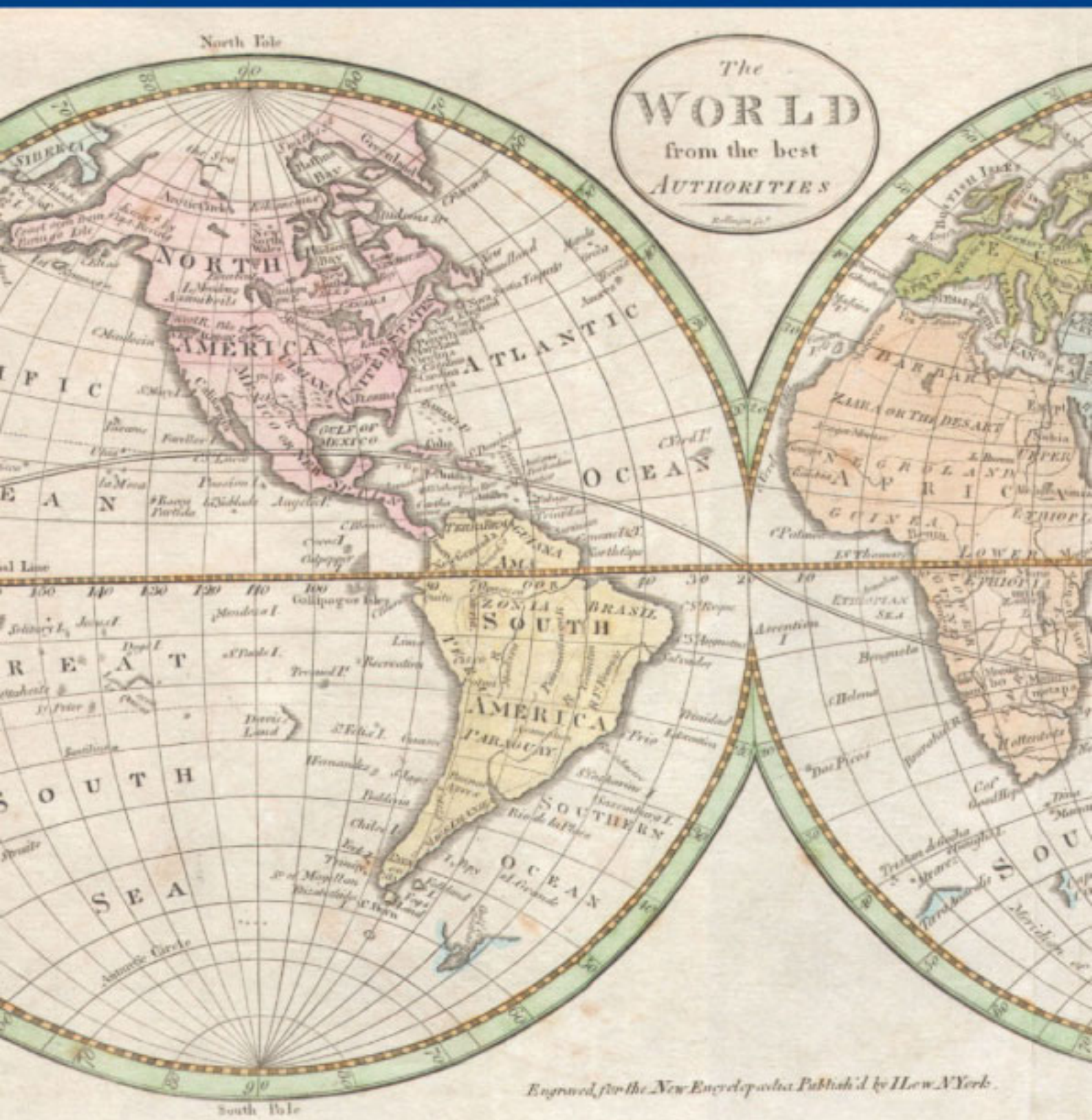
Rivista di Diritti Comparati



Rivista Quadrimestrale

3/2025

Rivista di diritti comparati

Rivista quadrimestrale

Anno VIII – N. 3/2025

DIREZIONE

Andrea Buratti – Università di Roma "Tor Vergata"
Giacomo Delledonne – Scuola Universitaria Superiore Sant'Anna di Pisa
Alessandra Di Martino –Sapienza Università di Roma
Cristina Fasone – LUISS Guido Carli
Giuseppe Martinico – Scuola Universitaria Superiore Sant'Anna di Pisa
Anna Mastromarino – Università di Torino
Oreste Pollicino – Università commerciale "Bocconi" di Milano
Giorgio Repetto – Università di Perugia
Francesco Saitto –Sapienza Università di Roma
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 Poiares 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 (Sapienza Università di Roma), 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 del Piemonte Orientale), Giampiero Gioia (Sapienza Università di Roma), Umberto Lattanzi (Università Commerciale "L. Bocconi"), Matteo Monti (Università Commerciale "L. Bocconi")

SOMMARIO

Focus "Migrazioni e migranti"

EMMA BARONE - CECILIA REYNAUD, *L'immigrazione straniera in Italia tra fattori push e fattori pull: una lettura demografica del fenomeno*
[pp. 1-19]

MICHELE CORLETO, *La tutela dei minori non accompagnati in Europa: quadro giuridico, pratiche di accoglienza e prospettive di integrazione*
[pp. 20-52]

FRANCESCA DI GIANNI, *AI ACT, pratiche vietate e controlli alle frontiere esterne dell'Unione europea*
[pp. 53-87]

CHIARA FAVILLI, *Dall'emergenza percepita all'emergenza reale: la migrazione economica come sfida strutturale per l'Unione europea*
[pp. 88-102]

PAOLO IAFRATE, *Tutela dei migranti ambientali e proposte di adeguamento del sistema di protezione internazionale: analisi comparativa*
[pp. 103-155]

GIUSEPPINA PIZZOLANTE, *Il quadro giuridico europeo sulla sorveglianza biometrica*
[pp. 156-188]

CHIARA SCISSA, *Evolving asylum deterrence practices in Africa: The case of Tunisia and South Africa*
[pp. 189-218]

Saggi

JACOPO FORTUNA, *Il nuovo ruolo dei genitori nella tutela della vulnerabilità digitale dei minori: spunti di comparazione giuridica tra UE, USA, Italia e Australia*
[pp. 219-248]

CHIARA PADRIN, *Le assemblee cittadine sul clima nei modelli francese e spagnolo. Riflessioni sull'impatto e sul ruolo del decentramento*
[pp. 249-290]

GIULIA SULPIZI, *La crisi di Governo nell'ordinamento francese: cronistoria di un istituto, fra antiche e nuove questioni*
[pp. 291-335]

Note e commenti

CHIARA INGENITO, *L'adozione per le persone singole: tra tutela dell'interesse del minore e libertà di autodeterminazione del genitore. Riflessioni a margine della sentenza n. 33/2025 della Corte costituzionale*

[pp. 336-358]

MARIO MANNA, *I* digital divide*: profili comparati delle risposte legislative, contrattuali e di governance (parte I)*

[pp. 359-399]

