From Foreign Adversaries», p. 31423. Emanato dall'amministrazione Biden, l'Executive Order No. 14034 prosegue nella strategia di contenimento tecnologico, specie verso la Cina, identificando una serie di *potential indicators of risk* legati alla sicurezza nazionale e correlati all'uso di dispositivi tecnologici e dei *software* a essi connessi.

2018) a 162 nel 116° (2019-2020), a 216 nel 117° (2021-2022), fino alle 250 nell'attuale 118° Congresso (2023-2024)¹³.

Alcune di queste iniziative meritano d'essere segnalate per sommi capi. Ad esempio, l'*AI JOBS Act of 2018* aveva l'ambizione di definire per primo cosa si intendesse per intelligenza artificiale, affermando che anzitutto debba trattarsi di un sistema che «pensa come gli esseri umani, agisce come gli esseri umani» attraverso il superamento del test di Turing utilizzando l'elaborazione del linguaggio naturale, la rappresentazione della conoscenza, il ragionamento automatico e l'apprendimento; «pensa razionalmente (come i risolutori logici, l'inferenza e l'ottimizzazione); agisce razionalmente (come gli agenti software intelligenti e i robot incarnati che raggiungono gli obiettivi attraverso la percezione, la pianificazione, il ragionamento, l'apprendimento, la comunicazione, il processo decisionale e l'azione); o automatizza ovvero replica il comportamento intelligente»¹⁴.

Più di recente alcune proposte mirano invece a proibire specificamente l'uso nelle pubblicità dal contenuto politico di prodotti audiovisivi generati dalle *generative AI*¹⁵, mentre altre, come l'*AI Disclosure Act of 2023*, intendono proteggere il cittadino da una intrinseca vulnerabilità nella fruizione dei prodotti delle intelligenze artificiali generative, generalizzando un messaggio di *disclaiming* per tutti i prodotti *AI-generated*, sulla cui applicazione dovrà sorvegliare la *Federal Trade Commission* (FTC)¹⁶.

¹³ Analisi condotta attraverso la *repository* del Congresso www.congress.gov, indicando come stringa di ricerca "Artificial Intelligence" e limitando i risultati alle proposte di legge. In ogni caso va precisato che la *query* restituisce tanto risultati duplicati per i *Bill* presentati tanto nella *House of Representatives* quanto al *Senate*, quanto proposte di legge che citano anche solo una volta il termine *artificial intelligence* o, addirittura, solo uno dei due.

¹⁴ *Artificial Intelligence Job Opportunities and Background Summary Act of 2019 (AI JOBS Act of 2019)*, H.R. 2894, Sec. 4(1).

¹⁵ *Require the Exposure of AI-Led Political Advertisements Act of 2023*, 118th Congress, H.R. 3044; *To amend the Federal Election Campaign Act of 1971 to prohibit the distribution, with actual malice, of certain political communications that contain materially deceptive audio generated by artificial intelligence which impersonate a candidate's voice and are intended to injure the candidate's reputation or to deceive a voter into voting against the candidate, and for other purposes*, H.R. 4611, 118th Congress.

¹⁶ *AI Disclosure Act of 2023*, H.R. 3831, 118th Congress, Sec. 2(a): «Generative artificial intelligence shall include on any output generated by such artificial intelligence the following: "Disclaimer: this output has been generated by artificial intelligence."»; Altre proposte sono volte a creare *task force* per lo studio della *governance* dell'intelligenza artificiale, come l'*ASSESS AI Act of 2023*, S. 1356, 118th Congress, Sec. 2(a): «Not later than 90 days after the date of enactment of this Act, the President shall appoint a task force to assess the privacy, civil rights, and civil liberties implications of artificial intelligence».

Generare e non creare? Spunti per una comparazione sulla regolazione dell'intelligenza artificiale generativa tra Stati Uniti, Repubblica Popolare Cinese e Unione Europea

Ancora, il *bill* avanzato dal senatore repubblicano del Missouri Josh Hawley intende emendare la *Section 230* del *Title 47* dello *United States Code*. Da tempo attivo nell'emendare la *Section 230* e soprattutto la "Good Samaritan" *immunity clause* per la responsabilità civile degli *Internet Service Providers* (ISPs) nella rimozione di contenuti da essi giudicati in buona fede osceni, licenziosi, violenti o discutibili¹⁷, Hawley intende rimuovere specificamente per le compagnie impegnate nel settore dell'IA l'immunità prevista dalla *Section 230* per il risarcimento in sede civile o penale laddove vi sia stato l'uso o la fornitura di IA generativa¹⁸, andando in contrasto con un nascente orientamento della Corte Suprema¹⁹.

¹⁷ Cfr. *Ending Support for Internet Censorship Act*, S. 1914, 116th Congress, v. <https://www.congress.gov/bill/116th-congress/senate-bill/1914#>, e la sezione "Summary", dove si dichiara che «[t]he bill prohibits a large social media company from moderating information on its platform from a politically biased standpoint. Under current law, a social media company is generally immune from liability with respect to content posted on its platform by users and other content providers. However, the bill removes this statutory immunity unless the social media company obtains certification from the Federal Trade Commission that it does not moderate information on its platform in a manner that is biased against a political party, candidate, or viewpoints». A commento delle proposte emendative alla *Section 230* e di quella di Hawley, si veda C.J. Edwards, *Location-Based Marketing, Regulation of Home-Share Platforms, and Other Developments in Section 230 Immunity*, in *Business Lawyer*, 75(1), 2019-2020, p. 1667-1672; B. Goodwin, *Regulating Twitter as a Public Utility to Ensure Nondiscrimination*, in *Cumberland Law Review*, 50(2), 2020, p. 597-638; T. Bone, *How Content Moderation May Expose Social Media Companies to Greater Defamation Liability*, in *Washington University Law Review*, 98(3), 2021, p. 937-964. *Contra* l'*Ending Support for Internet Censorship Act* v. L.A. Coad, *Compelling Code: A First Amendment Argument against Requiring Political Neutrality in Online Content Moderation*, in *Cornell Law Review*, 106(2), 2021, p. 457-500.

¹⁸ *An Act to waive immunity under section 230 of the Communications Act of 1934 for claims and charges related to generative artificial intelligence*, S. 1193, 118th Congress. La proposta introdurrebbe pure nella medesima *Section 230* una definizione di IA generativa, ovverosia «an artificial intelligence system that is capable of generating novel text, video, images, audio, and other media based on prompts or other forms of data provided by a person» [Sec. (1)(2)].

¹⁹ Ci si riferisce a *Gonzales v. Google LLC*, 598 U.S. (2023), No. 21-1333, un'importante controversia concernente l'amplificazione dei contenuti sui *social network* da parte dell'intelligenza artificiale. Nell'atto di citazione a giudizio, veniva sostenuto che le società di social media dovrebbero essere legalmente responsabili per i contenuti dannosi promossi dai loro algoritmi. Google, convenuta in giudizio in qualità di controllante della piattaforma di video-streaming YouTube, sosteneva che il Congresso aveva già risolto la questione proprio attraverso la Sec. 230 del *Communications Decency Act (1996)*, che tutela le c.d. *content companies*. In una *per curiam opinion*, la Corte Suprema ha annullato e rinviato la sentenza della U.S. Court of Appeals for the Ninth Circuit, alla luce della decisione *Twitter, Inc. v. Taamneh*, 598 U.S. (2023), perché le richieste di responsabilità secondaria in questo caso sono materialmente simili.

Generare e non creare? Spunti per una comparazione sulla regolazione dell'intelligenza artificiale generativa tra Stati Uniti, Repubblica Popolare Cinese e Unione Europea

La proposta di legge consentirebbe, inoltre, di citare in giudizio nei tribunali federali o statali le imprese per presunti danni causati dai modelli di intelligenza artificiale. Sempre Hawley, più di recente, ha annunciato sul suo sito web ufficiale cinque principi guida per la «regolazione dell'IA nel futuro»²⁰: 1. diritto dei cittadini di citare in giudizio le aziende per i danni inflitti dai modelli di IA, al fine di responsabilizzare le aziende che sviluppano l'IA; 2. divieto per i modelli di IA di raccogliere dati personali sensibili senza il consenso dell'interessato; 3. limiti di età stringenti per l'utilizzo dell'IA da parte dei minori; 4. embargo delle tecnologie da e verso la Repubblica Popolare Cinese; 5. istituzione di un sistema di licenze per proteggere i consumatori e promuovere la trasparenza.

Infine, il leader della maggioranza democratica al Senato, Chuck Schumer, ha recentemente annunciato una proposta volta a posizionare gli Stati Uniti all'avanguardia nella regolazione dell'intelligenza artificiale, raccogliendo supporto bipartisan e da vari portatori d'interesse²¹. Questa iniziativa è motivata dai significativi avanzamenti della Repubblica Popolare Cinese sia nel campo tecnologico che in quello normativo, avvertendo l'attivismo giuridico-tecnologico della Cina come un segnale d'allarme per gli Stati Uniti e richiedendo un'azione urgente per mantenere il primato, tanto tecnologico quanto normativo.

²⁰ J. Hawley, *Hawley Announces Guiding Principles for Future AI Legislation*, <https://www.hawley.senate.gov/hawley-announces-guiding-principles-future-ai-legislation>, 7 giugno 2023. Gli sforzi di Hawley sono proseguiti con il coinvolgimento del Senatore di maggioranza Richard Blumenthal, v. *Hawley, Blumenthal Hold Hearing On Principles For Regulating Artificial Intelligence*, <https://www.hawley.senate.gov/hawley-blumenthal-hold-hearing-principles-regulating-artificial-intelligence>, 26 luglio 2023. Si veda pure C. Zakrzewski – N. Tiku, *AI companies form new safety body, while Congress plays catch-up*, in *The Washington Post*, <https://www.washingtonpost.com/technology/2023/07/26/ai-regulation-created-google-openai-microsoft/>, 26 luglio 2023.

²¹ *Schumer Launches Major Effort To Get Ahead Of Artificial Intelligence*, in *Senate Democrats*, 13 aprile 2023, in <https://www.democrats.senate.gov/newsroom/press-releases/schumer-launches-major-effort-to-get-ahead-of-artificial-intelligence>. Si rimanda altresì a Center for Strategic and International Studies, *Transcript. Event "Sen. Chuck Schumer Launches SAFE Innovation in the AI Age at CSIS"*, 21 giugno 2023, p. 6: «*The Chinese Communist Party, which [h]as little regard for the norms of democratic governance, could leap ahead of us and set the rules of the game for AI. Democracy could enter an era of steep declines*».

Generare e non creare? Spunti per una comparazione sulla regolazione dell'intelligenza artificiale generativa tra Stati Uniti, Repubblica Popolare Cinese e Unione Europea

3. (Segue) *Autorialità umana v. intelligenza artificiale alla luce del caso Théâtre D'opéra Spatial*

In attesa, dunque, di una regolazione di rango federale, agenzie governative e giudici si sono dovuti confrontare con le controversie che nascono dall'impiego delle intelligenze artificiali per lo svolgimento di attività solitamente demandate all'uomo, con la consapevolezza che, come ricordato dalla *Federal Trade Commission*, «[A] here is no AI exemption to the laws of the books»²².

Un esempio emblematico è il caso sorto attorno a *Théâtre D'opéra Spatial*, un'immagine creata nel 2022 dallo sviluppatore di videogiochi Jason Allen. Utilizzando la piattaforma di IA generativa Midjourney, alla quale Allen forniva oltre seicento *prompt*, e successivamente manipolando l'immagine con Adobe Photoshop, Allen partecipava e vinceva il primo premio nella categoria *Digital Arts* alla Fiera Statale del Colorado nell'agosto 2022. Questo successo suscitava le proteste degli artisti digitali non assistiti da IA, a cui Allen rispondeva fermamente di non aver «infranto alcuna regola»²³.

L'esito della competizione sarebbe stato diverso se a giudicare fosse stato lo *United States Copyright Office* (USCO)²⁴, l'ente governativo incaricato di registrare le rivendicazioni sul *copyright* che ha infatti negato per ben due volte la *copyrightability* dell'opera.

Inizialmente, Allen presentava domanda di registrazione dell'opera senza dichiarare che *Théâtre D'opéra Spatial* fosse stata realizzata mediante utilizzo di una IA generativa. Tuttavia, alla richiesta dell'USCO di maggiori informazioni sul procedimento di realizzazione dell'opera, diventata nota al competente esaminatore tramite le testate giornalistiche, Allen replicava di

²² Così si è espressa Lina M. Khan, direttrice della FTC, v. *FTC Chair Khan and Officials from DOJ, CFPB and EEOC Release Joint Statement on AI*, Federal Trade Commission, <https://www.ftc.gov/news-events/news/press-releases/2023/04/ftc-chair-khan-officials-doj-cfpb-eeoc-release-joint-statement-ai>, 25 aprile 2023. Il ruolo di guida nella regolazione dell'IA da parte delle agenzie federali, così come degli stati, sta venendo riconosciuto anche dagli analisti di settore, come dimostra Oxford Analytica, *Federal Agencies and States to lead on US AI rule*, Oxford, 2023; sul tema si rimanda più estesamente a G. Frosio, *Generative AI in court*, in N. Koutras – N. Selvadurai (eds.), *Recreating Creativity, Reventing Inventiveness*, London, 2024, p. 3-38.

²³ D. Harwell, *He Used AI to Win a Fine-Arts Competition. Was It Cheating?*, in *Washington Post*, <https://www.washingtonpost.com/technology/2022/09/02/midjourney-artificial-intelligence-state-fair-colorado/>, 2 settembre 2022.

²⁴ 17 U.S.C. 408, 701(a), 701(b)(2).

Davide Clementi

Generare e non creare? Spunti per una comparazione sulla regolazione dell'intelligenza artificiale generativa tra Stati Uniti, Repubblica Popolare Cinese e Unione Europea

aver impiegato prima Midjourney nella sua funzione text-to-image, poi gli strumenti di manipolazione digitale presenti in Adobe Photoshop e, infine, Gigapixel AI per aumentare la risoluzione e la dimensione dell'immagine. In seguito a tali rivelazioni, l'esaminatore richiedeva che le caratteristiche dell'opera generate tramite Midjourney fossero escluse dalla rivendicazione del *copyright*, contro cui Allen riaffermava il proprio diritto anche sulle parti dell'opera prodotte dal sistema di intelligenza artificiale. L'USCO, quindi, rifiutava la registrazione in prima istanza, asserendo che il deposito riguardasse non solo la presunta paternità di Allen (*alleged authorship*), ma includesse pure «i contributi inestricabilmente fusi e inseparabili» sia di Allen che di Midjourney.

Nel luglio 2023, Allen presentava istanza di revisione al *Review Board* dell'USCO²⁵, sostenendo che l'USCO avesse errato nel considerare l'immagine generata da Midjourney come mancante del necessario attributo dell'autorialità umana, essenziale per ottenere la protezione del *copyright* e asserendo, d'altra parte, che l'inserimento di una serie di *prompt* e la successiva manipolazione rappresentassero tutti segni di un «input creativo [...] alla pari di quello espresso da altrettanti artisti e meritevole di tutela». Inoltre, secondo Allen la dottrina del *fair use* consentiva la registrazione dell'opera, dal momento che consentirebbe l'uso trasformativo di materiale protetto dal *copyright*, come nel caso dell'opera da lui realizzata. Infatti, il risultato *text-to-image* fornito da Midjourney altro non sarebbe che «materiale grezzo» (*raw material*) da cui lui, in qualità di artista, aveva “sbozzato” digitalmente l'opera finita grazie ai propri contributi artistici. Pertanto, *Théâtre D'opéra Spatial*, indipendentemente dall'idoneità alla registrazione, doveva essere registrata valutando come idoneo il prodotto finito in sé, cioè l'integralità dell'opera risultante al termine del lavoro manipolativo. L'USCO non doveva effettuare un «giudizio di valore sull'utilità dei vari strumenti» impiegati, che, d'altro canto, avrebbe comportato per i *creator* da un lato, in caso di rifiuto, un «vuoto di proprietà», dall'altro un indebito effetto oneroso per via dell'elencazione di «ogni strumento e la proporzione dell'opera creata attraverso» i *software* digitali e le IA generative.