I contributi pubblicati sulla Rivista di Diritti Comparati sono redatti dagli autori e concessi a titolo gratuito, senza oneri per gli stessi. Tutti i contributi sono pubblicati sotto licenza "Creative Commons Attribuzione – Non commerciale 4.0 International (CC BY-NC 4.0)". La licenza consente la riproduzione, la distribuzione, la comunicazione al pubblico e la rielaborazione dei contenuti per scopi leciti e non commerciali, a condizione che sia adeguatamente attribuita la paternità dell'opera e indicata la fonte originale secondo i termini previsti dalla licenza. Per quanto non espressamente disciplinato dalla licenza, restano applicabili le normative vigenti in materia di diritto d'autore e dei diritti connessi.
La rivista aderisce al *Code of Conduct and Best Practice Guidelines for Journal Editors* elaborato dal *Committee on Publication Ethics* (COPE). La qualità e il rigore scientifico dei contributi sono garantiti mediante procedure di valutazione differenziate in relazione alla tipologia di contributi, come specificato nel Regolamento, che sono affidate a un comitato di esperti selezionati secondo criteri di competenza, rotazione e aggiornamento periodico.
Il regolamento relativo alla procedura di valutazione dei contributi pubblicati nella *Rivista* e le *Norme editoriali* sono disponibili on line all'indirizzo www.dirittticomparati.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, 50 – 00133 Roma
ISSN: 2532-6619

RIVISTA DI
DIRITTI COMPARATI

L'immigrazione straniera in Italia tra fattori *push* e fattori *pull*: una lettura demografica del fenomeno*

Emma Barone, Cecilia Reynaud

SOMMARIO: 1. Introduzione - 2. L'Europa tra immigrazione e migrazioni interne - 3. La storia dell'immigrazione straniera in Italia - 4. La recente immigrazione straniera in Italia: flussi, stock - 5. L'impatto demografico - 6. Conclusioni

1. *Introduzione*

In un mondo globalizzato e interconnesso come quello di oggi, le migrazioni hanno acquistato un peso sempre più importante sia in termini quantitativi che qualitativi. Hanno inoltre guadagnato, negli ultimi anni, un ruolo importante nelle agende politiche, soprattutto dei governi occidentali, in quanto viste e presentate come un fenomeno che debba essere controllato e affrontato con misure securitarie e, molto spesso, emergenziali. La politica fatica, infatti, a comprendere che ci si trova davanti ad un aspetto strutturale del mondo contemporaneo, che può essere governato, in maniera più o meno efficiente, ma sicuramente non completamente ostacolato, dal momento che la capacità di migrare è insita nella natura stessa dell'uomo e costituisce un meccanismo di sopravvivenza che accompagna l'esperienza umana da secoli.

La tematica migratoria ha anche importanti risvolti a livello internazionale, in considerazione degli impatti che questi spostamenti hanno sia sui paesi di partenza, con la perdita o trasferimento di capitale umano e di rimesse economiche, sia sui paesi di destinazione, che si trovano a dover affrontare numerose sfide a livello di accoglienza, integrazione e gestione del capitale umano acquisito. La mobilità internazionale è, tra l'altro, frutto degli squilibri socio-economici globali, dei conflitti, dei mutamenti climatici e di molti altri aspetti che rendono necessario un approccio multidisciplinare per lo studio del fenomeno migratorio. Le migrazioni rappresentano, quindi, sempre più un fenomeno che in parte modella le relazioni internazionali, ridefinendo identità collettive, rapporti

* L'articolo è stato sottoposto, in conformità al regolamento della Rivista, a *double-blind peer review*.

economici e assetti geopolitici su scala globale. È fondamentale cercare di ricostruire le dinamiche che intercorrono tra i fattori economici, sociologici, antropologici, demografici, politici e geografici, che si trovano alla base della mobilità internazionale, per evidenziare la complessità del fenomeno, con il fine ultimo di sfatare le visioni, spesso semplicistiche e manichee, proposte a livello mediatico e politico.

Le migrazioni rappresentano, però, di per sé eventi demografici: le immigrazioni e le emigrazioni modificano non solo l'ammontare della popolazione nei paesi di origine e di destinazione, ma anche la loro struttura per età e genere, così come a sua volta tale struttura influenza poi direttamente e indirettamente le dinamiche demografiche, incluse quelle migratorie. Alla luce di ciò, nonostante la difficoltà di fornire una definizione univoca delle migrazioni e di reperire dati affidabili, non si può prescindere da un approccio quantitativo per la misurazione del fenomeno.

Secondo le stime delle Nazioni Unite, che definiscono i migranti internazionali come coloro che hanno trasferito la propria residenza in un altro stato da almeno un anno, il numero di migranti internazionali nel mondo nel 2024 è di 304 milioni, quasi il doppio di quanto si registrava nel 1990 (153 milioni), che già rappresentavano quasi il doppio di quanti erano nel 1970, pari a 84 milioni. La quota del numero di migranti internazionali sulla popolazione totale non è però aumentata altrettanto velocemente dal momento che nel 1970 era pari al 2,3% per poi arrivare al 2,9% nel 1990 e al 3,7% al giorno d'oggi. Negli ultimi anni, eventi di portata globale, come le crisi economiche, la pandemia da Covid-19 e le politiche migratorie restrittive, non hanno ridotto gli spostamenti, ma anzi hanno intensificato l'azione dei fattori di spinta e di attrazione, a dimostrazione del fatto che si tratta di un elemento strutturale delle dinamiche globali. Parallelamente si assiste ad un importante aumento del numero di migranti che si spostano per guerre e calamità naturali che non vengono considerati nella definizione precedente di migranti dal momento che spesso non varcano il confine del proprio paese o non dimorano in un altro paese da più di un anno. Tali migranti rappresentano invece una quota sostanziale nei paesi di destinazione, come l'Italia, in quanto in alcuni casi ricevono un permesso di soggiorno come richiedenti asilo.

In un contesto così articolato e complesso l'obiettivo di questo lavoro è mostrare come la migrazione verso paesi in decrescita demografica sia il risultato dell'interazione tra fattori nei paesi di origine e in quelli di destinazione. A partire da questa ipotesi, si vuole analizzare, in particolare, il caso italiano nel periodo 2002–2023, mettendo in luce come i flussi migratori e gli stock della popolazione immigrata siano stati modellati da

eventi e trasformazioni in entrambi i contesti e abbiano avuto impatto sulla popolazione di destinazione.

2. *L'Europa tra immigrazione e migrazioni interne*

L'Europa che per secoli è stata esportatrice di risorse umane, dagli anni '70 del Novecento cambia il suo ruolo e ne diventa importatrice[1]. Dal 1971 al 2024, l'Europa nella sua totalità fa registrare un guadagno migratorio di oltre 50 milioni: 9 milioni nel primo ventennio, 24 milioni dal 1991 al 2010 e 20 milioni dal 2011 al 2024[2]. Nella seconda parte del Novecento si è chiusa la fase di grande crescita demografica dell'Europa e dell'esubero di risorse umane che hanno sostenuto la grande emigrazione dei secoli precedenti. Allo stesso tempo comincia la crescita sostenuta della popolazione del mondo povero e il conseguente aumento della pressione migratoria, accanto ad una crescente domanda di lavoro a bassa qualificazione. L'Europa ha affrontato una trasformazione economica, sociale e culturale nonché produttiva che porta molti paesi europei, tra le principali economie avanzate, ad avere bisogno di manodopera in diversi settori produttivi. Contemporaneamente l'elevata longevità e la bassa fecondità comportano un processo di invecchiamento delle popolazioni e, più recentemente, per la prima volta nella storia, si assiste ad una diminuzione delle popolazioni complessive e, in particolare, del segmento in età lavorativa, come risultato di livelli di fecondità molto bassi da decenni e di un numero crescente di morti associato all'aumento della popolazione anziana. L'immigrazione straniera diventa una necessità non solo per l'equilibrio demografico, ma anche per prevenire un ripiego delle economie di molti paesi europei[3].

L'Europa negli anni '70 appariva però tutt'altro che un contesto uniforme: a fronte di un'Europa nord-occidentale maggiormente sviluppata e con un saldo migratorio positivo da decenni, ad eccezione dei periodi bellici, si contrapponeva l'Europa meridionale che diventa meta di immigrazione solo a seguito della crisi petrolifera del 1973-74 e l'Europa orientale sostanzialmente chiusa fino allo scioglimento del blocco sovietico. I paesi del sud Europa, infatti, fanno registrare un saldo migratorio positivo

[1] M. Livi Bacci, *op. cit.*, p. 75.

[2] United Nations, World Population Prospects, The 2024 Revision, New York, 2024.

[3] M. Livi Bacci, *op. cit.*, p. 81.

per la prima volta per i consistenti rimpatri dei propri cittadini - emigrati precedentemente verso le mete attrattive europee - e per l'arrivo dei cittadini dei paesi terzi, a causa delle politiche di stop degli altri paesi e del vuoto legislativo sull'immigrazione[4]. L'Europa orientale diventa invece destinazione per le migrazioni solo nei tempi più recenti, spesso in seguito all'entrata nell'Unione Europea, o per un importante sviluppo economico o a causa di una più veloce transizione demografica che ha visto rapidamente ridurre la pressione demografica.

Lo storico movimento interno all'Europa non si esaurisce con il cambio di ruolo dei suoi paesi, ma permane con mutamenti di direzione: negli anni '90 si registra un consistente flusso dai paesi dell'Europa orientale verso quelli dell'Europa occidentale. Inoltre, la libertà di circolazione sancita dall'Unione Europea (Ue) con il Trattato di Maastricht (1992) favorisce il protrarsi di spostamenti legati ai differenziali nell'offerta di lavoro e nelle condizioni economiche tra Stati membri, soprattutto a seguito dell'entrata nell'Ue di paesi come Polonia, Ungheria, Repubblica Ceca e altri nel 2004, e della Romania e della Bulgaria nel 2007.

L'Europa si configura quindi come una delle principali destinazioni delle migrazioni internazionali, accogliendo flussi consistenti da Paesi terzi e, al tempo stesso, registrando al suo interno movimenti di popolazione tra le diverse aree dell'Ue.

La storia migratoria della Ue, insieme alle diverse politiche di concessione della cittadinanza, e le continue immigrazioni hanno fatto sì che al 1° gennaio 2023, la popolazione dell'Unione Europea contasse 27,3 milioni di cittadini di Paesi non membri, pari al 6,1% del totale, in continuo aumento rispetto agli anni precedenti. A questi si devono aggiungere 13,9 milioni di cittadini europei residenti in uno Stato membro diverso da quello di cittadinanza. Il flusso migratorio continua ad essere consistente: tanto che nel 2022 si è registrato il massimo storico di immigrazione dai Paesi extra-Ue: 5,1 milioni di immigrazioni, più del doppio rispetto al 2021 (2,4 milioni), oltre a 1,5 milioni di migrazioni tra gli stati membri. Il tasso di immigrazione – il rapporto tra il numero di immigrazioni nell'anno e la popolazione media nello stesso anno - nell'Unione Europea nel 2021 è stato, quindi, pari a circa 11 per 1.000 residenti a fronte di un tasso di emigrazione – il rapporto tra le emigrazioni e la popolazione media - pari a 2 per 1.000 determinando un guadagno netto in termini di numerosità della popolazione. Tutto questo è anche il risultato del declino demografico di molte regioni europee, delle forti disuguaglianze sia economiche sia demografiche tra i paesi europei e

[4] C. Bonifazi, *L'Italia delle migrazioni,* Bologna, 2013.

con i paesi del mondo povero - che si trovano nel pieno della fase di crescita demografica - nonché del ruolo della politica[5] e di molti altri fattori contingenti, come negli ultimi anni la ripresa post-pandemica e l'invasione dell'Ucraina[6]. Di fatto senza il contributo delle migrazioni, la popolazione dell'Unione Europea sarebbe diminuita già a partire dal 2012, quando il saldo naturale è diventato negativo, con un numero di decessi superiore alle nascite. Inoltre, l'età mediana della popolazione autoctona nei paesi dell'Unione Europea, al 1.1.2023, era pari a 45,7 anni, a fronte dei 36,5 anni della popolazione immigrata: un divario che riflette la maggiore presenza di individui giovani tra gli immigrati, i quali non solo hanno determinato la crescita della popolazione nel complesso, ma attenuano anche l'invecchiamento della popolazione europea, ormai composta per il 21,3% da ultra65enni[7].

L'immigrazione sembra quindi rappresentare una risorsa per contrastare la depressione demografica dell'Europa, spesso ostacolata da politiche che, considerando l'immigrazione come un fenomeno da controllare e arginare, appaiono schizofreniche nel gestire società de facto aperte, in contesti normativi per società chiuse[8]. Differenti definizioni di immigrati tra i diversi paesi europei e molteplici politiche per la concessione della cittadinanza, che pongono soprattutto le seconde generazioni in condizioni giuridiche molto differenti, complicano ulteriormente un fenomeno di per sé complesso.

3. *La storia dell'immigrazione straniera in Italia*

In questo contesto globale, l'Italia si inserisce a pieno titolo come uno dei principali paesi di destinazione a livello europeo, anche ovviamente in ragione della sua posizione geografica, allo stesso tempo periferica rispetto ai confini dell'Unione Europea e centrale rispetto al bacino mediterraneo.

Subito dopo la fine della Seconda guerra mondiale, l'Italia rimane fondamentalmente un paese di emigrazione, in continuità con quanto accaduto già tra la fine dell'Ottocento e i primi del Novecento, quando milioni di italiani lasciarono la penisola verso le Americhe e l'Europa

[5] M. Livi Bacci, *op. cit.*, p. 82-83.

[6] Eurostat, *Migration and migrant population statistics,* 2024.