Com'è noto, la tutela delle creazioni intellettuali nel *copyright* statunitense (e generalmente nei sistemi di *common law*) è tradizionalmente legata all'asseveramento del requisito del “sudore della fronte” (*sweat of the brow*) impiegato dall'autore nella realizzazione e nell'estrinsecazione sul

²⁵ 37 C.F.R. § 202.5(c).

Davide Clementi

Generare e non creare? Spunti per una comparazione sulla regolazione dell'intelligenza artificiale generativa tra Stati Uniti, Repubblica Popolare Cinese e Unione Europea

supporto materiale-digitale del prodotto del proprio lavoro intellettuale²⁶, di cui è presupposto l'autorialità (*authorship*), per ciò intendendosi la creazione dell'opera da parte di un essere umano. Per tale motivo, in passato, l'autorialità è stata negata alla fotografia scattata da una scimmia²⁷, all'elefante che dipinge un murales, o, come si spinge ad affermare provocatoriamente lo stesso USCO, la «domanda [di protezione] per una canzone che nomina lo Spirito Santo come autore dell'opera»²⁸.

Esprimendosi sul tema in una guida, l'USCO ribadisce che il *copyright* protegge esclusivamente materiale che rappresenta il «prodotto della creatività umana», come del resto espresso sia nella Costituzione degli Stati Uniti d'America che nel *Copyright Act*, dove viene esclusa l'autorialità non umana e limitata la registrazione delle opere a quella particolare «categoria di persone» rappresentata dall'autore, ovvero sia «colui al quale ogni cosa deve la sua origine; l'originatore; il creatore; colui che porta a termine un'opera scientifica o letteraria»²⁹.

²⁶ Cfr. *Feist Publications, Inc. v. Rural Tel. Service Co.*, 499 U.S. 340, 111 S. Ct. 1282 (1991), ove veniva riconosciuto fra i due attributi dell'*originality* – il «*sine qua non of copyrights*» – oltre alla realizzazione autoriale di una selezione ovvero di una disposizione indipendente dalla copia dell'opera altrui, anche un livello minimo di creatività («*some minimal level of creativity*»); *Macmillan v. Cooper* (1924) 16 Bom. HC 292, 40 TLR 186-188, (India), par. 17: «*To secure copyright [...] it is necessary that the labour, skill and capital expended should be sufficient to impart to the product some quality or character which the raw material did not possess, and which differentiates the product from the raw materials.*»

²⁷ *NARUTO v. Slater*, 888 F.3d 418 (9th Cir. 2018), in cui il *Ninth Circuit* si trovava di fronte ad una richiesta di violazione del *copyright* avanzata da un animale, un macaco crestato di nome Naruto, che viveva in una riserva naturale in Indonesia. Nel 2011, Naruto trovava una macchina fotografica lasciata nella riserva dal fotografo David Slater, poi convenuto, e attraverso l'apparecchiatura realizzava un autoscatto. Nel 2014, presumibilmente dopo aver trovato la fotocamera con i *selfie* di Naruto, Slater e gli altri imputati pubblicavano un libro contenente i *selfie*. Gli imputati si dichiaravano titolari del *copyright* sui *selfie*, anche se ammettevano che le foto erano state scattate da Naruto. Tuttavia, la corte ha ritenuto che il *Copyright Act* non conferisse capacità d'agire ad animali diversi dagli esseri umani.

²⁸ U.S. Copyright Office, *Compendium of U.S. Copyright Office Practices*, 3^a ed., Washington D.C., gennaio 2021, § 313.2; l'affermazione è del tutto coerente con quanto deciso in *Urantia Found. v. Kristen Maaberra*, 114 F.3d 955, 957-59 (9th Cir. 1997), dove la corte sosteneva che «qualche elemento della creatività umana deve essersi verificato affinché il Libro sia soggetto a *copyrights*» poiché «non sono le creazioni di esseri divini che le leggi sul *copyright* intendevano proteggere».

²⁹ *Burrow-Giles Lithographic Co. v. Searcy*, 111 U.S. 53 (1884), dove viene fatta menzione della decisione della *House of Lords* in *Donaldson v. Becket* (1774) [House of Lords,

Da ciò deriva che non conta tanto lo strumento che l'autore impiega per la realizzazione dell'opera, sia esso un utensile, un computer o qualsiasi altro dispositivo, ma che tale strumento sia di mero ausilio all'attività creativa umana, nel rispetto dei tradizionali elementi dell'autorialità all'interno dell'opera³⁰. Trovandosi di fronte al materiale generato dall'intelligenza artificiale, l'USCO deve valutare, caso per caso, se il risultato è una mera riproduzione meccanica oppure il frutto della «concezione mentale originale dell'autore, alla quale [egli] ha dato forma visibile»³¹.

Se, dunque, il prodotto generato dall'intelligenza artificiale è il mero risultato della conversione di una stringa di testo di un *prompt* in immagine, suono o video, questo manca del tutto del necessario requisito dell'*authorship* e non è pertanto meritevole di tutela, in quanto frutto dell'elaborazione ovvero della riproduzione meccanica del *software*. Stando agli attuali livelli di sviluppo, infatti, le IA generative rielaborano il *prompt* fornito per suoi processi interni e spesso imperscrutabili, senza che vi sia l'esercizio del definitivo controllo creativo (*ultimate creative control*) da parte degli utenti³². È la tecnologia, in definitiva, che decide per l'uomo ciò che l'uomo pensa ma che non è in grado di elaborare e riarrangiare con la sua creatività e col suo «sudore della fronte». Sarà l'USCO a valutare, in ultima istanza, se l'apporto dell'IA superi il *de minimis*, ovvero se l'apporto quali-quantitativo generato dall'IA costituisca una parte così piccola o insignificante dell'opera da non impedire la tutelabilità della stessa.

Ciò non esclude del tutto gli autori che impiegano le intelligenze artificiali dalla possibilità di richiedere la registrazione all'USCO. Tuttavia, gli autori dovranno indicare l'impiego dell'IA e descrivere nel campo di

1 Eng. Rep. 837, Hans. 17, 953-1003], dove, com'è noto, i *Lords* pongono fine alla controversia su ogni rivendicazione al *copyright* perpetuo da parte dei *bookseller*, provocando, secondo Belanger, la riconfigurazione stessa della figura del venditore-stampatore di libri, prima assoluto *dominus* nel rapporto con l'autore, in editore (*publisher*), cfr. T. Belanger, *From Bookseller to Publisher: Changes in the London Book Trade 1750-1850*, in R.G. Landon (ed.), *Book Selling and Book Buying. Aspects of the Nineteenth-Century British and North American Book Trade*, Chicago, 1978, p. 7-16; J. Shaylor, *The Fascination of Books*, London, 1912, p. 247-269.

³⁰ Cfr. U.S. Copyright Office, *Sixty-Eight Annual Report of the Register of Copyrights for the Fiscal Year Ending June 30, 1965*, Washington D.C., 1966, p. 5, citato altresì in USCO, *Compendium*, cit., 313.2.

³¹ *Burrow-Giles Lithographic Co. v. Sarony*, cit., 60; rimandando al campo delle invenzioni, si veda l'opinione contraria espressa in G. Sanseverino, *Ex machina. La novità e l'originalità dell'invenzione 'prodotta' dall'IA*, in *AIDA. Annali italiani del diritto d'autore, della cultura e dello spettacolo*, 27, 2018, p. 3-22.

³² U.S. Copyright Office, *Compendium*, cit., p. 16192.

registrazione “*Author Created*” il contributo fornito dall’agente umano specificando, ad esempio, le parti di origine umana in un’opera testuale che incorpora del testo generato da IA. L’indicazione dell’*AI-generated material* dovrà avvenire nel campo “*Material Excluded/Other*” attraverso una breve descrizione del contenuto, seguita dall’affermazione “*generated by artificial intelligence*”³³.

Nella sua *Second Reconsideration* del caso *Théâtre D’opéra Spatial*, l’USCO si è espressa in linea con la consolidata giurisprudenza e la sua stessa prassi applicativa, sottolineando, infatti, che è determinante comprendere quanto possa essere attribuito al *creator* essere umano di fronte a un risultato generato dall’intelligenza artificiale (*AI-generated output*). Nel caso in questione, Allen, nonostante i numerosi *prompt* forniti a Midjourney, non può essere considerato l’autore dell’immagine poiché non aveva il controllo e anzi, era «decisamente dipendente da come il sistema Midjourney processava i comandi»³⁴.

Non esiste dunque alcun «vuoto di proprietà preoccupante per i *creator*» né un giudizio di valore sullo strumento in sé, bensì il riconoscimento, sulla base della Costituzione, del *Copyright Act*, della giurisprudenza e della prassi consolidata, che «l’autorialità umana è il requisito fondamentale del *copyright*»³⁵; così come, appare del tutto infondato il riferimento analogico alla regola del *fair use* dal momento che questa riguarda l’uso e non il riconoscimento della tutelabilità dell’opera. Mentre Allen sosteneva che le modifiche apportate fossero «trasformative» e perciò

³³ L’USCO ha illustrato la semplicità di questo requisito in un *webinar* pensato per assistere i richiedenti le cui opere contengono materiale generato dall’intelligenza artificiale, v. U.S. Copyright Office, *Webinar: Registration Guidance for Works Containing AI-Generated Content*, <https://copyright.gov/events/ai-application-process/>, 28 giugno 2023.

³⁴ U.S. Copyright Office Review Board, *Second Request for Reconsideration for Refusal to Register Théâtre D’opéra Spatial* (SR # 1-11743923581; Correspondence ID: 1-5T5320R), 5 settembre 2023, p. 6, paragonando i processi interni dell’IA generativa a quelli di un *living garden*, al centro della controversia di *Kelley v. Chicago Park Dist.*, 635 F.3d 290 (7th Cir. 2011), secondo cui «Il vero ostacolo al *copyright* qui non è che *Wildflower Works* fallisca la prova di originalità (inteso come “non copiato” e “possiede una certa creatività”) ma che un giardino vivente non ha il tipo di paternità e fissazione stabile normalmente richiesti per supportare il *copyright*. A differenza dell’originalità, la paternità e la fissazione sono requisiti costituzionali espliciti; la clausola sul *copyright* autorizza il Congresso a garantire agli “autori” i diritti esclusivi sui loro “scritti” [...] Un giardino vivente come *Wildflower Works* non è né “creato” né “fissato” nel senso richiesto dal *copyright*».

³⁵ *Thaler v. Perlmutter*, Civil Action 22-1564 (BAH) (D.D.C. Aug. 18, 2023). Cfr. *Thaler v. Comptroller-General of Patents, Designs and Trademarks*, [2021] EWCA 1374 (Regno Unito).

Davide Clementi

Generare e non creare? Spunti per una comparazione sulla regolazione dell'intelligenza artificiale generativa tra Stati Uniti, Repubblica Popolare Cinese e Unione Europea

tutelabili, l'USCO ha correttamente ritenuto che l'opera non integrasse quel *de minimis* di apporto dell'IA e la sufficiente autorialità umana che ne avrebbe permesso la registrazione³⁶.

4. *La regolazione degli algoritmi e della deep synthesis nella Repubblica Popolare Cinese*

La Repubblica Popolare Cinese occupa una posizione di primo piano nella «gara alla regolazione dell'intelligenza artificiale»³⁷: già nel 2017, il governo cinese elaborava il *New Generation Artificial Intelligence Development Plan*, dove si legge che, al fine di portare la Repubblica Popolare al predominio nel campo dell'IA entro il 2030, la Cina dovesse stabilire «in via preliminare leggi e regolamenti sull'intelligenza artificiale, così come norme etiche, sistemi politici e capacità di valutazione e di controllo della sicurezza dei modelli di intelligenza artificiale»³⁸.

In questa prospettiva il Partito Comunista Cinese pubblicava le *Norme etiche per la nuova generazione di IA*, che riflettono alcuni dei principi fondamentali del Pensiero di Xi Jinping (*Xi Jinping de sixiang* 习近平的思), come l'approccio centrato sulla Persona (*yirenweiben* 以人为本), implicante nella cultura cinese la relazione tra l'individuo e la collettività e la promozione della cooperazione e della soggezione del singolo al gruppo, e del gruppo all'insieme, al fine di costruire una «comunità umana dal destino condiviso» (*renlei mingyun gongtongti* 人类命运共同体) per una efficiente *governance* dell'IA³⁹.

³⁶ U.S. Copyright Office Review Board, *Second Request*, cit., p. 8.

³⁷ A. Bradford, *The Race to Regulate Artificial Intelligence*, in *Foreign Affairs*, 27 giugno 2023; in generale, si rimanda a M. Sheehan, *China's AI regulations and how they get made*, in *Horizons: Journal of International Relations and Sustainable Development*, 24, 2023, p. 108-125

³⁸ Consiglio di Stato della Repubblica Popolare Cinese, Decreto 8 luglio 2017, n. 35 recante il *Xin yidai renong zhineng fazhan guihua* 新一代人工智能发展规划 (New Generation Artificial Intelligence Development Plan). Per un'analisi comparativa volta alla standardizzazione delle regole in materia di IA, si rimanda a China Electronics Standardization Institute, *Artificial Intelligence Standardization White Paper*, Beijing, 2021.

³⁹ Comitato Nazionale Professionale per la Governance dell'IA di Nuova Generazione, *Guojia xin yidai renong zhineng zhili zhuanye weiyuanhui* 新一代人工智能伦理规范 (Norme etiche per la nuova generazione di Intelligenza artificiale), 25 settembre 2021, art. 3, punto 1. Il documento richiama in tutto i *Principi di governance per la Nuova generazione di Intelligenza artificiale*, emanati il 17 giugno 2019 dalla Commissione nazionale di esperti per la Governance della Nuova generazione di intelligenza artificiale, un gruppo di lavoro

Generare e non creare? Spunti per una comparazione sulla regolazione dell'intelligenza artificiale generativa tra Stati Uniti, Repubblica Popolare Cinese e Unione Europea

Nel contesto della regolazione dell'intelligenza artificiale, la Cyberspace Administration of China (CAC) – che, è bene ricordarlo, integra tanto funzioni amministrative di regolazione e controllo del settore digitale, quanto politiche nella sua veste di ufficio centrale del Partito Comunista Cinese per l'analisi e lo studio del cyberspazio⁴⁰ – ha assunto una posizione guida a partire dall'adozione del regolamento (CAC) 4 gennaio 2022, n. 9 attraverso cui ha normato la raccomandazione algoritmica (AI

composto da giuristi, informatici e rappresentanti del mondo dell'impresa. In quello stesso anno, l'Accademia di Pechino sull'intelligenza artificiale ha rilasciato i *Principi di Pechino sull'IA* per la ricerca e lo sviluppo, l'utilizzo e la governance dei modelli di intelligenza artificiale, <https://ai-ethics-and-governance.institute/beijing-artificial-intelligence-principles/>. A commento di quest'ultimo documento si rimanda a Li Qi 李麒, *Rengong zhineng lunli guifan de chubu tantao* 人工智能伦理规范的初步探讨 (Per una discussione introduttiva sull'etica dell'Intelligenza artificiale), in *Shanghai shifa xuehui* 上海市法学会 (Shanghai Law Society), 7(53), 2021, p. 647-739; come pure alle più risalenti riflessioni di Ji Weidong 季卫东, *Rengong zhineng kaifa de linian, falü yiji zhengce* 人工智能开发的理念、法律以及政策 (Concetti, leggi e politiche di sviluppo dell'Intelligenza artificiale), in *Dongfang Faxue* 东方法学 (Oriental Law), 5, 2019, p. 4-13. Non sono altresì mancate critiche aspre agli approcci regolatori, visti come «spreco di risorse» materiali e intellettuali atte a far «chiacchierare all'infinito» gli studiosi del diritto su problematiche comunque future e di certo ipotetiche, v. Liu Yanhong 刘艳红 *Rengong zhineng faxue yanjiu de fan zhi hua pipan* 人工智能法学研究的反智化批判 (Critica anti-intellettuale alla ricerca giuridica sull'Intelligenza artificiale), in *Dongfang Faxue* 东方法学 (Oriental Law), 5, 2019, p. 119-126.