[7] https://ec.europa.eu/eurostat/web/population-demography/demography-population-stock-balance/database

[8] M. Livi Bacci, *op. cit.*, p. 113.

settentrionale[9]. È però negli anni Settanta che l'Italia diventa anche paese di immigrazione con un saldo migratorio positivo. Ciò coincide con cambiamenti geopolitici cruciali, sia a livello globale che a livello europeo: in seguito alla chiusura da parte dei paesi del Nord Europa dei propri mercati del lavoro alla manodopera straniera, a causa delle crisi petrolifere e del rallentamento economico, i flussi migratori si riorientano verso il Sud Europa, coinvolgendo paesi come Italia, Spagna, Grecia e Portogallo[10], sprovvisti invece di una legislazione in materia. Parte di tali flussi è costituita dai concittadini precedentemente espatriati che, ritrovandosi disoccupati in terra straniera, preferiscono quindi fare ritorno in patria, e da emigranti provenienti soprattutto dai paesi della sponda sud del Mediterraneo. Infatti, negli anni Settanta, i primi flussi migratori verso l'Italia provengono principalmente dal Nord Africa, in particolare dalla Tunisia e dal Marocco, paesi di origine dei flussi precedentemente diretti verso la Francia, per il loro legame coloniale.

Si è venuto così a delineare quello che la letteratura ha definito "modello migratorio mediterraneo", che si distingue per alcune caratteristiche peculiari[11]: l'arrivo relativamente rapido e massiccio di popolazioni straniere in un contesto privo di una tradizione migratoria di accoglienza; un mercato del lavoro fortemente segmentato, che assorbe manodopera straniera nei settori meno qualificati (come l'agricoltura stagionale, la pesca, il lavoro domestico o l'edilizia); un elevato tasso iniziale di irregolarità, seguito da cicliche regolarizzazioni; una distribuzione territoriale che non riguarda solo le grandi aree metropolitane ma anche piccoli centri e aree rurali, dove gli stranieri spesso svolgono lavori non più appetibili per la popolazione autoctona[12].

Sebbene il dibattito politico e accademico dell'epoca fosse orientato a ritenere che l'Italia non sarebbe diventata un vero e proprio Paese di immigrazione, se non come luogo di transito, i dati del censimento del 1981 raccontano una realtà diversa: gli stranieri residenti risultano infatti circa 210 mila, un numero che segna un raddoppio rispetto al censimento precedente.

---

[9] P. Audenino - M. Tirabassi, *Migrazioni italiane: storia e storie dall'ancien régime a oggi*, Milano, 2008.

[10] G. Bettin - E. Cela, *The evolution of migration flows in Europe and Italy*, in *Economia Marche. Journal of Applied Economics*, XXXIII, 2014.

[11] E. Pugliese, *The Mediterranean model of immigration*, in Academicus. International Scientific Journal, II, 3, 2011, pp. 96-107.

[12] J. Arango - C. Bonifazi - C. Finotelli - J. Peixoto - C. Sabino - S. Strozza – A. Triandafyllidou (eds.), *The making of an immigration model: Inflows, impacts and policies in Southern Europe*, Warsaw, IDEA working papers, 9, 2009.

Negli anni Ottanta e Novanta si registra un'istituzionalizzazione e un consolidamento del fenomeno migratorio, infatti, oltre all'intensificarsi dei flussi, si nota un progressivo radicamento sul territorio italiano di coloro che erano giunti negli anni precedenti. In questo periodo si moltiplicano quindi le leggi e i provvedimenti che cercano di regolamentare i flussi e l'inserimento dei migranti, definendo un approccio politico alla tematica di tipo emergenziale e insufficiente, che purtroppo continua a condizionare l'assetto delle politiche migratorie ancora oggi[13]. Nel 1986 è stata introdotta la legge Foschi, primo tentativo organico di regolamentare i flussi, accompagnata anche da una sanatoria, che non ha tardato a rivelare come il fenomeno fosse già largamente radicato sul territorio. Tra il 1989 e il 1992 si assiste a una vera e propria svolta, con la questione migratoria che inizia a diventare una presenza fissa nel dibattito pubblico. Soprattutto quando, in seguito alla caduta dei regimi comunisti, cominciano le grandi migrazioni dai paesi dell'Est. Sarà infatti l'arrivo improvviso di migliaia di cittadini albanesi nei porti pugliesi, a seguito del collasso del regime comunista in Albania, a cambiare la percezione dell'opinione pubblica italiana sull'immigrazione, che diventa così improvvisamente una questione urgente e problematica[14].

Gli avvenimenti del 1989 cambiano perciò rapidamente la situazione, in quanto la fine della cortina di ferro impone come priorità la cooperazione europea in fatto di politica migratoria. Tutto ciò porterà all'entrata in vigore, nel 1990, della Legge Martelli (Legge 1990/39), che viene approvata anche a seguito di molteplici pressioni mosse dai paesi comunitari, critici verso l'assenza in Italia di un sistema di controlli alle frontiere e di pianificazione dei flussi, e con cui l'Italia compie un passo più deciso, introducendo permessi differenziati per tipologia di soggiorno, programmando un sistema annuale dei flussi e regolarizzando oltre 200 mila stranieri. La necessità di una maggiore cooperazione a livello europeo sul tema immigrazione, spinge l'Italia, nello stesso anno, a firmare l'accordo di Schengen e la Convenzione di Dublino, entrata in vigore nel 1997, avente lo scopo di determinare con precisione lo Stato comunitario in cui il richiedente debba presentare la domanda di asilo, così da armonizzare le politiche per i rifugiati nei paesi europei. La necessità di aggiornare le disposizioni della Legge Martelli porta poi, nella seconda metà del decennio, all'elaborazione della legge nota come

[13] M. Colucci, *Storia dell'immigrazione straniera in Italia. Dal 1925 ai nostri giorni*, Roma, 2018.

[14] S. Strozza - G. Gabrielli, *Trent'anni di immigrazione albanese in Italia: la storia scritta nelle principali statistiche disponibili*, in Transizioni sociali e sviluppo sostenibile, 2023, pp. 11-35.

Turco-Napolitano (Legge 1998/40), che non solo istituisce i Centri di permanenza temporanea e introduce strumenti più articolati di programmazione dei flussi (*Immigration policy*), ma, per la prima volta, disciplina anche la permanenza e l'integrazione degli stranieri (*Immigrant policy*)[15].

Entrando nel nuovo millennio, l'Italia si colloca definitivamente nel gruppo dei principali paesi di immigrazione in Europa: al censimento del 2001 gli stranieri residenti superano 1,3 milioni, pari al 2,3% della popolazione. Sul piano della politica interna, nel 2001, il secondo governo Berlusconi inserisce il tema della politica migratoria al centro delle priorità e del programma elettorale, intercettando le paure e il sentire comune della maggior parte dell'opinione pubblica che, in seguito ai tragici eventi dell'11 settembre, era propensa ad una chiusura delle frontiere, soprattutto per i flussi di migranti di religione musulmana. Frutto perciò di questo nuovo contesto politico è l'approvazione della Legge Bossi-Fini del 2002 (Legge 2002/189), che segna un inasprimento dei controlli e introduce un legame stretto tra contratto di lavoro e permesso di soggiorno. Essa viene però accompagnata da quella che è stata definita la più vasta regolarizzazione della storia italiana, con oltre 600.000 stranieri che ottengono un permesso di soggiorno[16]. Nello stesso periodo, gli allargamenti dell'Unione Europea ai paesi dell'Est europeo, nel 2004 e nel 2007, alimentano ulteriormente i flussi, con la collettività romena che diventa la prima in Italia, facendo registrare nel 2007 un tasso di immigrazione dei soli cittadini stranieri pari a circa l'8,3 per 1.000, il doppio di quello dell'anno precedente.