⁴⁰ Attraverso Consiglio di Stato della Repubblica Popolare Cinese, Circolare 28 agosto 2014, n. 33 国发(2014)33号 concernente *l'autorizzazione dell'Ufficio statale per le informazioni su Internet a essere responsabile della gestione dei contenuti informativi su Internet* (*Guonvnyuan guanyu shouquan Guojia Huliannwang Xinxì Bangongsì fuzé wulianwang xinxì neirong guanli gongzuo de tongzhi* 国务院关于授权国家互联网信息办公室负责互联网信息内容管理工作的通知) si è dato seguito alla riorganizzazione della gestione di Internet promossa dal Presidente della Repubblica Popolare Cinese e Segretario generale del Partito Comunista Cinese Xi Jinping 习近平. La CAC appartiene alla categoria, invero piuttosto sparuta ma in aumento nell'ultimo quinquennio, degli enti pubblici statali descritti sotto l'espressione «un'istituzione, due appellativi» (*yige jigou liang kuai paizi* 一个机构两块牌子). Solitamente diretta emanazione del Comitato permanente dell'Ufficio politico del Partito Comunista Cinese, tali enti si presentano per ragioni storiche, politiche, organizzative ovvero di propaganda con due diversi nomi, quando in realtà hanno medesime attribuzioni e competenze, medesimo personale, medesime strutture organizzative e logistiche. Nel caso della CAC, essa si chiama tanto Ufficio di stato per l'informazione su Internet (*Guojia Huliannwang Xinxì Bangongsì* 国家互联网信息办公室) che, come emanazione del Partito, Commissione centrale per la sicurezza e l'informatizzazione della rete (*Zhongyang Wangluo Anquan He Xinxibua Qeiyuanhui* 中央网络安全和信息化委员会). Nel corso dello scritto, si prediligerà la traduzione ufficiale in lingua inglese del nome (o il suo acronimo), rinvenibile anche dal sito web www.cac.gov.cn. Accedendo al sito web, si potrà notare come l'intestazione del sito alterni costantemente gli emblemi e la nomenclatura prima dello Stato, poi del Partito.

Generare e non creare? Spunti per una comparazione sulla regolazione dell'intelligenza artificiale generativa tra Stati Uniti, Repubblica Popolare Cinese e Unione Europea

recommendation) nell'offerta di notizie online. Il regolamento interessa altresì gli algoritmi di intelligenza artificiale generativa, qui ricompresi all'interno dei modelli di tecnologia impiegati per la «generazione e la sintesi [...] atte a fornire informazioni all'utente»⁴¹.

Il *netizen* cinese (*wangyou* 网友), considerato strutturalmente debole nel rapporto col fornitore del servizio informativo, è il soggetto che il reg. (CAC) n.9/2022 intende primariamente tutelare, godendo anzitutto della protezione derivante dai divieti in capo ai *provider*, come quello di «non creare account falsi ovvero di fare commercio di account»⁴², oppure

⁴¹ Cyberspace Administration of China, regolamento 4 gennaio 2022, n. 9, *Hulianwang xinxi fuwu suanfa tuijian guanli guiding* 互联网信息服务算法推荐管理规定 (Disposizioni concernenti la supervisione degli algoritmi di raccomandazione per i servizi di informazione via Internet), art. 2, co. 2. Una risalente ed essenziale regolazione dei contenuti può essere riscontrata già in Cyberspace Administration of China (*congiuntamente ad altre istituzioni*), regolamento 11 novembre 2019, n. 3 国信办通字 (2019) 3 号, *Wangluo yin shipin xinxi fuwu guanli guiding* 网络音视频信息服务管理规定 (Disposizioni sulla supervisione dei servizi informatici audiovisivi online), art. 13: «I fornitori di servizi di informazione audio e video in rete devono istituire un meccanismo solido per dissipare le insinuazioni (*piyao* 辟谣) e, se scoprono che gli utenti dei servizi di informazione audio e video in rete utilizzano immagini false, tecnologie generative audiovisive basate sul *deep learning*, sulla realtà virtuale, ecc. per produrre, pubblicare e diffondere pettegolezzi (*chuanbo yaoyan* 传播谣言), devono adottare misure corrispondenti per dissipare le insinuazioni in modo tempestivo e riferire le informazioni pertinenti ai dipartimenti del cyberspazio, della cultura e del turismo, della radiodiffusione e della televisione per la registrazione». Non sembra dunque condivisibile, alla luce della lettera della disposizione, l'opinione di parte della dottrina che ha visto nel reg. (CAC) n. 9/2022 una disciplina generale dell'«impiego dei sistemi di IA su tutto il territorio nazionale», essendo questa limitata a specifiche funzioni dei sistemi di IA, cfr. A. Bettoni, *Tutela dell'opera d'arte algoritmica. Spunti comparatistici a margine di una recente pronuncia italiana*, in *Arte e Diritto*, 3, 2023, p. 399 ss.

⁴² art. 17, reg. (CAC) n. 9/2022. Tale previsione equivale, nel contesto cinese, a un generale divieto di commettere un illecito avverso l'identità personale del soggetto, dato l'intrinseco vincolo esistente tra la creazione di un account in un qualsivoglia servizio *online* e l'associazione di un numero telefonico a sua volta univocamente assegnato a un numero nazionale di identità. A mero titolo d'esempio, il servizio di messaggistica istantanea WeChat prevede dal 2014 un meccanismo di verifica del nome reale (*real-name verification requirement*), così come un rigoroso sistema di verifica per il primo accesso o per quelli successivi su altri dispositivi attraverso l'inquadramento di QR Code generato dall'applicazione dell'interessato da parte di un utente terzo in possesso di determinati requisiti. Allo stesso modo, il servizio di pagamento online AliPay prevede limitazioni all'utilizzo in caso di mancata verifica dell'identità reale dell'utente, il quale dovrà inserire il proprio numero di telefono e altri dati anagrafici, fra cui il nome, il cognome e il genere. Le due app, attraverso i loro servizi di pagamento e di trasferimento di danaro, costituiscono i modi dominanti, se non i soli accettati, per effettuare pagamenti presso gli esercizi commerciali siti in Cina ovvero le pubbliche amministrazioni.

riconoscendo strumenti di natura rimediabile volti a fornire specifica protezione agli utenti in particolari condizioni di vulnerabilità, come i minori d'età, gli anziani, i lavoratori, i consumatori⁴³.

Connesso al regolamento n. 9 del 2022 è il successivo regolamento concernente la *deep synthesis* nei servizi informativi online⁴⁴, col quale il regolatore cinese ha inteso normare quelle «tecnologie come il *deep learning* o la realtà virtuale che utilizzano algoritmi sequenziali generativi per creare immagini, audio, video scene virtuali o altre informazioni»⁴⁵. Il reg. n. 12/2022 enumera alcune tecnologie di *deep synthesis* come quelle atte a «generare o editare caratteristiche biometriche in immagini o video, come ad esempio la generazione facciale, lo scambio facciale, la modifica degli attributi personali, la manipolazione facciale, o la manipolazione gestuale»⁴⁶, imponendo ai fornitori di queste l'obbligo di etichettatura dei contenuti «che possano causare confusione o indurre in errore il pubblico», come lo *smart dialogue* o la sintesi vocale⁴⁷. Contestualmente, viene previsto un divieto, tanto per le persone fisiche che per quelle giuridiche, di impiegare tecniche per cancellare, alterare o nascondere l'etichetta prevista dagli artt. 16 e 17 del regolamento⁴⁸. Inoltre, una recente giurisprudenza dimostra come le regole generali in tema di responsabilità, previste dal primo Codice civile cinese della Repubblica Popolare Cinese, consentano la tutela dei diritti dell'individuo, come affermato in un caso affrontato ad Hangzhou (Zhejiang) del 2021, anno dell'entrata in vigore del Codice⁴⁹.

La controversia ha per protagonista Yu 虞, il quale impiegava un *software* basato sull'intelligenza artificiale per modificare il volto di un terzo, senza il consenso di questi, procedendo tramite un *prompt* a inserire il volto artefatto all'interno di un contenuto audiovisivo osceno, poi diffuso sulle reti sociali a scopo di lucro. L'attività illecita portata avanti dal Yu ha

⁴³ artt. 18-20, reg. (CAC) n. 9/2022.

⁴⁴ Cyberspace Administration of China (e altre due istituzioni di rango ministeriale), regolamento 11 dicembre 2022, n. 12 [第12号] recante *Huliannwang xinxi fumu shendu hecheng guanli guiding* 互联网信息服务深度合成管理规定 (Disposizioni in materia di supervisione dei servizi informativi online di deep synthesis).

⁴⁵ art. 23, co. 1, reg. (CAC) n. 12/2022.

⁴⁶ art. 23, co. 1, n. 3, reg. (CAC) n. 12/2022.

⁴⁷ art. 17, reg. (CAC) n. 12/2022.

⁴⁸ art. 18, reg. (CAC) n. 12/2022.

⁴⁹ Sul tema, si rimanda alle considerazioni svolte su questa rivista da M. Timoteo, *Il codice civile cinese: un punto dentro una linea*, in *Rivista di Diritti Comparati*, 3, 2022, p. 653 ss.; v. altresì M. Timoteo, *Lungo sguardo verso oriente: il nuovo codice civile cinese*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 4, 2021, p. 1157-1174.

prodotto oltre 1200 video e 1600 immagini, tutti caricati su un gruppo Telegram.

Per tali motivi, il 30 novembre 2022 Yu veniva tradotto dalle pubbliche autorità davanti al procuratore distrettuale di Xiaoshan, nello Zhejiang, che non solo reputava esercitabile l'azione penale, ma altresì intentabile un'azione civile di interesse pubblico. Il 9 giugno 2023, la causa civile veniva dunque trasferita alla Corte Internet di Hangzhou (*Hulianwang Hangzhou Fayuan* 互联网杭州法院), in base alla violazione del Codice civile e della Legge sulla protezione delle informazioni personali⁵⁰. La Procura del Popolo ha richiesto per Yu la condanna, affermando che «le informazioni facciali, in quanto informazioni personali sensibili, sono di grande importanza per proteggere la sicurezza personale e patrimoniale dei cittadini e devono essere rigorosamente protette in conformità con la legge. Yu ha trattato illecitamente molte informazioni facciali attraverso tecnologie di *deep synthesis*. [...] Si richiede dunque che l'imputato sia condannato a porre fine alla violazione ed eliminare tutte le informazioni personali coinvolte nella controversia. In ragione dell'utilizzo illecito della tecnologia di *deep synthesis*, si richiede altresì (a) di compensare la collettività per danni pari a 60'000 yuan, i quali verranno specificamente impiegati per la protezione delle informazioni personali, la governance dell'applicazione di *deep synthesis* e altre questioni d'interesse comune, e (b) di scusarsi pubblicamente attraverso i mezzi d'informazione nazionali»⁵¹.

⁵⁰ In assenza degli specifici riferimenti normativi, si presume che la base giuridica sia costituita in particolare dal combinato degli artt. 111 (diritto alla protezione delle informazioni personali), 1024 (diritto alla reputazione) e 1031 (diritto all'onore).

⁵¹ Procura di Xiaoshan (Hangzhou, Zhejiang), *Liyong "AI huan lian" jishu qinfan gongmin geren xinxi lai kan kan jiancha jibuan rube banli zhe qi anjian?* 利用“AI换脸”技术侵犯公民个人信息来看看检察机关如何办理这起案件? (Utilizzare la tecnologia “AI Face Changer” per violare le informazioni personali dei cittadini per vedere come la procura gestisce questo caso?), sito web ufficiale della Procura popolare dello Zhejiang http://www.zjcy.gov.cn/art/2023/6/15/art_31_198009.html, 15 giugno 2023.

Davide Clementi

Generare e non creare? Spunti per una comparazione sulla regolazione dell'intelligenza artificiale generativa tra Stati Uniti, Repubblica Popolare Cinese e Unione Europea

5. (Segue) Il reg. (CAC) n. 15/2023 sull'IA generativa

Proprio alla fine della lunga campagna di rettificazione (*zhengfeng* 整风) avviata dal Partito contro le aziende dell'*high tech* e della *platform economy*⁵², anche la Cina è stata coinvolta nel fenomeno ChatGPT.

Nonostante il blocco all'indirizzo che rimanda direttamente al servizio di OpenAI, il dibattito su ChatGPT è divampato nei primi mesi del 2024, con argomenti del tutto identici a quelli ascoltati al di qua della Grande Muraglia. La *chatbot* di OpenAI è al centro delle preoccupazioni delle università cinesi, consapevoli del rischio dell'uso improprio da parte degli studenti⁵³, come pure del grande interesse della scienza giuridica cinese: da

⁵² Pochi giorni prima della chiusura del simposio tenuto fra il Presidente del Consiglio di Stato cinese Li Qiang, i membri del Comitato permanente dell'Ufficio politico del Partito Comunista Cinese e le rappresentanze delle maggiori imprese della *platform economy*, le autorità finanziarie della Repubblica Popolare Cinese annunciavano la chiusura dell'indagine nei riguardi di AntGroup e di Tencent, sanzionando i due giganti dell'*high tech* con multe che hanno quasi raggiunto il miliardo di dollari. Si veda a riguardo il comunicato della China Securities Regulatory Commission, *Il Dipartimento per la gestione finanziaria promuove la rettificazione dei business finanziari delle platform company e si impegna per migliorare il livello di supervisione finanziaria normalizzata delle platform company* 金融管理部门善始善终推进平台企业金融业务整改 着力提升平台企业常态化金融监管水平. Circa la notizia dell'incontro tra il Primo ministro cinese e le aziende, si rimanda all'organo di stampa governativo Xinhua, *Li Qiang zhuchi zhaokai pingtai qiye zuotan hui* 李强主持召开平台企业座谈会 (Li Qiang ospita un simposio sulle imprese piattaforma), in http://www.news.cn/politics/2023-07/12/c_1129746311.htm, 12 luglio 2023. All'incontro erano presenti, solo per citare le più aziende più importanti, Meituan, Xiaohongshu, Huolala, Alibaba Cloud, Douyin, Pinduoduo, JD.com, CASICloud. Sulla "campagna di rettificazione" contro le aziende del settore tecnologico, si rimanda ai primissimi cenni di A. Lemert – E. Runde, *A New Dimension to China's Tech Crackdown?*, in *Lawfare*, <https://www.lawfaremedia.org/article/new-dimension-chinas-tech-crackdown>, 21 agosto 2021; A. Collier, *China's Technology War. Why Beijing Took Down Its Tech Giants*, Palgrave Macmillan, 2023; Y. To, *Friends and foes: rethinking the party and Chinese big tech*, in *New Political Economy*, 28(2), 2023, p. 299-314; R. Creemers, *The Great Rectification: A New Paradigm for China's Online Platform Economy*, in *SSRN Electronic Journal*, 10 gennaio 2023, p. 1-28.

⁵³ Recentemente, il Preside della West Lake University di Hangzhou ha dichiarato: «sebbene ChatGPT possa aiutare gli studenti a ottenere buoni voti, esiste una differenza essenziale tra voti e abilità. Ciò che guida veramente lo sviluppo del mondo sono gli studenti con abilità di base. La formazione della metodologia scientifica e la formazione del pensiero critico sono legate all'intelligenza artificiale, ma non dipendono interamente da essa», citato in Dazhong Ribao, *Daxuesheng shifou yinggai shiyong ChatGPT? Shi yi gong: AI buneng peiyang chu youxiu daxuesheng!* 大学生是否应该使用ChatGPT?施一公: AI不能培养出优秀大学生! (Gli studenti universitari dovrebbero usare ChatGPT? Shi Yigong: L'intelligenza artificiale non può coltivare studenti universitari eccezionali!), 6 maggio 2024.

Generare e non creare? Spunti per una comparazione sulla regolazione dell'intelligenza artificiale generativa tra Stati Uniti, Repubblica Popolare Cinese e Unione Europea

una semplice consultazione del database giuridico PKULaw.com, limitata ai soli risultati provenienti da accreditate riviste giuridiche (*faxue qikan* 法学期刊), ChatGPT è stata espressamente citata in oltre 290 pubblicazioni scientifiche, meritando in 54 di queste il titolo⁵⁴.

Di fronte a tale impetuosa diffusione, la risposta cinese è stata tempestiva: facendo proprie molte delle sperimentazioni regolatorie locali⁵⁵, la Cyberspace Administration of China emanava il regolamento 13 luglio 2023, n. 15, recante disposizioni provvisorie per la supervisione dei servizi di intelligenza artificiale generativa⁵⁶, seguendo il tradizionale iter di ascolto

⁵⁴ Dati aggiornati all'aprile 2024 tramite l'accesso al database PKULaw.com, fornito nel quadro del periodo di *visiting* presso la Law School della Beijing Normal University.

⁵⁵ Di cui pure si è accennato *supra*, par. 1; sul tema si veda altresì Jinghan Zeng, *China's Artificial Intelligence Innovation: A Top-Down National Command Approach?*, in Jinghan Zeng (eds.), *Artificial Intelligence with Chinese Characteristics*, Singapore, 2022, p. 11-34, dove l'A. contesta la visione che riduce l'approccio cinese in campo di *policymaking* a un approccio *top-down*: al contrario, ci si troverebbe di fronte a un "federalismo con caratteristiche cinesi", ove la sperimentazione nei campi di frontiera è lasciata per un certo tempo alle province, e, solo in ultima istanza, viene ricondotta a una cornice regolatoria comune da parte dell'autorità centrale.

⁵⁶ Cyberspace Administration of China (congiuntamente ad altre sei istituzioni), regolamento 13 luglio 2023, n. 15 (*ad interim*), *Shengcheng shi rengong zhineng fuwu guanli zhanxing banfa* 生成式人工智能服务管理暂行办法 (Misure provvisorie per la supervisione dei servizi di Intelligenza artificiale generativa), d'ora in avanti reg. (CAC) n. 15/2023. Si ricordi che Consiglio di Stato della Repubblica Popolare Cinese, Provvedimento 6 giugno 2023, n. 18 [国办法 (2023) 18 号], recante *Guowuyuan bangong ting guanyu yinfa guowuyuan 2023 niandu lifa gongzuo jihua de tongzhi* 国务院办公厅关于印发国务院2023年度立法工作计划的通知 (Avviso dell'Ufficio Generale del Consiglio di Stato sulla stampa e distribuzione del Piano di lavoro legislativo per il 2023 del Consiglio di Stato), menziona al secondo capoverso l'esame di una bozza di legge specificamente dedicata all'intelligenza artificiale nel suo complesso (*Rengong Zhineng Fa* 人工智能法). Un gruppo dell'Accademia cinese delle scienze sociali (CASS) ha pubblicato ad agosto 2023 una bozza di legge sull'intelligenza artificiale. La spiegazione che accompagna la bozza precisa che essa deve servire come riferimento per il lavoro legislativo e che si prevede una revisione in una versione 2.0. Sebbene il collegamento tra questo testo e un'eventuale legge cinese sull'IA sia incerto, la sua pubblicazione da parte del gruppo di Zhou Hui, vicedirettore dell'Ufficio di ricerca sul diritto informatico e dell'informazione della CASS e presidente di un progetto di ricerca sull'etica e la regolazione dell'IA, lo rende una prima indicazione di come alcuni influenti pensatori politici si stiano avvicinando all'impegno per la legge sull'IA annunciata dal Consiglio di Stato; cfr. Li Qi, *Per una discussione*, cit., p. 732-739, ove l'A., in conclusione, dichiara che gli obiettivi fissati dal *New Generation Artificial Intelligence Development Plan* siano raggiungibili attraverso «la formulazione di una legge sullo sviluppo dell'intelligenza artificiale, la creazione di agenzie di regolazione dell'intelligenza artificiale specializzate, l'istituzione di un sistema di supervisione dell'intero processo e di un "comitato etico dei dati" e il rafforzamento della protezione delle informazioni sui dati e dei diritti alla privacy».

Generare e non creare? Spunti per una comparazione sulla regolazione dell'intelligenza artificiale generativa tra Stati Uniti, Repubblica Popolare Cinese e Unione Europea

e partecipazione della società civile e del mondo dell'industria con la pubblicazione nel mese di aprile della bozza aperta ai commenti (*zhengqiu yijian gao* 征求意见稿)⁵⁷.

La bozza e la versione finale differiscono sia nello spirito complessivo che nelle disposizioni specifiche. Un primo elemento di diversità è rappresentato dalla restrizione dell'ambito di applicazione del regolamento, segnalando un approccio maggiormente *enterprise-friendly*. Nella bozza di aprile, infatti, le disposizioni del regolamento avrebbero finito per essere applicate in qualsiasi fase della catena realizzativa dei modelli di AI generativa, inclusa la ricerca e lo sviluppo. Al contrario, l'art. 2, reg. (CAC) n. 15/2023 limita l'applicabilità al solo utilizzo dell'IA generativa nella fornitura di «servizi al pubblico della *mainland* per la generazione di testi, immagini, video od altri contenuti»⁵⁸, non applicandosi espressamente «allorquando le organizzazioni industriali, le imprese, gli istituti di ricerca educativa e scientifica, le istituzioni culturali pubbliche e le istituzioni professionali pertinenti che ricercano, sviluppano e applicano la tecnologia

⁵⁷ Cyberspace Administration of China, *Guojia hulianwang xinxi bangongshi guanyu "shengcheng shi renzong zhineng fuwu guanli banfa (zhengqiu yijian gao)" gongkai zhengqiu yijian de tongzhi* 国家互联网信息办公室关于《生成式人工智能服务管理办法（征求意见稿）》公开征求意见的通知 (Nota della Cyberspace Administration of China sulla sollecitazione pubblica ai commenti circa le disposizioni per la supervisione dei servizi di intelligenza artificiale generativa), 11 aprile 2023, d'ora in avanti in nota "reg. (CAC) 11 aprile 2023 (*bozza*)"; sul processo di partecipazione popolare nell'attività di legiferazione e regolazione si rimanda agli ormai risalenti cenni di Tianjian Shi, *Political Participation in Beijing*, Cambridge (USA), 1997; J.P. Horsley, *Public Participation and the Democratization of Chinese Governance*, in Yang Zhong – S. Hua (eds.), *Political Civilization and Modernization: the Political Context of China's Reform*, London (New Jersey), Singapore, Beijing, Shanghai, Hong Kong, Taipei e Chennai, 2006; He Baogang – M. Warren, *Authoritarian Deliberation: The Deliberative Turn in Chinese Political Development*, in *Perspectives on Politics*, 9(2), 2011, p. 269-289; J. Duckett – Hua Wang, *Extending Political Participation in China: New Opportunities for Citizens in the Policy Process*, in *Journal of Asian Public Policy*, 6(3), 2013, p. 263-276; J. Teets, *Civil Society under Authoritarianism: The China Model*, Cambridge, 2014; W. Tang, *Populist Authoritarianism: Chinese Political Culture and Regime Sustainability*, New York, 2016; Chen Jidong – J. Pan – Xu Yiqing, *Sources of Authoritarian Responsiveness: A Field Experiment in China*, in *American Journal of Political Science*, 60(2), 2016, p. 383-400.

⁵⁸ v. art. 2, reg. (CAC) n. 15/2023. È dunque pacifico come il reg. (CAC) n. 15/2023 troverà applicazione tanto agli sviluppatori e fornitori di nazionalità cinese quanto a quelli stranieri, come del resto riportato anche da Bingjing Technology Research Institute, "*Shengcheng shi renzong zhineng fuwu guanli banfa (zhengqiu yijian gao)" yaodian jiedu* «生成式人工智能服务管理办法（征求意见稿）要点解读 (Interpretazione dei punti-chiave del regolamento per la supervisione dei servizi di Intelligenza artificiale Generativa (bozza per commenti pubblici)), Shanghai, 13 aprile 2023.

Generare e non creare? Spunti per una comparazione sulla regolazione dell'intelligenza artificiale generativa tra Stati Uniti, Repubblica Popolare Cinese e Unione Europea

dell'IA generativa [...] non forniscono servizi di IA generativa al pubblico nazionale»⁵⁹. L'enfasi allo sviluppo e alla ricerca è pure confermata dal successivo art. 3, in base al quale lo Stato «aderisce al principio di prestare uguale attenzione allo sviluppo e alla sicurezza, facendo convergere la promozione dell'innovazione con la governance basata sulla legge; impiegando disposizioni effettive per incoraggiare l'innovazione e lo sviluppo nell'IA generativa, e portando avanti un approccio gestionale per gradi, tollerante, e prudente sulla base delle categorie di IA generativa»⁶⁰.

Con la scomparsa dall'elencazione dei contenuti generati dall'IA dei codici (*daima* 代码) e, più in generale, dei «contenuti basati su algoritmi, modelli, e regole»⁶¹, la definizione di IA generativa (*shengcheng shi rencong zhineng* 生成式人工智能) è limitata alla descrizione di quei «modelli e tecnologie correlate che hanno la capacità (*nengli* 能力) di generare contenuti come testo, immagini, audio e video»⁶².

Come tradizionalmente avviene negli atti normativi e amministrativi, il regolamento contiene il richiamo al «sistema dei valori socialisti centrali» (*shehuizhuyi hexin jiazhi guan* 社会主义核心价值观)⁶³ che guidano operatori e utenti

⁵⁹ art. 2, co. 3, reg. (CAC) n. 15/2023. Trova invece piena applicazione ex art. 2, co. 2, nell'attività quali l'editoria, l'informazione, le produzioni televisive, le creazioni artistiche in generale.

⁶⁰ art. 3, reg. (CAC) n. 15/2023.

⁶¹ art. 2, co. 2, reg. (CAC) 11 aprile 2023 (*bozhi*): «L'intelligenza artificiale generativa di cui al presente regolamento si riferisce a tecnologie che generano testi, immagini, suoni, video, codici, ecc. sulla base di algoritmi, modelli e regole».

⁶² art. 22, n. 1, reg. (CAC) n. 15/2023.

⁶³ Spesso tradotto semplicemente come «valori socialisti di base», si preferisce aderire a una traduzione più rispondente alle espressioni di *hexin* (核心), «cuore, nucleo», e di *jiazhi guan* (价值观), «sistema di valori», conformemente allo spirito della *Decisione del Comitato centrale del Partito comunista cinese concernente diverse questioni importanti circa il progresso globale dello stato attraverso il diritto* 中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定, adottata alla IV sessione del XVIII Comitato centrale del Partito comunista cinese il 23 ottobre 2014: «Lo Stato e il governo sociale richiedono che tanto la legge quanto la virtù svolgano congiuntamente il loro ruolo. Dobbiamo persistere nell'afferrare il governo dello stato attraverso il diritto da un lato e attraverso la virtù dall'altro, portare avanti con forza il sistema dei valori socialisti centrali, portare avanti la virtù tradizionale della Cina, promuovere la morale sociale, l'etica professionale e le virtù domestiche, prestare attenzione al ruolo normativo del diritto così come al ruolo educativo della virtù, riflettere i concetti morali nel governo dello Stato attraverso il diritto, rafforzare l'impatto stimolante del diritto sulla costruzione della moralità, nutrire lo spirito dello stato di diritto con la virtù, rafforzare il ruolo di sostegno della virtù nella cultura giuridica, rendersi conto che la legge e la virtù si completano a vicenda e che lo stato attraverso il diritto e lo stato attraverso la virtù si fanno

tanto nella fornitura quanto nell'utilizzo, assieme agli usuali principii di sovranità e unità nazionale, armonia etnica, contrasto all'incitamento del terrorismo e dell'estremismo e alla diffusione di «notizie false e dannose» (*xujia youhai xinxi* 虚假有害信息)⁶⁴.

L'art. 4, n. 2, introduce il principio di non-discriminazione attraverso un approccio minimale basato sul rischio: nei processi di scrittura dell'algoritmo, di selezione del *training dataset*, di generazione del modello e di ottimizzazione, così come nella fornitura di servizi, gli operatori devono attuare «specifiche misure» volte a «prevenire la creazione di discriminazioni come quelle basate sulla razza, l'etnia, la religione, la nazionalità, la regione di provenienza, il sesso, l'età, la professione, ovvero le condizioni di salute»⁶⁵. Inoltre, dall'impiego di «algoritmi, dati e piattaforme» non si deve dare luogo a «monopoli ovvero altre pratiche di concorrenza sleale»⁶⁶, come pure a pratiche idonee a ledere la proprietà intellettuale, l'etica e i segreti commerciali, ponendo in capo ai *provider* di servizi di IA generativa un obbligo di rispetto dei diritti di proprietà intellettuale goduti, nel caso questi siano impiegati nelle attività di *pre-training*, ottimizzazione e di ogni altra attività che comprenda il trattamento dei dati⁶⁷.

In materia di rispetto del benessere fisico e psicologico, nonché in favore della tutela dei diritti all'immagine, all'onore, alla riservatezza e alla protezione delle informazioni personali, si colloca l'art. 4, n. 4, in combinato con le disposizioni di cui all'art. 7, nn. 3, 4 e 5, facendo puntuale rimando al consenso dell'interessato quale base giuridica del trattamento dei dati e alle

reciprocamente risplendere» [*trad. propria*]. Sul tema si rimanda alle riflessioni di Liu Zuoxiang 刘作翔, *Falü yu daode: Zhongguo fazhi jin Cheng zhong de nan jie zhi ti: Dui falü yu daode guanxi de zai zhuiwen he zai sikao* 法律与道德: 中国法治进程中的难解之题: 对法律与道德关系的再追问和再思考 (Diritto e moralità: questioni difficili nel processo dello Stato attraverso il diritto in Cina: rimettere in discussione e ripensare il rapporto tra legge e moralità), in *Fazhi yu Shehui Fazhan* 法制与社会发展 (Sistema giuridico e sviluppo sociale), 1, 1998, p. 1-9; Ji Weidong 季卫东, *Zhongguo de zhuantong falü sivei moshi* 中国的传统法律思维模式 (Il modello di pensiero giuridico tradizionale cinese), in *Zhongguo Falü Pinglu* 中国法律评论 (China Law Review), 1, 2014, p. 119-126; L. Moccia, *Il diritto in Cina. Tra ritualismo e modernizzazione*, Torino, 2009; S.C. Angle, *Virtue Ethics, the Rule of Law, and the Need for Self-Restriction*, in B. Bruya (eds.), *The Philosophical Challenge from China*, Cambridge (USA), 2015, p. 159-182; M. Gow, *The Socialist Core Values of the Chinese Dream: Toward a Chinese Integral State*, in *Critical Asian Studies*, 1, 2016, p. 92-116.