Dal 2011, il quadro migratorio si è arricchito di una componente, quella dei profughi, che negli anni precedenti era assolutamente trascurabile, conseguentemente alle Primavere Arabe e alla crisi umanitaria del 2014-2017, che hanno portato centinaia di migliaia di persone, tra cui anche minori non accompagnati, ad attraversare il Mediterraneo[17]. L'andamento degli arrivi via mare è oscillato di anno in anno, con picchi a 6 cifre tra il 2014 e il 2017, per poi scendere di nuovo e risalire a 105.129 nel 2022[18].

L'aumento degli sbarchi e soprattutto la loro enorme copertura mediatica hanno scosso profondamente la società italiana, ridefinendo l'idea

[15] M. Colucci, *Per una storia del governo dell'immigrazione straniera in Italia: dagli anni sessanta alla crisi delle politiche*, in *Meridiana: rivista di storia e scienze sociali*, 91, 1, 2018.

[16] M. Colucci, *Storia dell'immigrazione*, cit.

[17] L. E. Ortensi, *Arrivi, sbarchi e richieste d'asilo*, in *Rapporto sulle migrazioni 2024*, Milano, 2025, 30.

[18] https://www.ismu.org/sbarchi-e-accoglienza-i-dati-degli-ultimi-10-anni-tra-alti-e-bassi/

di immigrazione che, a partire dal 2011, non solo è diventata un tema fisso del confronto politico e dell'opinione pubblica, ma è soprattutto associata costantemente alla tematica dell'accoglienza e della sicurezza pubblica, alimentando paure spesso sproporzionate rispetto ai numeri effettivi[19]. Di conseguenza, i processi migratori non legati a questa realtà sono stati sistematicamente relegati in secondo piano[20].

4. *La recente immigrazione straniera in Italia: flussi, stock*

È quindi dall'inizio del nuovo millennio che l'immigrazione diventa in Italia un fenomeno strutturale, che inserisce definitivamente il Paese nel gruppo delle principali destinazioni in Europa: tra il 1° gennaio 2002 e il 1° gennaio 2023, gli stranieri residenti passano dall'essere 1,3 milioni a circa 5,3 milioni, con un'incidenza che arriva a toccare il 9%. La cifra raggiunta è determinata da due elementi: da una parte, la stabilizzazione della popolazione straniera nel Paese, che genera la naturale variazione demografica (nascite e morti); dall'altra, il contributo continuo dell'immigrazione, che, per tutto il periodo analizzato, ha superato di gran lunga sia i flussi di emigrazione sia le riduzioni dovute alle acquisizioni di cittadinanza italiana.

Per dar conto della dimensione e della variazione del fenomeno dell'immigrazione è necessario dapprima far riferimento ai dati delle iscrizioni anagrafiche dall'estero, anche se queste tengono conto esclusivamente della componente regolare dell'immigrazione, che acquisisce la residenza. Resta quindi esclusa la componente irregolare, ma anche quella recente, che non ha ancora stabilizzato la propria presenza sia perché da poco arrivata nel Paese, sia perché in possesso di un permesso di soggiorno di tipo temporaneo o limitato, come nel caso dei richiedenti asilo. Di fatto le iscrizioni anagrafiche misurano le variazioni della popolazione residente e danno quindi conto del vero impatto sulla popolazione di arrivo, seppur registrino gli effetti degli eventi occasionali, come le sanatorie, con un certo ritardo[21].

Le iscrizioni anagrafiche dal 2002 al 2023 hanno avuto un andamento che sembra influenzato principalmente dagli eventi politici interni quali le

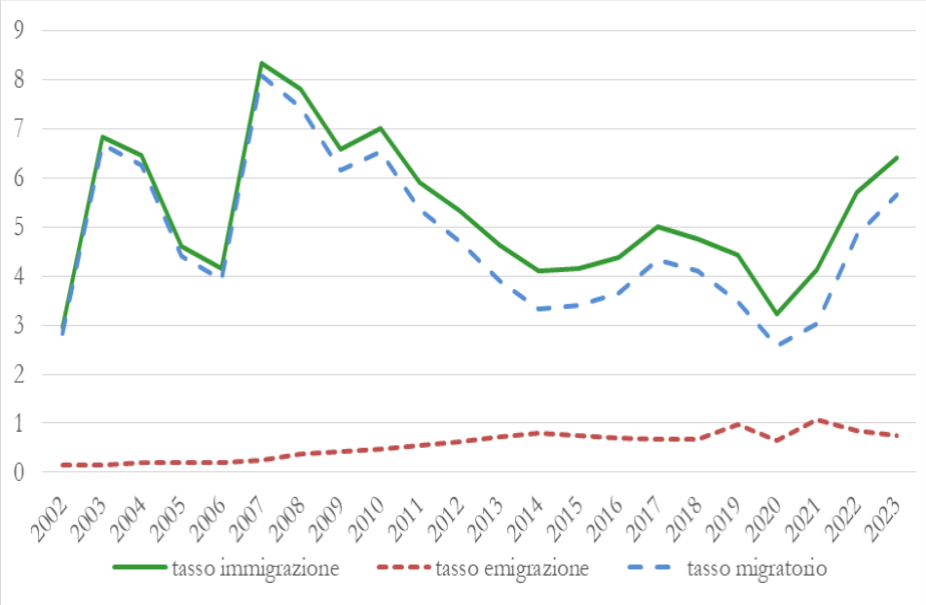
[19] J. Huysmans, *The politics of insecurity: fear, migration and Asylum in the European Union,* London, 2006.

[20] M. Colucci, *Storia dell'immigrazione*, cit.

[21] C. Bonifazi, *L'immigrazione straniera in Italia*, Bologna, 2007.

sanatorie del 2002, 2007 e 2009, che hanno fatto segnare dei picchi in aumento di esse, e dai fattori esterni come l'epidemia da Covid-19, che ha invece segnato un momento di minimo storico dell'immigrazione in Italia a causa delle forti limitazioni alla possibilità di spostarsi (figura 1). In tutto il periodo i tassi di immigrazione degli stranieri si mantengono sopra il 3 per 1.000 a fronte invece di un tasso di emigrazione decisamente più contenuto e al di sotto dell'1 per 1.000 – ad eccezione del 2021 a causa degli effetti successivi della pandemia – determinando un tasso migratorio che risulta sempre positivo e giustificato dall'andamento delle immigrazioni. È tuttavia opportuno sottolineare che il livello contenuto e la sostanziale stabilità del tasso di emigrazione risentono della sotto-copertura del fenomeno, dovuta alla mancata cancellazione anagrafica da parte di una quota di cittadini stranieri.[22].

Figura 1 Tasso di immigrazione e di emigrazione e tasso migratorio della popolazione straniera per 1.000 residenti. Italia. Anni 2002-2023



Fonte: ns. elaborazione dati Istat

[22] Istat, *Migrazioni interne e internazionali della popolazione residente*, Anni 2023-2024, statistiche report. 20 giugno 2025.

Dal 2002 al 2023 il 78% di tali flussi è costituito dalle iscrizioni anagrafiche di individui appartenenti a 17 collettività[23], che risultano tra le più popolose e rappresentate sul territorio nazionale. Alcune di esse hanno conosciuto una vera esplosione numerica, come ad esempio quella romena. Allo stesso tempo, i dati hanno mostrato come le migrazioni provenienti dal Nord Africa, con in testa Marocco e Tunisia, mantengano una prevalenza maschile, spesso impiegata nell'agricoltura e nell'edilizia. Parallelamente si osserva la crescita, a partire dagli anni Duemila, delle collettività provenienti dal Subcontinente indiano, in particolare dal Bangladesh e dal Pakistan, inserite in circuiti occupazionali che vanno dal commercio di prossimità alla piccola ristorazione, fino all'agricoltura intensiva. L'aumento dei flussi dall'Asia e dall'Africa - aree che ancora mostrano un tasso di natalità elevato e che versano in condizioni di sviluppo precarie - è molto importante e necessita di una lettura attenta e approfondita, in quanto saranno proprio queste comunità a continuare a crescere, diventando molto probabilmente, nei prossimi anni, le più numerose e superando così anche quelle storiche, ovvero romeni, albanesi e marocchini.

La struttura dei flussi evidenzia inoltre come le diverse collettività abbiano messo in atto progetti migratori distinti anche sul piano del genere: i flussi provenienti dall'Est Europa (Romania, Ucraina, Albania, Polonia e Moldova) e da paesi come le Filippine e il Perù presentano una marcata componente femminile, alimentata soprattutto dalle opportunità occupazionali nei servizi di cura domestica. Al contrario, i flussi dal Nord Africa, dall'Africa occidentale e dal Subcontinente indiano sono a prevalenza maschile, essendo migrazioni inizialmente legate alla ricerca individuale di lavoro in settori come l'agricoltura, l'industria o l'edilizia, che sperimentano ricongiungimenti familiari solo in fasi più mature. La comunità cinese, invece, si è distinta per un andamento più equilibrato, sia nei numeri sia nella composizione di genere, riflesso di progetti migratori familiari e imprenditoriali spesso già stabilizzati. I diversi flussi sembrano essere alimentanti dall'esistenza di consolidate reti di connazionali.

Questo mosaico variegato restituisce l'immagine di un fenomeno migratorio che si differenzia notevolmente non solo per aree di provenienza, ma anche per genere, struttura familiare, tipologia di progetto migratorio e strategie di inserimento lavorativo. Inoltre se, da un lato, sembra essere condizionato dai fattori *pull* come le sanatorie e le necessità

[23] Le 17 collettività oggetto di studio provengono dai seguenti paesi: Albania, Romania, Polonia, Ucraina, Moldova, Egitto, Marocco, Tunisia, Nigeria, Senegal, India, Bangladesh, Sri Lanka, Pakistan, Cina, Filippine, Perù.

del mercato del lavoro italiano, dall'altro, analizzando le singole provenienze, appare fortemente condizionato dai fattori *push* come il crollo dell'Unione Sovietica per i cittadini provenienti dall'Europa dell'est o l'entrata nell'Unione Europea, specialmente per i rumeni, e la pressione demografica per i cittadini dei paesi dell'Africa e dell'Asia, ma anche gli effetti del cambiamento climatico per i paesi come il Bangladesh.

Tali dinamiche dei flussi hanno inciso sulla composizione degli stock e sulla distribuzione territoriale di tali popolazioni, come emerge dall'analisi della popolazione straniera residente ogni 1° gennaio dal 2002 al 2024. Anche in questo caso si fa riferimento alla sola popolazione residente che è quindi quella regolare e stabile nel nostro paese, corrispondente a quella insediata. Come già accennato, la presenza straniera in Italia è più che triplicata nell'arco di vent'anni. Tuttavia, la composizione interna di questo aumento mostra evoluzioni significative: la collettività romena si conferma oggi la più numerosa, avendo più che triplicato il proprio peso rispetto agli inizi del Duemila; mentre le collettività albanese e marocchina, pur continuando a occupare posizioni di rilievo, hanno visto diminuire la loro incidenza relativa, anche come conseguenza delle acquisizioni di cittadinanza italiana che hanno sottratto dal computo anagrafico una parte consistente di questi gruppi. Interessante è anche l'ascesa della collettività bangladese, che ha quasi triplicato il proprio peso percentuale, e la crescita costante della comunità cinese, giunta oggi a rappresentare circa il 6% della popolazione straniera regolare.

Interessante è anche notare la distribuzione territoriale delle collettività. Essa mostra sia processi di forte concentrazione in alcuni centri urbani e distretti produttivi sia una progressiva diffusione delle presenze straniere in aree rurali o periferiche, a testimonianza di un radicamento che va oltre le sole città metropolitane. Emerge quindi il consolidamento di vere e proprie "geografie delle collettività", che si sono venute a definire nel tempo in relazione a fattori economici, alla presenza di reti migratorie preesistenti, alle caratteristiche del mercato del lavoro locale e a politiche municipali o regionali di accoglienza e inclusione più o meno favorevoli[24]. Un esempio calzante è proprio il caso della comunità cinese a Prato. Gli albanesi e i marocchini, invece, mostrano oggi una distribuzione più omogenea ma con incidenze che si sono ridotte rispetto al passato, come già evidenziato anche in seguito all'acquisizione della cittadinanza italiana; mentre la presenza ucraina, fortemente femminile, si è consolidata in molte province, soprattutto del Sud e del Centro Italia, spesso legata a nicchie

[24] C. Bonifazi, *L'immigrazione straniera,* cit.

occupazionali nel lavoro domestico. Un altro esempio è la significativa presenza della comunità bangladese che si è radicata in alcune aree metropolitane come Roma e Milano, ma che mostra un'incidenza importante soprattutto nel Nord-Est e in Sicilia.

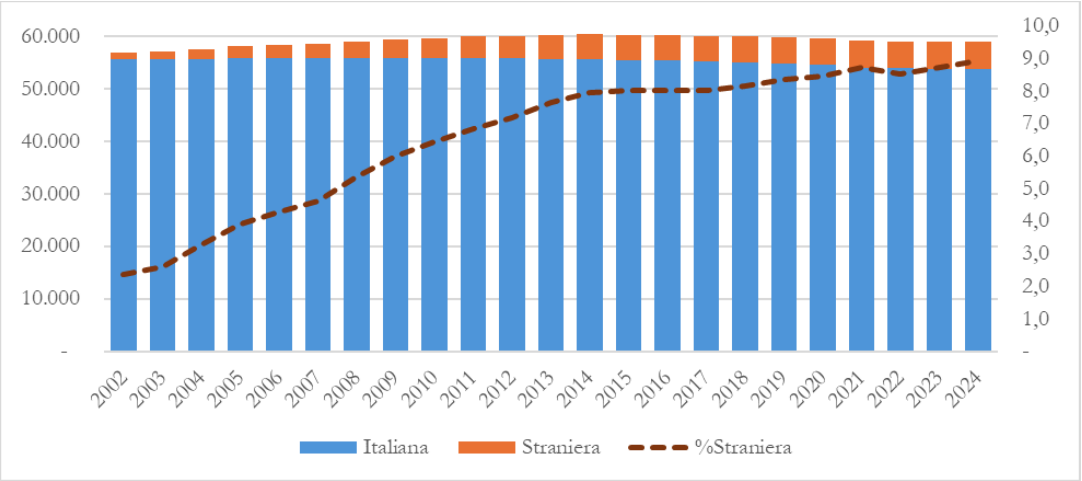
Allo stesso tempo, accanto a questi esempi di concentrazione, si stanno consolidando processi di più ampia diffusione delle comunità straniere anche in province intermedie o addirittura contesti rurali, specialmente laddove la domanda di lavoro stagionale in agricoltura o nelle piccole manifatture locali ha incentivato l'insediamento di famiglie straniere. Ciò segna il passaggio ad una fase più matura dell'immigrazione, destinata a incidere in modo strutturale sull'assetto demografico del Paese[25].