⁶⁴ Tale rimando va a sintetizzare la disposizione originariamente prevista dall'art. 4, n. 4: «I contenuti creati dall'IA generativa devono essere veritieri e accurati e devono essere adottate misure per impedire la generazione di informazioni false».

⁶⁵ art. 4, n. 2, reg. (CAC) n. 15/2023.

⁶⁶ art. 4, n. 3, reg. (CAC) n. 15/2023.

⁶⁷ art. 7, n. 2, reg. (CAC) n. 15/2023.

altre disposizioni legislative di livello primario che disciplinano la protezione dei dati e delle informazioni personali⁶⁸.

Come auspicato da tempo in dottrina⁶⁹, vengono previsti requisiti più stringenti per le attività di *data tagging* (*shuju biaoꝑhu* 数据标注) condotte manualmente al fine di prevenire l'insorgere di discriminazioni, attraverso obblighi di chiarezza, specificità, revisioni a campione, proprio per valutarne al meglio la conformità alla normativa⁷⁰.

I fornitori di servizi di IA generativa – ovvero sia le «organizzazioni ovvero gli individui che utilizzano l'IA generativa al fine di fornire un servizio di IA generativa, ivi compresi servizi attraverso interfacce programmabili ovvero altre modalità»⁷¹ – sono gravati da specifici obblighi previsti dal capo III del regolamento (artt. 9-15), estendendo a essi il regime di responsabilità e gli obblighi dei produttori di contenuti informatici online, ovvero quello dei titolari del trattamento delle informazioni personali⁷².

I riferimenti alla Legge sulla protezione delle informazioni personali (PIPL) proseguono nel verso di prevedere la stipula di un contratto di termini di servizio nel quale devono essere specificati diritti e doveri di entrambe le parti e nel quale verrà presumibilmente inserita anche l'acquisizione del consenso informato da parte dell'interessato ex art. 7, n. 3⁷³.

⁶⁸ Cfr. art. 7, nn. 3-5, reg. (CAC) n. 15/2023. Al n. 5 vengono espressamente citate la *Legge sulla cybersicurezza* (2017), la *Legge sulla protezione delle informazioni personali* (2021), la *Legge sulla sicurezza dei dati* (2021). Si vedano gli spunti comparativi presenti in S. Calzolaio, *Dalla protezione dei dati personali all'ordinamento dei dati (l'evoluzione del diritto cinese e del diritto europeo dei dati)*, in G. Di Cosimo (a cura di), *Processi democratici e tecnologie digitali*, Torino, p. 197-214; B. Verri, *The Chinese Frontiers of Data Protection: The Personal Information Protection Law (PIPL)*, in M. Timoteo – B. Verri – R. Nanni (eds.), *Quo Vadis, Sovereignty? New Conceptual and Regulatory Boundaries in the Age of Digital China*, Cham, 2023, p. 181-187.

⁶⁹ Cfr. S. Brayne, *Predict and Surveil: Data, Discretion, and the Future of Policing*, Oxford, 2020, p. 42-45, ove vengono elencate alcune pratiche di *data tagging*, descritte come «[t]he process of labeling and linking objects and entities like persons, phone numbers, and documents such as law enforcement reports, tips and leads, and calls for service also makes it possible to plot data on maps and graphs on which users can see data in context and make new connections».

⁷⁰ art. 8, reg. (CAC) n. 15/2023.

⁷¹ art. 22(2), reg. (CAC) n. 15/2023.

⁷² art. 9, comma 1, reg. (CAC) n. 15/2023; cfr. I. Calzada, *Citizens' data privacy in China: the state of the art of the personal information protection law (PIPL)*, in *Smart Cities*, 5(3), 2022, p. 1129-1150.

⁷³ art. 9, comma 2, reg. (CAC) n. 15/2023. Obblighi di riservatezza del tutto equiparabili a quelli previsti dalla PIPL sono contenuti all'art. 11. Inoltre, i *provider* «non

Fra gli altri obblighi in capo ai *provider* e ottemperabili anche attraverso i termini di servizio ovvero attraverso azioni implementabili nel corso dell'utilizzo dell'utente, vi sono obblighi (1) di tutela generale dell'utente, il quale deve essere «guidato alla comprensione scientifica e all'utilizzo legale delle tecnologie di IA generativa»; (2) di tutela specifica dell'utente minorenni⁷⁴; (3) di garanzia di un servizio sicuro, stabile e sostenuto per tutta la durata dei servizi⁷⁵; (4) di rimozione dei contenuti illegali, anche attraverso la riprogrammazione del modello, e di comunicazione al dipartimento governativo competente dell'accaduto⁷⁶; (5) di istituzione di un meccanismo di segnalazione e rapporto, di facile utilizzo e con termini certi per la gestione dei reclami e per l'attuazione e comunicazione dei provvedimenti intrapresi⁷⁷.

Il quarto e ultimo capo, dedicato alle attività di ispezione e supervisione governativa e ai regimi di responsabilità giuridica, prescrive ulteriori rimandi a quel reticolo legislativo, di rango primario e secondario, implementato nella Repubblica Popolare nell'ambito della propria politica di creazione di uno «stato digitale governato dal diritto» (*shuzi fazhi* 数字法治)

devono raccogliere informazioni personali non necessarie, non devono conservare illegalmente le informazioni di input dell'utente e i record di utilizzo da cui è possibile determinare l'identità degli utenti e non devono fornire illegalmente informazioni di input dell'utente e record di utilizzo ad altri. I fornitori devono accettare e soddisfare legalmente e tempestivamente le richieste di individui quali l'accesso, la riproduzione, la modifica, l'integrazione o la cancellazione delle loro informazioni personali».

⁷⁴ art. 10, reg. (CAC) n. 15/2023. Diverse misure sono state implementate e sono allo studio per la tutela, in chiaro stile paternalistico, del minorenni. Non da ultimo, si veda Cyberspace Administration of China, “*Yidong huijianwang wei chengnian ren moshi jianshe zhinan (zhengqiu yijian gao)*” *gongkai zhengqiu yijian de tongzhi* 关于《移动互联网未成年人模式建设指南（征求意见稿）》公开征求意见的通知 (Nota della Cyberspace Administration of China sulla sollecitazione pubblica di commenti sulle linee guida per l'istituzione di modelli di Internet mobile per i minori (bozza per i commenti)), 2 agosto 2023, in base al quale si intende istituire un sistema di classificazione del minorenni per cinque fasce d'età con corrispondenti limitazioni. Pur se non espressamente citati, i *generative IA provider* possono rientrare fra i vari fornitori di contenuti al minorenni.

⁷⁵ art. 13, reg. (CAC) n. 15/2023.

⁷⁶ art. 14, reg. (CAC) n. 15/2023. La disposizione è certamente più lieve rispetto alla analoga prevista all'art. 15, reg. (CAC) 11 aprile 2023 (*bozza*), il quale prevedeva un dovere di prevenzione in capo al *provider*, da ottemperare attraverso una ottimizzazione dell'addestramento del modello entro tre mesi.

⁷⁷ art. 15, reg. (CAC) n. 15/2023.

)⁷⁸. Rispetto alla bozza dell'11 aprile, è scomparsa la specifica indicazione della sanzione, fissata nello spazio editale fra 10'000 e 100'000 yuan, per gli operatori che rifiutano di adeguarsi alle correzioni richieste dalla CAC, la quale potrà imporre la sospensione del servizio solo nei casi più gravi⁷⁹.

6. (Segue) Il reg. (CAC) n. 15/2023 sull'IA generativa

Come negli Stati Uniti, anche in Cina le corti stanno svolgendo un ruolo dirimente nel modellare e interpretare il diritto vivente alla luce degli utilizzi dell'intelligenza artificiale e rappresentando il luogo in cui, nella moderna esperienza giuridica cinese, si risolve in parte la «contraddizione tra i crescenti bisogni delle persone per una vita migliore e uno sviluppo squilibrato e inadeguato»⁸⁰.

⁷⁸ L'interesse da parte del Partito, degli operatori del diritto e della dottrina giuridica cinese è segnalato pure dalla recentissima edizione dell'omonima rivista *Shuzi Fazhi* 数字法治 (Digital Rule of Law) da parte della Corte Suprema del Popolo. Il primo numero della rivista è stato caratterizzato da sezioni dedicate all'approfondimento teorico del Pensiero di Xi Jinping (*Xi Jinping de sixiang* 习近平的思想) sulla digitalizzazione e lo stato di diritto; a una tavola rotonda sulla «modernizzazione in stile cinese e lo stato di diritto digitale»; alla recensione di monografie accademiche; allo stato di diritto nell'economia digitale; alla pratica dello stato di diritto; alle prospettive di studio di giovani studiosi; alla comparazione giuridica nello stato di diritto digitale. Si segnala, fra tutti, Wang Liming 王利明, *Shuju de minfa baohu* 数据的民法保护 (Tutela dei dati nell'ambito del diritto civile), in *Shuzi Fazhi* 数字法治 (Digital Rule of Law), 1, 2023, in cui l'P.A., fra i più eminenti giuristi cinesi, sostiene come le disposizioni del Codice civile abbiano pienamente attratto il diritto dei dati all'interno del diritto civile, non già di quello pubblico, affermando che «[i]l riconoscimento dei diritti e degli interessi sui dati nell'ambito del diritto civile costituisce il prerequisito nonché il fondamento per tutte le leggi che prevedono la loro protezione ovvero per lo svolgimento di transazioni che abbiano a oggetto i dati»; cfr. altresì M. Timoteo, *Alla ricerca di un diritto di proprietà sui dati: la via cinese*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 4, 2023, p. 1157-1174.

⁷⁹ Si vedano rispettivamente art. 21, reg. (CAC) n. 15/2023 e art. 20, reg. (CAC) 11 aprile 2023 (*bozza*).

⁸⁰ Il rapporto del XIX Congresso Nazionale del Partito Comunista Cinese ha chiarito che con l'ingresso del socialismo con caratteristiche cinesi nella Nuova Era è avvenuto una trasformazione nella principale contraddizione della società cinese, cfr. Xi Jinping 习近平, *Juesheng quanmian jiancheng xiaokang shehui duoqu xin shidai Zhongguo tese shehuizhuyi weida shengli* 决胜全面建成小康社会夺取新时代中国特色社会主义伟大胜利 (La vittoria decisiva nella costruzione di una società moderatamente prospera sotto tutti gli aspetti e nella lotta per la grande vittoria del socialismo con caratteristiche cinesi nella Nuova Era), contenuto in *dang de shijiu da baogao fudao duben* 党的十九大报告辅导读本 (Guida al lettore per il Rapporto del XIX Congresso Nazionale del Partito Comunista Cinese), Beijing, 2017, p. 11, 19-22.

Davide Clementi

Generare e non creare? Spunti per una comparazione sulla regolazione dell'intelligenza artificiale generativa tra Stati Uniti, Repubblica Popolare Cinese e Unione Europea

In tale contesto, la Beijing Internet Court (*Beijing Hulianwang Fayuan* 北京互联网法院) costituisce un foro dalla grande rilevanza per la risoluzione delle controversie relative anche all'intelligenza artificiale, confrontandosi con il primo caso cinese relativo alla proprietà intellettuale dell'opera generata da una IA, nel novembre 2023⁸¹.

La parte attorea, Li 李, utilizzava il software Stable Diffusion per generare immagini e pubblicarle successivamente sulla piattaforma di social media Xiaohongshu 小红书, l'equivalente cinese di Instagram. Il convenuto, Liu 刘, caricava una delle immagini generate da Li su Baijiahao 百家号, piattaforma di proprietà del colosso Baidu 百度 finalizzata alla pubblicazione *user-to-user* di video, articoli e immagini anche a pagamento.

Venuto a sapere della pubblicazione di una sua immagine, Li citava in giudizio Liu per non aver richiesto il suo consenso alla pubblicazione, per aver rimosso la sua firma in filigrana generata dalla piattaforma Xiaohongshu e per aver così indotto il pubblico a credere erroneamente che il convenuto fosse l'autore dell'opera, violando il diritto dell'autore all'attribuzione e alla diffusione. Nella *causa petendi* attorea spicca l'identificazione dell'immagine come opera artistica che rifletterebbe l'originalità dell'intervento umano, determinata dalla scelta del *software* generativo, dalla composizione di uno specifico comando di testo e dai parametri utilizzati.

Dal canto suo, la difesa obiettava circa l'incerta titolarità dei diritti sulle immagini, sostenendo che il contenuto principale della pubblicazione su Xiaohongshu non fossero tanto le immagini, quanto i brani poetici messi a descrizione dell'immagine e che, in ogni caso, l'uso che ne è stato fatto fosse privo dello scopo commerciale e manchevole d'ogni intenzionalità nella violazione lamentata.

In quella occasione, la Beijing Internet Court ha valutato la sussistenza dei parametri per giudicare un'opera come suscettibile della protezione di

⁸¹ Beijing Internet Court, (2023) 京 0491 民初 11279 号, 27 novembre 2023; altre controversie di interesse in tema di IA è tutela del diritto d'autore sono certamente Beijing Internet Court, (2018) 京 0491 民初 239 号民事一审判决书; Trib. Beijing prop. intell., (2019) 京 73 民终 2030 号民事二审判决书; Trib. civ. Guangdong, distretto di Nanshan, (2019) 粤0305民初14010 号民事判决书. Più in generale, si veda il contributo di Zhou Bo 周波, *Rengong zhineng yu zhuozuoquan baohu – Zhongguo fayuan de sifa shijian* 人工智能与著作权保护——中国法院的司法实践 (Intelligenza artificiale e Protezione del diritto d'autore – Pratica giuridica delle corti cinesi), *WIPO*, 2021.

cui all'art. 3 della Legge sul diritto d'autore⁸², riconoscendo dapprima l'artisticità e l'espressività in certe forme ma sostenendo, al contrario, che non tutti i risultati intellettuali (*zhili chengguo* 智力成果) rappresentino opere suscettibili della tutela autoriale dal momento che mancano di originalità (*duchuangxing* 独创性). Il requisito dell'originalità richiede che l'opera tutelabile venga creata in modo dipendente dall'autore, riflettendo la sua espressione più intima e personale ed escludendo, pertanto, i risultati intellettuali frutto della mera e lineare elaborazione meccanica.

Nel caso specifico, l'attore utilizzava Stable Diffusion e alcune parole chiave per generare un'immagine, dimostrando a detta della Corte un investimento mentale-intellettuale e un grado di personalizzazione attraverso specifiche istruzioni. Stable Diffusion, in particolare, avrebbe agito in modo non dissimile dall'essere umano, apprendendo e generando immagini sulla base delle istruzioni fornite. In questo modo, l'attore personalizzava l'immagine generata attraverso l'impiego di parole chiave e altri *prompt*, evidenziando il proprio apporto discernitivo e organizzativo.