5. *L'impatto demografico*

La popolazione straniera residente in Italia, che al 1° gennaio 2024 ammonta a 5.253.658 individui, è, come detto in precedenza, il risultato principalmente di decenni di immigrazione, che ha progressivamente alimentato gli stock di stranieri attraverso flussi costanti e differenziati nel tempo. L'effetto più immediato e visibile dell'immigrazione straniera è stato, in linea con quanto osservato anche a livello europeo[26], quello di aver rallentato e in parte compensato la diminuzione della popolazione residente complessiva (figura 2). In assenza dell'immigrazione, infatti, il calo sarebbe iniziato già nel 2009, quando gli effetti del prolungato e intenso declino della natalità non sarebbero più stati compensati né dall'aumento della speranza di vita né dalle migrazioni di ritorno degli stessi cittadini italiani. La popolazione residente complessiva ha continuato a crescere fino al 1° gennaio 2014, quando ha raggiunto i 60,3 milioni, sostenuta dal contributo dell'immigrazione, per poi cominciare a diminuire (figura 2).

Figura 2 Popolazione residente per cittadinanza e incidenza della popolazione straniera. 1° gennaio 2002-2024

[25] C. Bonifazi, *L'immigrazione straniera,* cit.
[26] Eurostat, Population and population change statistics Statistics Explained, 2024



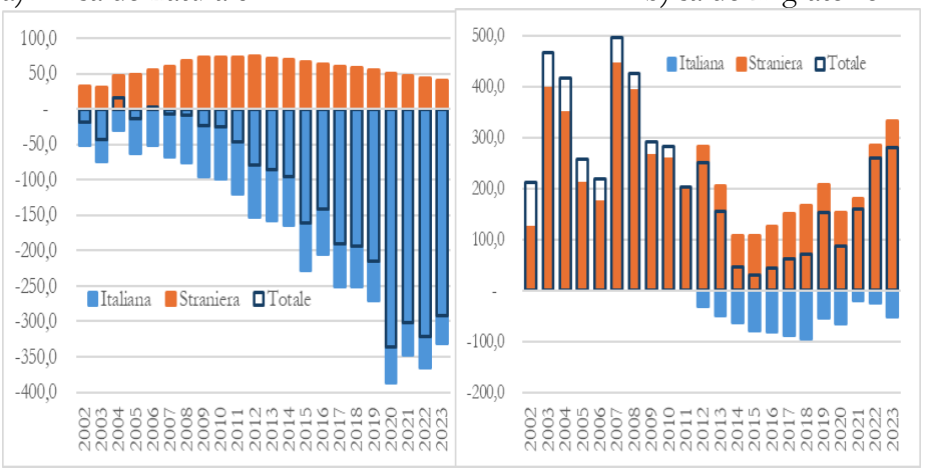
Fonte: ns. elaborazione dati Istat

A partire dal 2009, come si può osservare nella figura 3, il saldo migratorio positivo complessivo ha controbilanciato il saldo naturale negativo della popolazione italiana. In particolare, tra il 2012 e il 2014, il saldo migratorio degli stranieri ha compensato non solo il saldo naturale negativo, ma anche quello migratorio della popolazione italiana, che in quegli anni era diventato negativo. Tuttavia, con il progressivo ridimensionamento dei flussi in ingresso, dovuto ai persistenti effetti della crisi economica e al conseguente indebolimento dei fattori di attrazione interni, anche il saldo migratorio degli stranieri ha smesso di essere sufficiente a compensare sia il saldo naturale sia quello migratorio negativi della popolazione italiana. La popolazione straniera residente ha mantenuto per tutto il periodo un saldo naturale positivo (figura 3), sostenuto sia da una struttura per età giovane della popolazione sia da livelli di fecondità significativamente più elevati rispetto a quelli delle donne italiane. Tuttavia, nel corso degli anni, i livelli di fecondità della popolazione straniera residente si sono progressivamente ridotti, sia per effetto della stabilizzazione e del radicamento sul territorio, che hanno favorito una convergenza nei comportamenti riproduttivi, sia a causa della crisi economica del 2011, che ha provocato una diminuzione della fecondità tanto tra le donne italiane quanto tra quelle straniere. Dal 2018, anche la fecondità delle donne straniere residenti è scesa al di sotto del livello di sostituzione, pari a 2,1 figli per donna in quanto tale valore in condizioni

teoriche garantirebbe il ricambio generazionale (1.000 figlie femmine per 1.000 donne).

Figura 3 Saldo naturale e migratorio per cittadinanza. Anni 2002-2023

a) saldo naturale b) saldo migratorio



Fonte: ns. elaborazione dati Istat

Essendo l'Italia il paese più invecchiato in Europa e, a livello mondiale, seconda solo al Giappone, il contributo più rilevante della popolazione straniera residente è stato quello di rallentare l'invecchiamento della popolazione italiana e di attenuarne le conseguenze negative[27], rispondendo in parte alla domanda di popolazione attiva che ha rappresentato un importante fattore di attrazione[28]. Già al 1° gennaio 2002, la popolazione di 65 anni e più costituiva il 18,7% della popolazione residente in Italia e il 19,1% della sola popolazione italiana. La presenza della popolazione straniera residente determinava quindi un leggero ringiovanimento della popolazione complessiva. L'immigrazione ancora recente era costituita infatti per la maggior parte da giovani che si stabilizzavano in Italia per lavorare: come si può notare dalla figura 4, la popolazione straniera residente era infatti prevalentemente in età lavorativa (78,1%), con una quota significativa, pari al 55%, concentrata nel segmento considerato più produttivo, tra i 15 e i 39 anni. Tra la popolazione italiana, il segmento 15–39 anni era già in diminuzione e costituiva solo il 34% della popolazione in età lavorativa. Al 1° gennaio 2024 la situazione è ancora più

[27] N. Sartor, *Invecchiamento, immigrazione, economia*, Bologna, 2010.