Senza indulgere nel riconoscimento della personalità giuridica, in quanto manca totalmente del libero arbitrio, e dell'attribuzione della titolarità dell'opera all'IA, la Beijing Internet Court sostiene di conseguenza che «quando le persone usano un modello di IA per generare immagini, allora non c'è dubbio su chi sia il creatore. Essenzialmente, è un processo in cui l'essere umano impiega gli strumenti per creare, ovvero, è l'essere umano che fa un investimento intellettuale attraverso il procedimento creativo, non il modello di IA. Lo scopo fondamentale del sistema del diritto d'autore è favorire la creazione. Creazione e tecnologie di IA possono prosperare solo applicando in maniera appropriata il sistema del diritto d'autore e utilizzando strumenti giuridici per incoraggiare sempre più

⁸² art. 3, *Zhonghua Renmin Gongheguo Zhuzuoquan Fa* 中华人民共和国著作权法 (Legge sul diritto d'autore della Repubblica Popolare Cinese), adottata alla 15ª Sessione del Comitato Permanente della Settima Assemblea Nazionale del Popolo il 7 settembre 1990, ult. mod., con la decisione sulla modifica della Legge sul diritto d'autore della Repubblica popolare cinese alla XXIII Sessione del Comitato permanente della XIII Assemblea nazionale del popolo l'11 novembre 2020. Si veda Li Weimin 李伟民, *Rengong zhineng zhili chengguo zai zhuzuoquan fa de zhengque dingxing – yu Wang Qian jiaosou shangque* 人工智能智力成果在著作权法中的正确定性——与王迁教授商榷 (La corretta qualificazione dei risultati intellettuali dell'intelligenza artificiale nel diritto d'autore – discussione con il prof. Wan Qian), in *Dongfang Faxue* 东方法学 (Oriental Law), 3, 2018, p. 149-160; Wang Qian 王迁, *Lun rengong zhineng shengcheng de neirong zai zhuzuoquan fa zhong de dingxing* 论人工智能生成的内容在著作权法中的定性 (Sulla qualificazione giuridica dei contenuti generati dall'intelligenza artificiale nella legge sul diritto d'autore), in *Zhengfa luntan* 政法论坛 (Tribune of Political Science and Law), 41(4), 2017, p. 16-33.

Davide Clementi

Generare e non creare? Spunti per una comparazione sulla regolazione dell'intelligenza artificiale generativa tra Stati Uniti, Repubblica Popolare Cinese e Unione Europea

persone a usare gli ultimi ritrovati tecnici per creare». In tale contesto, «finché le immagini generate dall'intelligenza artificiale possono riflettere l'investimento intellettuale originale delle persone, dovrebbero essere riconosciute come opere e protette dalla legge sul diritto d'autore»⁸³.

Così, la Corte, sulla base degli artt. 3, 10, 11 e 54 della Legge sul diritto d'autore, ha riconosciuto la responsabilità civile del convenuto per violazione dell'autorialità dell'attore, condannandolo al risarcimento di 500 yuan per le perdite economiche e alle scuse tramite l'account Baijiahao di Liu.

Sempre davanti alla Beijing Internet Court, va segnalata la decisione sul primo caso in Cina di violazione del diritto di personalità associato a una voce generata da una intelligenza artificiale⁸⁴.

Yin, un doppiatore professionista, citava in giudizio cinque società, affermando che una di esse (una industria culturale e creativa con sede a Beijing), gli aveva commissionato alcune registrazioni, detenendo i diritti d'autore esclusivamente sui prodotti registrati. Questa società aveva poi fornito le registrazioni a un'altra società di *software*, permettendole di utilizzare, copiare e modificare le registrazioni per i suoi prodotti e servizi, commerciali e non commerciali. La società di *software* aveva poi utilizzato le registrazioni per creare un prodotto di sintesi vocale IA venduto su una piattaforma *cloud*, gestita da una società di Shanghai. La prima società e un'altra società di sviluppo tecnologico avevano firmato un contratto di vendita di servizi *online*, con l'ultima che ordinava il prodotto di sintesi vocale alla terza società.

La Corte ha asserito che elemento centrale per decidere la controversia fosse la riconoscibilità della voce. Per essere tutelabile secondo il diritto d'autore cinese, la voce generata dall'IA non deve permettere la riconoscibilità univoca del timbro vocale, del tono, del modo d'esprimersi della persona fisica o delle persone fisiche della cui voce è stata effettuata la

⁸³ In questo senso si è espressa anche una autorevole dottrina comparatistica, v. Tang Lei 唐蕾, *Rengong zhineng shengcheng wu de zhubuquan baohu bijiao fa yanjiu – yi yuan yuzhou beijing wei shijiao* 人工智能生成物的著作权保护比较法研究——以元宇宙背景为视角 (Uno studio giuridico comparativo sulla protezione del diritto d'autore dei prodotti generati dall'intelligenza artificiale, dal punto di vista contestuale del metaverso), in *Dianzi zhishi chanquan* 电子知识产权 (Electronics Intellectual Property), 3, 2023, p. 81-90.

⁸⁴ Chi Mingxu 迟明绪, *AI shengcheng neirong zhubuquan zhi zheng, zheng de shi shenme?* AI生成内容著作权之争·争的是什么? Di cosa parla la disputa sul copyright dei contenuti generati dall'intelligenza artificiale?, in *Legal Daily*, 6 maggio 2024.

sintesi artificiale⁸⁵. Al contrario, e come nel caso di specie, se una voce sintetizzata generata dall'IA permette al pubblico in generale ovvero a esperti di settore di associarla alla persona fisica tramite tono, timbro, stile di pronuncia, va considerata riconoscibile e ricade nella disponibilità dei diritti di personalità dell'individuo. In questo caso, poiché le società di *software* hanno utilizzato esclusivamente la voce della parte attorea per sviluppare il prodotto di sintesi vocale, e poiché è stata verificata dalla Corte l'elevata corrispondenza tra la voce IA e il timbro, il tono e lo stile di pronuncia dell'attore, è stato possibile identificare il querelante come soggetto leso. Pertanto, i diritti sulla voce del querelante si estendono alla voce IA in questione.

La Beijing Internet Court ha altresì osservato che, quandanche le società convenute avessero disposto del diritto sulle registrazioni della voce dell'attore, tale diritto non avrebbe incluso l'autorizzazione all'uso della voce dell'attore senza un ulteriore, esplicito consenso dell'interessato, come invece richiesto dall'art. 993 cod. civ. cin.⁸⁶. Le *software house*, utilizzando la voce dell'attore senza il suo permesso, hanno violato il suo diritto sulla voce, causando una lesione ai diritti della personalità ex art. 991 cod. civ. cin., e specificamente, ex art. 1023, comma 2⁸⁷. Di conseguenza, la Corte ha deciso che la società di tecnologia di Pechino e la società di *software* debbano porgere pubbliche scuse al querelante, mentre la compagnia di media e la società di *software* debbano risarcirlo per un totale di 250'000 yuan.

⁸⁵ Siamo di fronte a un evidente «allargamento dello 'spazio' di intervento del diritto d'autore», come affermato in G.M. Riccio, *Diritto d'autore, Digital Services Act e la fragilità teorica dietro i diritti fondamentali*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 17(1), 2023, p. 96, ove si rimanda a J. Pila, *Copyright and Its Categories of Original Works*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, 30, 2010, p. 229 ss.

⁸⁶ Recita infatti l'art. 993 cod. civ. cin. che «i soggetti di diritto possono autorizzare altri ad utilizzare il proprio nome, la propria denominazione, la propria immagine, salvo che tale autorizzazione sia impedita dalla legge o dalla natura». Va osservato che il Codice civile del 2020 non fornisce un *numerus clausus* di diritti della personalità, ben potendo la nozione di cui all'art. 990 essere estesa a «tutti gli altri diritti e interessi della personalità derivanti dalla libertà personale e dalla dignità umana».

⁸⁷ art. 1023 cod. civ. cin.: «Per la protezione della voce di una persona fisica, si applicano in quanto compatibili le disposizioni relative alla protezione del diritto all'immagine»; già in dottrina si avvertiva da subito la capacità estensiva delle disposizioni del Codice civile alle controversie relative all'IA, v. Liu Zhihui 刘智慧, *Minfa dian shiyu xia rengong zhineng falü guizhi lungang* 民法典视域下人工智能法律规制论纲 (Cenni sulla regolazione giuridica dell'intelligenza artificiale dal punto di vista del Codice civile), in *Xueshu Jiaoliu* 学术交流 (Academic Exchanges), 9, 2023, p. 80-96.

7. Creazioni assistite e creazioni autonomamente generate dall'IA: la prospettiva europea

Anche nel campo della regolazione dell'intelligenza artificiale, l'Unione Europea sembra assumere approcci difensivi rispetto alle potenze tecnologiche di Stati Uniti d'America e Repubblica Popolare Cinese, tentando di compiere un difficile bilanciamento tra diritti fondamentali ed esigenze di sviluppo dei settori tecnologicamente più avanzati⁸⁸.

Già nel 2004, il gruppo di esperti di alto livello sulle *converging technologies* aveva espresso «un enorme potenziale di trasformazione» da parte delle tecnologie innovative come l'intelligenza artificiale, pur sempre «accompagnato da enormi timori»⁸⁹. Timori che accompagnano con più forza il *Libro bianco sull'intelligenza artificiale* del febbraio 2020, ove i paradisi possibili immaginati e immaginabili grazie all'intelligenza artificiale lasciano subito lo spazio ai «rischi potenziali», quali «meccanismi decisionali opachi, discriminazioni basate sul genere o di altro tipo, intrusioni nelle nostre vite private o utilizzi per scopi criminali»⁹⁰.

Nello stesso anno del *Libro bianco*, il Parlamento europeo adottava una risoluzione in materia di proprietà intellettuale per lo sviluppo delle tecnologie di intelligenza artificiale⁹¹. L'IA poneva crescenti «interrogativi circa la protezione dell'innovazione stessa e l'applicazione dei diritti della proprietà intellettuale ai materiali, ai contenuti o ai dati generati dall'IA e dalle tecnologie correlate, che possono essere di natura industriale o artistica» e generare «varie opportunità commerciali».

Bisogna così distinguere tra l'attività creatrice e le «creazioni umane», anche ottenute con l'ausilio dell'IA (*AI-assisted human creations*), e le creazioni-contenuti «generati automaticamente dall'IA» (*creations autonomously generated by AI*)⁹². Di più, le «creazioni [...] generate automaticamente dall'IA»

⁸⁸ Cfr. sul tema R. Torino, *Libertà d'impresa e diritto alla protezione dei dati personali*, in *MediaLaws*, 1, 2023, p. 66-85; G. Resta, *Cosa c'è di 'europeo' nella proposta di Regolamento UE sull'intelligenza artificiale*, in *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2, 2022, p. 323-342; G. Di Gregorio, *Digital Constitutionalism in Europe*, Cambridge, 2023.

⁸⁹ High Level Expert Group "Foresighting the New Technology Wave", *Converging Technologies – Shaping the Future of European Societies*, Brussels, 2004, p. 9.

⁹⁰ Commissione Europea, *Libro Bianco sull'intelligenza artificiale - Un approccio europeo all'eccellenza e alla fiducia*, (COM 2020) 65 final, 19 febbraio 2020, p. 1.

⁹¹ Risoluzione del Parlamento europeo del 20 ottobre 2020 sui diritti di proprietà intellettuale per lo sviluppo di tecnologie di intelligenza artificiale ([2020/2015\(INI\)](#)).

⁹² Considerando J, 2020/2015(INI).

pongono per gli operatori del diritto e i settori culturali e creativi «nuove sfide normative in termini di protezione dei DPI, quali ad esempio le questioni della titolarità e della paternità dell'inventore e della remunerazione adeguata, nonché questioni relative alla potenziale concentrazione del mercato»⁹³. Mentre per le creazioni tecniche generate dalla tecnologia di IA, il Parlamento immagina l'operare della tutela della proprietà intellettuale, le opere frutto della produzione da parte di agenti artificiali e robot potrebbero essere del tutto insuscettibili di protezione autoriale, dal momento che «il concetto di “creazione industriale” riguarda la personalità dell'autore»⁹⁴.

8. (Segue) *Le IA generative nell'Artificial Intelligence Act*

Il timore espresso in precedenza dalle istituzioni europee emerge anche nella proposta di Regolamento che stabilisce regole armonizzate sull'intelligenza artificiale avanzata dalla Commissione europea⁹⁵. Se, come rilevato a commento dell'originaria proposta della Commissione, l'*Artificial Intelligence Act* poggia sui pilastri della tutela della persona, della responsabilità per i danni derivanti dall'uso delle nuove tecnologie e della tutela del diritto d'autore⁹⁶, il Parlamento europeo ha contribuito a

⁹³ Punto n. 14, 2020/2015(INI).

⁹⁴ Punto n. 16, 2020/2015(INI).

⁹⁵ Proposta di Regolamento della Commissione che stabilisce regole armonizzate sull'Intelligenza artificiale ([Legge sull'Intelligenza artificiale](#)) e modifica alcuni atti legislativi dell'Unione, 21 aprile 2021, COM(2021) 206 final; cfr. G. Finocchiaro, *La regolazione dell'intelligenza artificiale*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 4, 2022, p. 1085 ss.; G. Contaldi, *Intelligenza artificiale e dati personali*, in *Ordine internazionale e diritti umani*, 2021, p. 1193-1213; del medesimo autore, *La proposta di regolamento sull'intelligenza artificiale e la protezione dei dati personali*, in G. Caggiano – G. Contaldi – P. Manzini (a cura di), *Verso una legislazione europea su mercati e servizi digitali*, Roma, 2021, p. 207-231; A. Adinolfi, *L'intelligenza artificiale tra rischi di violazione dei diritti fondamentali e sostegno alla loro promozione: considerazioni sulla (difficile) costruzione di un quadro normativo dell'Unione*, in A. Pajno – F. Donati – A. Perrucci (a cura di), *Intelligenza artificiale e diritto: una rivoluzione?*, Bologna, 2022, spec. p. 142-143; in favore di un intervento dell'Unione europea «per fissare delle linee-guida il più possibile precise» A. Viglianisi Ferraro, *Le nuove frontiere dell'intelligenza artificiale ed i potenziali rischi per il diritto alla privacy*, in *Persona e Mercato*, 2, 2021, p. 410.

⁹⁶ Così E. Calzolaio, *L'errore nella decisione nell'era dell'intelligenza artificiale (raccolta di contributi)*, in *Lacittadinanzaeuropeaonline*, 2, 2022, p. 3, citando G. Alpa, *Quale modello normativo europeo per l'intelligenza artificiale?*, in *Contratto e impresa*, 4, 2021, p. 1009. Si vedano *ex multis* C.

consolidare l'impianto generale, approvando il 13 marzo 2024 un testo che introduce modifiche sostanziali rispetto alla proposta iniziale⁹⁷.

In particolare, rispetto alla proposta originaria della Commissione, che prevedeva un elenco tassativo di tecnologie e *software* annoverabili come sistemi di IA, la definizione di sistema di IA adottata si allinea con quella fornita dall'OCSE, descrivendo i sistemi di IA come «un sistema automatizzato progettato per funzionare con livelli di autonomia variabili e che può mostrare adattabilità dopo la diffusione e che, per obiettivi espliciti o impliciti, deduce dall'input che riceve come generare output quali previsioni, contenuti, raccomandazioni o decisioni che possono influenzare ambienti fisici o virtuali»⁹⁸.

Il Parlamento europeo ha scelto di reintegrare il riferimento ai contenuti (*content*), precedentemente espunto, mentre viene omessa la menzione esplicita ai sistemi di IA generativa, presente invece nella proposta del Consiglio. ChatGPT rappresenta pertanto un sistema di IA secondo il diritto dell'Unione Europea⁹⁹, composto a sua volta da un modello di IA per finalità generali (*general purpose AI model*, o GPAI)¹⁰⁰, cioè modelli che possono essere integrati in una varietà di sistemi o applicazioni, caratterizzati da una generalità significativa e in grado di svolgere con

Casonato – B. Marchetti, *Prime osservazioni sulla proposta di Regolamento in dell'Unione europea in materia di Intelligenza artificiale*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 3, 2021, p. 415 ss.; O. Pollicino – F. Paolucci, *La proposta di Regolamento sull'Intelligenza artificiale: verso una nuova governance europea*, in *Privacy&*, 3, 2021; G. Contissa – F. Galli – F. Godano – G. Sartor, *Il Regolamento Europeo sull'Intelligenza artificiale. Analisi informatico-giuridica*, in *i-lex. Scienze giuridiche, Scienze cognitive e Intelligenza artificiale*, 2, 2021, p. 3 ss.

⁹⁷ *Supra*, nota 1.

⁹⁸ Art. 3, AI Act. Si veda pure il Considerando n. 6; cfr. S. Russell – K. Perset – M. Grobelenik, *Updates to the OECD's definition of an AI System*, OECD, <https://oecd.ai/en/wonk/ai-system-definition-update>, 29 novembre 2023: «An AI system is a machine-based system that, for explicit or implicit objectives, infers, from the input it receives, how to generate outputs such as predictions, content, recommendations, or decision that can influence physical or virtual environments. Different AI systems vary in their levels of autonomy and adaptiveness after deployment». Problematiche rispetto alla “generalizzazione” definitoria in materia di IA vengono sollevate da H. Ruschemeier, *AI as a challenge for legal regulation – the scope of application of the artificial intelligence act proposal*, in *ERA Forum*, 23, 2023, p. 361-376.

⁹⁹ *Supra*, nota 1.

¹⁰⁰ art. 3, n. 63 e art. 51, AI Act; si veda a proposito C.I. Gutierrez – A. Aguirre – R. Uuk *et al.*, *A Proposal for a Definition of General Purpose Artificial Intelligence Systems*, in *DISO*, 2, 2023, p. 36 ss.

Generare e non creare? Spunti per una comparazione sulla regolazione dell'intelligenza artificiale generativa tra Stati Uniti, Repubblica Popolare Cinese e Unione Europea

competenza una ampia gamma di compiti distinti, indipendentemente dalle modalità con cui il modello viene immesso sul mercato¹⁰¹.

Il regolamento europeo delinea un approccio stratificato basato sul rischio e la conseguente distribuzione delle responsabilità dal generico utente finale al *deployer*¹⁰². Limitatamente ai modelli di IA per finalità generali entro i quali rientrano le intelligenze artificiali generative, l'approccio stratificato presuppone che questi non siano categorizzati come ad alto rischio, ricadendo nella disciplina di minor favore di cui al capo III¹⁰³. La Commissione europea, però, qualora venisse a conoscenza che un modello di IA per finalità generali presenta un rischio sistemico, potrà decidere di designare il modello come ad alto rischio, con gli obblighi di cui all'art. 55 AI Act.

¹⁰¹ Ad esempio, in base all'AI Act, per ChatGPT, il modello alla base del funzionamento della *chatbot* di OpenAI ex art. 3, n. 63 AI Act è il *large language model General Pre-trained Transformer 4* (GPT-4). L'AI Act è chiaro, dunque, nell'affermare che i sistemi di IA non costituiscono di per sé modelli. Essi sono, però, spesso integrati e formano una parte essenziale dei sistemi di IA ma, diversamente da quest'ultimi, i fornitori di GPAI sono soggetti a una specifica procedura di classificazione ex art. 52 AI Act e distinti obblighi, di cui all'art. 53.

¹⁰² Sulla base del Considerando n. 13, AI Act, «[l]a nozione di *deployer* di cui al presente regolamento dovrebbe essere interpretata come qualsiasi persona fisica o giuridica, compresi un'autorità pubblica, un'agenzia o un altro organismo, che utilizza un sistema di IA sotto la sua autorità, salvo nel caso in cui il sistema di IA sia utilizzato nel corso di un'attività personale non professionale. A seconda del tipo di sistema AI, l'uso del sistema può interessare persone diverse dal *deployer*». Sul tema è d'uopo il rimando a G. Comandé, *Multilayered (Accountable) Liability for Artificial Intelligence*, in S. Lohsse – D. Staudenmayer (eds.), *Liability for Artificial Intelligence and the Internet of Things*, Oxford, p. 175 ss.; C. Reed, *How should we regulate artificial intelligence?*, in *Philosophical Transactions R. Soc. A.*, 376, 2018, p. 1-12; J. Laux – S. Wachter – B. Mittelstadt, *Trustworthy artificial intelligence and the European Union AI act: On the conflation of trustworthiness and acceptability of risk*, in *Regulation & Governance*, 18(1), 2023, p. 3-32; v. art. 25, AI Act. Sul tema della delineazione del regime di responsabilità, ispecie del fornitore, si desidera rimandare a G. Di Rosa, *Quali regole per i sistemi automatizzati "intelligenti"*, in *Rivista di diritto civile*, 5, 2021, p. 823-853; U. Ruffolo (a cura di), *XXVI lezioni di Diritto dell'Intelligenza artificiale*, Torino, 2021, p. 331-338; in generale, sull'allocazione della responsabilità basata sulla valutazione dei soggetti che hanno maggiore controllo ovvero consapevolezza dei rischi connessi, si veda il seminale contributo di G. Calabresi, *The Costs of Accidents. A Legal and Economic Analysis*, New Haven (USA), 1970.

¹⁰³ artt. 6(1)(a)(b), 9(2), 14, AI Act.

Completano il quadro i sistemi a rischio limitato o minimo, come le *chatbot*, ovvero alcuni prodotti dei medesimi, come i *deep fake*¹⁰⁴, per i quali sono previsti obblighi minimi a garanzia della trasparenza delle operazioni. Per questi, il regolamento europeo prevede l'obbligo per il *deployer*, di «rendere noto in modo chiaro e distinto che il contenuto è stato creato o manipolato artificialmente, etichettando di conseguenza gli *output* dell'IA e rivelandone l'origine artificiale» che ha generato o manipolato il contenuto audio-visivo valutato come *deep fake*¹⁰⁵. L'obbligo di “marchiare” come *artificially generated* ovvero *manipulated* è generalizzato per tutti gli *output* dei sistemi di IA, salvo che tali sistemi non vengano impiegati in funzione di assistenza all'agente umano per attività di *editing*¹⁰⁶.

9. Soluzioni tradizionali e dilemmi nuovi tra creatività umana e generatività artificiale: riflessioni conclusive

Innanzitutto agli «slanci definitivi»¹⁰⁷ e alle rigidità¹⁰⁸ mostrati nei sistemi statunitense, cinese ed europeo nel tracciare i confini giuridici dell'intelligenza artificiale e dei rischi a essa collegati¹⁰⁹, è bene ritornare alla domanda cui si era partiti, ovverossia se la generazione algoritmica di

¹⁰⁴ In base all'art. 3(60), AI Act, sono *deep fake* «un'immagine o contenuto audio o video generato o manipolato dall'IA che assomiglia a persone, oggetti, luoghi, entità o eventi esistenti e che apparirebbe falsamente autentico o veritiero a una persona».

¹⁰⁵ Considerando 134, AI Act, art. 50(7).

¹⁰⁶ art. 50(2), AI Act, da leggere in combinato col Considerando 120.

¹⁰⁷ L. Arnaudo – R. Pardolesi, *Ecce robot. Sulla responsabilità dei sistemi adulti di intelligenza artificiale*, in *Danno e responsabilità*, 4, 2023, p. 409, riprendendo quanto espresso da M.A. Lemley – B. Casey, *You Might Be a Robot*, in *Cornell Law Review*, 105, 2020, p. 287, dove gli AA. eccediscono la sempre maggiore complicità nel distinguere tra le persone e le macchine stupide in ragione di una sfumatura dei contorni («*blurring of the lines*») fra le due categorie.

¹⁰⁸ Si vedano in tal senso le considerazioni mosse in materia di *conversational generative AI* da A. Diurni – G.M. Riccio, *ChatGPT: Challenges and Legal Issues in Advanced Conversational AI*, in *The Italian Law Journal*, 9(2), 2023, p. 473-497.

¹⁰⁹ Cfr. altresì H. Roberts *et al.*, *Governing artificial intelligence in China and the European Union: Comparing aims and promoting ethical outcomes*, in *The Information Society*, 39(2), p. 79-97; sui problemi etici incontrati nella gestione dell'impresa, e in particolare in materia di *corporate social responsibility* delle imprese e intelligenza artificiale, v. R. Fioravante, *Beyond the Business Case for Responsible Artificial Intelligence: Strategic CSR in Light of Digital Washing and the Moral Human Argument*, in *Sustainability*, 16, 2024, p. 1232 ss.

Generare e non creare? Spunti per una comparazione sulla regolazione dell'intelligenza artificiale generativa tra Stati Uniti, Repubblica Popolare Cinese e Unione Europea

contenuti sia idonea a ricevere una tutela tanto quanto l'attività artistica, intellettuale e, più in generale, creatrice dell'agente umano.

Alcune risposte sembrano provenire dagli ordinamenti in esame. Il Parlamento europeo distingue fra le creazioni generate automaticamente dall'IA e le creazioni umane assistite dall'IA. Una conclusione simile sembra essere raggiunta dal regolatore statunitense che, alla luce di una consolidata giurisprudenza in materia, riconosce sì un valore ai contenuti generati dalle IA, ma riserva la tutelabilità alle sole creazioni che abbiano a fondamento il "sudore della fronte" dell'agente umano realizzate attraverso il preponderante impegno creativo e direttivo dell'autore-essere umano. L'approccio finora assunto nel sistema giuridico socialista cinese non appare dissimile, in quanto, al netto di uno standard di originalità considerevolmente basso e all'incoraggiamento all'utilizzo delle IA generative¹¹⁰, rimane centrale il riconoscimento dell'investimento intellettuale compiuto dall'essere umano attraverso e nel procedimento creativo affinché si possa propriamente applicare il sistema del diritto d'autore cinese.

Senza indulgere in riflessioni che si sono prestate a essere osservate in prospettiva teologica¹¹¹, può dunque dirsi che, trasversalmente ai tre

¹¹⁰ Jiang Ge 蒋桐, *Lun rengong zhineng shengcheng neirong de ke banquan zing: yi yonghu de duchuang xing biaoda wei shijiao* 论人工智能生成内容的可版权性：以用户的独创性表达为视角 (Sulla tutela dei diritti d'autore dei contenuti generati dall'intelligenza artificiale: prendere l'espressione originale dell'utente come prospettiva), in *Zhishi Chanquan* 知识产权 (Intellectual Property Rights), 1, 2024, p. 36-67; Wen Tianji 闻天吉, *Bo rengong zhineng "chuangzuo gongju shuo"* 驳人工智能“创作工具说” (Confutare la “teoria degli strumenti creativi” dell'intelligenza artificiale), in *Zhishi Chanquan* 知识产权 (Intellectual Property Rights), 1, 2024, p. 85-105; per alcune ulteriori flessioni sulla dottrina cinese, si veda Ding Xiaodong 丁晓东, *Zhuzuoquan de jiegou yu zhonggou: rengong zhineng zuopin falü baobu de falü fansi* 著作权的解构与重构：人工智能作品法律保护的法理反思 (Decostruzione e ricostruzione del diritto d'autore: riflessione giuridica sulla tutela giuridica delle opere di intelligenza artificiale), in *Fazhi yu Shehui Fazhan* 法制与社会发展 (Law and Social Development), 5, 2023, p. 109-127.

¹¹¹ Per le quali è d'uopo rimandare al contributo di M. Cerutti – L. Laterza, *Conversazioni computazionali: ChatGPT, as an artificial intelligence, do you create, or do you generate?*, in *EPEKEINA – International Journal of Ontology, History and Critics*, 16(1-2), 2023, p. 1-15, nel quale gli AA. ritengono che «nella professione di fede del Credo – nella versione arricchita durante il Concilio di Nicea I che ha apportato all'originario testo del II secolo d.C. le affermazioni cristologiche definite proprio in quel Concilio – vi siano degli elementi utili» per comprendere la differenza fra l'utilizzo della parola “generare” e quello della parola “creare”; si veda pure G. Taddei Elmi, *Il Quid, il Quomodo e il Quid iuris dell'IA. Una riflessione a partire dal volume “Diritto e tecnologie informatiche”*, in *Rivista italiana di informatica e diritto*, 2, 2021, p. 131-139; A. Simoncini, *Come regolarsi con l'Intelligenza Artificiale*, in *Nuova Atlantide*, 11, 2024, p. 46-49.

Generare e non creare? Spunti per una comparazione sulla regolazione dell'intelligenza artificiale generativa tra Stati Uniti, Repubblica Popolare Cinese e Unione Europea

sistemi presi in esame, il prodotto dell'IA generativa sia «generato, non creato» (*gennēthénta ou poiēthénta, γεννηθέντα οὐ ποιηθέντα, génitum, non factum*). Del resto, le intelligenze artificiali generative altro non compiono se non rielaborare, simulare (anzi, dissimulare) attraverso algoritmi complessi e in costante aggiornamento ed espansione contenuti che provengono dall'attività sensoriale, esperienziale, intellettuale, creativa che gli esseri umani, prima dell'intelligenza artificiale, hanno compiuto, realizzato, creato. Dunque, compiere azioni, giuridicamente o non giuridicamente rilevanti, realizzare *ex nihilo* beni e opere originali e creativi sono attività appartenenti al solo agente umano¹¹², dotato di personalità – e di capacità – giuridica e unico possibile centro di imputazione di diritti e responsabilità derivanti dall'impiego dell'intelligenza artificiale¹¹³.

¹¹² Si veda G. Frosio, *L'(I)Autore inesistente: una tesi tecnico-giuridica contro la tutela dell'opera generata dall'intelligenza artificiale*, in *AIDA*, 52, 2020, p. 52-91; G. Spedicato, *Creatività artificiale, mercato e proprietà intellettuale*, in *Rivista di diritto industriale*, 4-5, 2019, p. 253-307; F. Ferretti, *Intelligenza artificiale e diritto d'autore: quale tutela per il robot creatore?*, in *Rassegna di Diritto della Moda e delle Arti*, 1, 2022, p. 68 ss.. Nella scienza economica tale riflessione è stata sostenuta *ex multis* dall'economista, psicologo cognitivo e informativo H. Simon, *How managers express their creativity*, in *Across the board*, 23, 1986, p. 11-16: «le azioni sono [...] creative quando producono qualcosa che sia originale, interessante o abbia valore sociale. Un elemento originale che sia interessante e di valore sociale rappresenta il fondamento della creatività» [*trad. propria*].

¹¹³ In dottrina, il tema dell'imputazione del costo del risarcimento sotteso alla distribuzione del rischio è risalente, cfr. M. Trimarchi, *Rischio e responsabilità oggettiva*, Milano, 1961; M. Comperti, *Esposizione al pericolo e responsabilità civile*, Morano, 1965; G. Calabresi, *Costo degli incidenti e responsabilità civile. Analisi economico-giuridica*, Milano, 1975; L.B. Solum, *Legal Personhood for Artificial Intelligences*, in *North Carolina Law Review*, 70(4), 1992, p. 1284-1287, secondo il quale «*an answer to the question whether artificial intelligences should be granted some form of legal personhood cannot be given until our form of life gives the question urgency*»; Come ricordato più di recente da M. Franzoni, *La responsabilità civile – Una lunga storia ancora da percorrere*, in *Contratto e impresa*, 4, 2021, p. 1121, molta autorevole dottrina si è interrogata e ha sostenuto di ritenere che «la scelta (di rilievo giuridico) compiuta dall'algoritmo può essere considerata una forma di intelligenza come quella dello schiavo di un tempo o di un animale, agli effetti dell'art. 2052 c.c.». *Contra* si rimanda a L. Arnaudo – R. Pardolesi, *Ecce robot. Sulla responsabilità dei sistemi adulti di intelligenza artificiale*, in *Danno e responsabilità*, 4, 2023, p. 415; Anche di recente si sono espressi in questo verso L. De Biase – G. Finocchiaro – O. Pollicino, *Perché OpenAI è responsabile per i danni che ChatGPT ha prodotto*, in *Il Sole 24 Ore*, 25 luglio 2023: «OpenAI è dunque responsabile, civilmente e penalmente, per i danni che ChatGPT ha prodotto. Poco rileva la questione della soggettività giuridica. Come già è accaduto per le auto a guida autonoma, il produttore risponde. Certo, nel caso di diffusione delle informazioni, occorre che il rimedio giunga rapidamente e che la tutela, anche cautelare, sia effettiva. L'informazione confezionata da ChatGPT appare credibile e

Generare e non creare? Spunti per una comparazione sulla regolazione dell'intelligenza artificiale generativa tra Stati Uniti, Repubblica Popolare Cinese e Unione Europea

L'attività del creare, oltretutto del trarre fuori dall'umano intelletto un'opera dell'ingegno, una creazione artistica, culturale, creativa, scientifica, o ancora più genericamente un *facere*, rimane esclusivo appannaggio dell'agente umano, il quale al più può essere assistito dall'intelligenza artificiale¹¹⁴. L'attività del generare, invece, risulta *anche* in capo all'IA, la quale, dalla mole di informazioni fornite da agenti umani sulla loro stessa attività creatrice e sullo scibile del genere umano, potrà separare prodotti e servizi nuovi, ri-elaborare contenuti che imitano l'ingegno umano, ma che, a rigore, dovrebbero essere privi dei crismi dell'autenticità, della creatività e dell'originalità propri della creazione dal nulla¹¹⁵.

Fintanto che l'autorialità-*authorship*, con il proprio intrinseco legame con il processo creativo e, dunque, con la creatività¹¹⁶, conserverà la sua natura di requisito necessario ma non sufficiente, allora la tradizionale

verosimile, anche se non sempre vera, e induce ad affidarsi. La rappresentazione della conoscenza con la pagina scritta, anche se digitale, crea affidamento».

¹¹⁴ Si veda art. 6, l. 22 aprile 1941, n. 633, ove è espresso che «creazione dell'opera quale particolare espressione del lavoro intellettuale» e il lavoro intellettuale non può che essere della persona fisica. Cfr. V. Franceschelli, *Il diritto d'autore*, Torino, 2009, p. 136; M. Fabiani, *Capacità di agire nell'autore, capacità giuridica e atto di creazione dell'opera*, in *Il diritto d'autore*, 52(3/4), 1981, p. 283-291. Una parte minoritaria della dottrina ritiene bastevole il requisito della creatività, slegandolo dal contributo determinante dell'agente umano, v. M. Franzosi – G. De Sanctis, *L'opera dell'ingegno e l'invenzione si avvicinano: diritti morali e nuove tecnologie*, in *Rivista di diritto industriale*, 3, 1994, p. 519-530.

¹¹⁵ Autorevole dottrina parla di «codificare» il passato» in relazione all'attività generativa delle macchine intelligenti, v. E. Battelli, *Necessità di un umanesimo tecnologico: sistemi di intelligenza artificiale e diritti della persona*, in *Diritto di famiglia e delle Persone*, 3, 2022, p. 1096-1121; secondo una risalente prospettiva, al contrario, già i computer elettronici potevano risultare quali autonomi centri di imputazione di fatti e situazioni giuridicamente rilevanti, cfr. G. Taddei Elmi, *L'intelligenza artificiale tra valore e soggettività: capacità cognitiva e capacità giuridica dei sistemi intelligenti*, in A. Martino (a cura di), *Sistemi esperti nel diritto*, Milano, 1989, p. 915-942; A. Zoppini, *Informatizzazione della conoscenza e responsabilità: i sistemi esperti*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 1990, p. 581-605; quanto invece al tema dell'"originalità", standard cui spetto si fa ricorso nelle riflessioni dottrinali anche in prospettiva comparatistica, si veda P. Fabbio, *Opere protette e requisiti di tutela nel diritto d'autore*, in *AIDA. Annali italiani del diritto d'autore, della cultura e dello spettacolo*, 25, 2016, p. 281-308; F. Macmillan, *Il diritto d'autore nell'era digitale: verso il declino dell'originalità dell'opera*, in G. Resta (a cura di), *L'Armonia del Diritto: Contributi ad una riflessione su diritto e musica*, Roma, 2020, p. 109-119.

¹¹⁶ Sul punto L.C. Ubertazzi, *Commentario breve alle leggi su proprietà intellettuale e concorrenza*, Padova, 2016, p. 1461 ss., ma pure M. Woodmansee, *The Author, Art, and the Market: Rereading the History of Aesthetics*, New York, 1994; V. Iaia, *Il «maggiore rigore» nell'esame di originalità delle opere dell'ingegno realizzate con l'ausilio del software*, in *Rivista di Diritto Industriale*, 4-5, 2023, p. 252-271.

protezione giuridica offerta dal diritto d'autore (o del *copyright* per i sistemi di *common law*) risulterà inalterata nel suo costitutivo tratto umanocentrico.

Inutile però non guardare ad alcune problematiche sottese all'eventuale irrigidimento della tradizionale "flessibilità"¹¹⁷ dei sistemi di tutela delle opere creative e dell'ingegno verso le IA generative, che continuano a diffondersi, a prosperare, a creare profitto per le società che le controllano e non per gli autori che inconsapevolmente vedono i propri contenuti rielaborati indiscriminatamente dai modelli generativi¹¹⁸. La simulazione, per quanto sofisticata, della creatività umana è compiuta proprio a scapito del soggetto umano creatore, in una riedizione, a tre secoli di distanza, della critica che da John Locke in avanti avrebbe dato la stura al primo intervento legislativo in materia di *copyright*. Le (poche) società proprietarie dei modelli generativi non sembrano dissimili, nella loro posizione dominante, nella gestione indiscriminata e predatoria dei dati e dei contenuti creativi, al monopolio sulle opere e sul loro sfruttamento economico da parte della *Company of Stationers* inglese, che ha controllato per secoli la riproduzione dei testi letterari. Oggi come allora, il soggetto autoriale – per dirla con Locke – si riconosce «*proprietor of his own person*», da cui deriva il desiderio naturale di appropriazione delle «*invention[s] and arts [which] had improved the conveniences of Life [...] and did not belong in common to others*»¹¹⁹.

Se appare illusoria la rottura delle economie di scala e della posizione oligopolistica delle società detentrici di IA generative (come invece accadde trecento anni fa con la *Company of Stationers*), vanno almeno adottate soluzioni che permettano agli autori, *lato sensu* intesi quali creatori umani di contenuti, di non fornire le proprie opere al *training* delle IA generative;

¹¹⁷ Si parla, per l'appunto, di "flessibilità" (*souplesse*), dovuta alla tendenza alla confusione degli elementi caratterizzanti la tutela del diritto d'autore (opera, creatività, originalità, soggetto autoriale) in A. Bensamoun – J. Farchy – P.F. Schira, *Mission du CSPLA sur les enjeux juridiques et économiques de l'intelligence artificielle dans les secteurs de la création culturelle*, 2020, Paris, p. 32.

¹¹⁸ R. Metz, *These Artists Found out Their Work Was Used to Train AI. Now They're Furious*, in *CNN Business*, <https://www.cnn.com/2022/10/21/tech/artists-ai-images/index.html>, 21 ottobre 2022.

¹¹⁹ J. Locke, *Two Treatises of Government*, Cambridge, 1988, II.44; cfr. E.J. Hundert, *The Making of Homo Faber: John Locke between Ideology and History*, in *Journal of the History of Ideas*, 33, 1972, p. 3-21; e successivi sviluppi dati in A. Negri, *Valorisation du travail et destinée de la propriété individuelle dans le matérialisme des Lumières*, in *Dix-huitième siècle*, 24, 1992, p. 199-213; A. Donati, *La fondazione giusnaturalistica del diritto sulle opere dell'ingegno*, in *AIDA*, 1, 1997, p. 405-421.

Davide Clementi

Generare e non creare? Spunti per una comparazione sulla regolazione dell'intelligenza artificiale generativa tra Stati Uniti, Repubblica Popolare Cinese e Unione Europea

soprattutto, vanno previste forme di ristoro per la “generatività” delle intelligenze artificiali¹²⁰, come richiesto da oltre ottomila autori per «mitigare i danni causati» dalle IA generative alla loro professione¹²¹.

ABSTRACT: This paper explores the regulation of generative artificial intelligence (AI), providing a comparative analysis of regulatory approaches across the United States, the People’s Republic of China, and the European Union. It digs into the historical and contemporary regulatory efforts in the US, highlighting the tension between market-driven innovation and regulatory oversight. The study then examines China’s proactive stance on AI regulation, focusing on algorithmic and deep synthesis governance, as well as recent judiciary developments regarding generative AI. The European perspective is analyzed through the lens of the Artificial Intelligence Act, emphasizing the balance between technological advancement and fundamental rights protection. The paper concludes with a reflection on the evolving interplay between human creativity and AI generativity, underscoring the need for legal frameworks to address the ethical, social, and economic implications of AI-generated content.

KEYWORDS: generative artificial intelligence regulation – intellectual property – United States of America – People’s Republic of China – European Union

Davide Clementi – Dottorando di ricerca di Diritto Privato Comparato nell’Università degli Studi di Macerata; membro aggregato del Centro Studi e Documentazione sulla Cina e sull’Asia Orientale nell’Università degli Studi Roma Tre (d.clementi1@unimc.it).

¹²⁰ M. Senftleben, *Generative AI and Author Remuneration*, in *IIC*, 54, 2023, p. 1535-1560; G.M. Riccio, *Diritto d'autore*, cit.

¹²¹ K. Xiang Teo, *James Patterson, Margaret Atwood, and 8,000 other authors want AI companies to pay them for using their works*, in *Business Insider*, <https://www.businessinsider.com/ai-companies-thousands-authors-demand-compensation-for-using-works-2023-7>, 19 luglio 2023.

REGOLAMENTO SULL'INVIO E LA VALUTAZIONE SCIENTIFICA DEI CONTRIBUTI DESTINATI ALLA “RIVISTA DI DIRITTI COMPARATI”

1. La *Rivista di diritti comparati* pubblica, con cadenza quadrimestrale, articoli sottoposti a procedura di valutazione scientifica (*peer review*), al fine di verificarne la compatibilità con i requisiti di scientificità e di trasparenza, nel rispetto del pluralismo metodologico.
2. Gli articoli devono pervenire in formato word all'indirizzo e-mail di uno dei direttori della Rivista e devono essere redatti secondo quanto prescritto dalle “Norme editoriali”.
3. Gli articoli devono essere inediti e non destinati ad altra sede di pubblicazione. Non costituisce ostacolo all'accettazione la precedente pubblicazione del contributo in *Diritti comparati – Working Papers*.
4. I direttori della Rivista redigono e curano l'aggiornamento di un elenco di revisori, selezionati tra professori e ricercatori italiani e stranieri del settore delle scienze giuridiche. I contributi in lingua diversa dall'italiano vengono assegnati in valutazione a revisori con specifiche conoscenze linguistiche.
5. Ogni articolo viene valutato preliminarmente dai direttori, al fine di verificarne la compatibilità e l'interesse con gli ambiti scientifici di interesse della Rivista, come descritti in sede di presentazione.
6. All'esito positivo del vaglio preliminare, gli articoli sono inviati a due revisori selezionati dall'elenco di cui al punto 4. I contributi vengono valutati nel rispetto del meccanismo *double blind*. I revisori redigono una scheda di commento dell'articolo, evidenziandone pregi e difetti riferiti unicamente alla qualità scientifica e formulando proposte di revisione o consigliando di non pubblicare l'articolo. In caso di radicale difformità di giudizio dei due valutatori la Direzione procede ad una valutazione comparativa e assume le opportune determinazioni.
7. Non sono sottoposti a referaggio i contributi richiesti dalla direzione, quelli provenienti dai membri del comitato scientifico della Rivista o per le ragioni di cui si dà espressa indicazione all'inizio dei singoli contributi. I contributi destinati alla sezione Recensioni sono sottoposti a un singolo referaggio cieco.
8. L'autore riceve la scheda redatta dal revisore al fine di adeguarsi alle proposte formulate o di motivare circa il mancato adeguamento. L'articolo viene pubblicato se i direttori ritengono soddisfatte le richieste di revisione formulate dai revisori.
9. La documentazione relativa al referaggio è conservata dalla redazione per tre anni. L'elenco dei revisori effettivamente coinvolti nell'attività di valutazione scientifica viene reso noto in un'apposita sezione della *Rivista* ogni due anni.

LINEE GUIDA ETICHE

La **Rivista di diritti comparati** intende garantire la qualità dei contributi scientifici ivi pubblicati. A questo scopo, la direzione, i valutatori e gli autori devono agire nel rispetto degli standard internazionali editoriali di carattere etico.

Autori: in sede di invio di un contributo, gli autori sono tenuti a fornire ogni informazione richiesta in base alla policy relativa alle submissions. Fornire informazioni fraudolente o dolosamente false o inesatte costituisce un comportamento contrario a etica. Gli autori garantiscono che i contributi costituiscono interamente opere originali, dando adeguatamente conto dei casi in cui il lavoro o i lavori di terzi sia/siano stati utilizzati. Qualsiasi forma di plagio deve ritenersi inaccettabile. Costituisce parimenti una condotta contraria a etica, oltre che una violazione della policy relativa alle submissions, l'invio concomitante dello stesso manoscritto ad altre riviste. Eventuali co-autori devono essere al corrente della submission e approvare la versione finale del contributo prima della sua pubblicazione. Le rassegne di dottrina e giurisprudenza devono dare esaurientemente e accuratamente conto dello stato dell'arte.

Direzione: la direzione si impegna a effettuare la selezione dei contributi esclusivamente in base al relativo valore scientifico. I membri della direzione non potranno fare uso di alcuna delle informazioni acquisite per effetto del loro ruolo in assenza di un'esplicita autorizzazione da parte dell'autore o degli autori. La direzione è tenuta ad attivarsi prontamente nel caso qualsiasi questione etica sia portata alla sua attenzione o emerga in relazione a un contributo inviato per la valutazione ovvero pubblicato.

Valutatori: i contributi sottoposti a valutazione costituiscono documentazione a carattere confidenziale per l'intera durata del processo. Le informazioni o idee acquisite confidenzialmente dai valutatori per effetto del processo di revisione non possono pertanto essere utilizzate per conseguire un vantaggio personale. Le valutazioni devono essere effettuate con profondità di analisi, fornendo commenti e suggerimenti che consentano agli autori di migliorare la qualità delle loro ricerche e dei rispettivi contributi. I revisori dovranno astenersi dal prendere in carico la valutazione di contributi relativi ad argomenti o questioni con i quali sono privi di familiarità e dovranno rispettare la tempistica del processo di valutazione. I revisori dovranno informare la direzione ed evitare di procedere alla valutazione nel caso di conflitto di interessi, derivante per esempio dall'esistenza di perduranti rapporti professionali con l'autore o la relativa istituzione accademica di affiliazione.