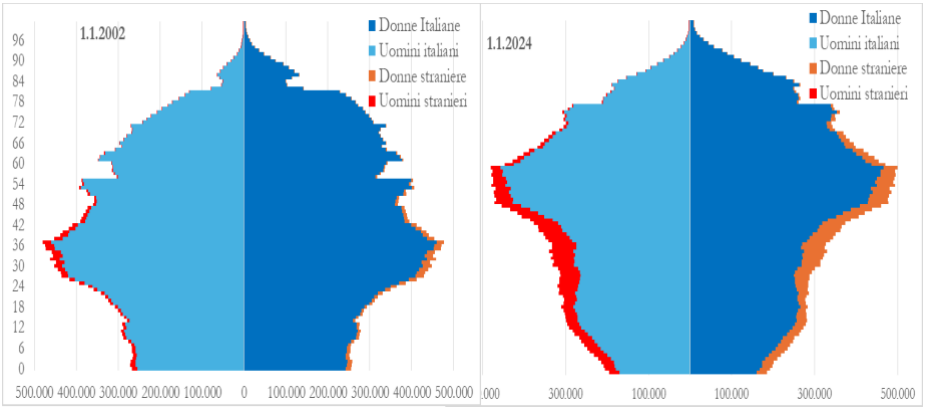
[28] E. Pugliese, *Le nuove migrazioni italiane: il contesto ei protagonisti* in *La nuova emigrazione italiana. Cause, mete e figure sociali*, 2015, 25-38.

evidente: la popolazione di 65 anni e più rappresenta il 24% della popolazione residente complessiva, mentre è pari al 26% in assenza del contributo della popolazione straniera residente. L'indice di vecchiaia, cioè il rapporto tra la popolazione di 65 anni e più e quella tra 0 e 14 anni, ha raggiunto il valore di 200 anziani ogni 100 giovani, che diventano 222 se si considera la sola popolazione con cittadinanza italiana. Il rapporto tra popolazione anziana e popolazione in età lavorativa raggiunge quasi il 50% se si considera la sola popolazione con cittadinanza italiana, cioè un anziano ogni due persone in età lavorativa, mentre con il contributo della popolazione straniera residente questo valore si riduce al 38%, pari a un anziano ogni poco meno di tre persone in età lavorativa, rendendo più sostenibile, nel presente e nel futuro, il sistema pensionistico. Il contributo più consistente della popolazione straniera residente si osserva nella fascia 0–14 anni, dove rappresenta il 12,2%, grazie ai livelli di fecondità più elevati delle donne straniere, già evidenziati, e alla legislazione basata sullo *ius sanguinis*. La popolazione straniera residente incide invece tra gli anziani (65 anni e più) solo per il 2%.

Di fatto, dopo 50 anni di storia migratoria, gli effetti appaiono complessivamente positivi: il contributo alla crescita della popolazione, in particolare nelle fasce d'età più produttive della popolazione attiva, ha sostenuto anche il sistema pensionistico. Inoltre, la presenza straniera ha permesso, in un contesto di welfare carente e fortemente basato sulla famiglia, di contenere i costi dell'assistenza a bambini, alla casa e soprattutto agli anziani[29]. Tuttavia, valutare gli effetti dell'immigrazione esclusivamente in termini di stock di residenti e flussi di stranieri risulta riduttivo, poiché occorrerebbe invece considerare anche le acquisizioni di cittadinanza, i matrimoni misti e le generazioni che da questi discendono, contribuendo in maniera crescente a ridefinire la struttura demografica e sociale del Paese.

Figura 4 Piramide delle età della popolazione residente in Italia per cittadinanza: italiana e straniere. 1° gennaio 2002-2024

[29] S. Strozza – G. De Santis *Rapporto sulla popolazione. Le molte facce della presenza straniera in Italia,* Bologna, 2017.



Fonte: ns. elaborazione dati Istat

Se da un lato la popolazione straniera residente ha contribuito a rallentare il processo di invecchiamento della popolazione in Italia, dall'altro è evidente che essa stessa è destinata a invecchiare. Ciò riguarda sia le lavoratrici provenienti dall'Europa dell'Est, spesso già in età matura, impiegate come colf e badanti perché ritenute più adatte a occuparsi di anziani e a svolgere attività di assistenza, sia i primi giovani immigrati, ormai diventati anziani, poiché arrivati circa 50 anni fa. Entrambe le componenti sono destinate ad accrescere la consistenza della popolazione anziana residente, anche se gli stranieri, raggiunta l'età al pensionamento, in parte potranno rientrare nei paesi di origine, ponendo comunque una questione economica per l'Italia, che si troverebbe a erogare pensioni a beneficiari residenti all'estero, con effetti indiretti di sostegno alle economie dei paesi di provenienza.

6. *Conclusioni*

L'immigrazione in Italia non può più essere interpretata come un fenomeno episodico o emergenziale, ma deve essere considerata a pieno titolo una componente strutturale della dinamica demografica nazionale. A partire dagli anni Settanta, e con intensità crescente negli ultimi due decenni, il Paese ha visto consolidarsi un processo migratorio che ha profondamente inciso sulla composizione della popolazione, sia sotto il profilo quantitativo sia sotto quello qualitativo. Dal 2002 al 2023, la popolazione straniera residente è più che triplicata, raggiungendo l'8,7% della popolazione totale, sia per effetto della componente naturale della popolazione straniera sia per effetto del saldo migratorio degli stranieri registrati in questi anni. Tale

componente migratoria è il risultato di una complessa combinazione di elementi individuali, familiari, di comunità e di contesto. Tra questi ultimi appare importante sottolineare l'interazione tra fattori *push* nei paesi di origine – quali instabilità politica, squilibri economici, pressione demografica e cambiamenti climatici – e fattori *pull* legati al contesto italiano, tra cui la domanda di lavoro, le opportunità insediative e, non di rado, la presenza di reti migratorie già consolidate.

La ricostruzione storica del fenomeno mette in luce come la percezione dell'immigrazione sia stata a lungo influenzata da approcci emergenziali e da una visione riduttiva che ne sottolineava la transitorietà. Tuttavia, i dati mostrano una tendenza opposta: le presenze si sono stabilizzate, le collettività si sono radicate sul territorio e hanno attivato processi di insediamento che, da temporanei, sono divenuti permanenti. Ne sono prova la diffusione delle comunità non solo nelle grandi aree urbane, ma anche in contesti periferici e rurali, nonché la crescente incidenza dei ricongiungimenti familiari e delle seconde generazioni, che pongono nuove sfide sul piano dell'inclusione sociale e dell'equità intergenerazionale.

Dal punto di vista demografico, l'immigrazione ha svolto un ruolo fondamentale nell'attenuare alcuni dei tratti più critici dell'evoluzione naturale della popolazione italiana: ha contribuito a contenere il processo di invecchiamento, ha garantito un apporto significativo di popolazione in età attiva e ha determinato un incremento del numero medio di nascite. Gli stranieri nel complesso sono, infatti, concentrati nelle età lavorative, mentre le donne straniere nelle età riproduttive, e fanno registrare una maggiore fecondità rispetto a quella delle donne italiane. In assenza dei flussi migratori e del loro contributo alla crescita degli stock della popolazione straniera residente, il declino demografico del Paese, già visibile dai dati sul saldo naturale, sarebbe stato ancora più marcato e avrebbe avuto ripercussioni profonde sul piano socio-economico, incidendo sulla sostenibilità dei sistemi produttivi e di welfare.

Tuttavia, il ruolo strategico dell'immigrazione non è stato accompagnato da politiche adeguate, capaci di gestire la complessità del fenomeno e di coglierne appieno le potenzialità. La governance migratoria italiana si è contraddistinta per un approccio prevalentemente reattivo ed emergenziale, fortemente condizionato dalla pressione dell'opinione pubblica e da una narrazione mediatica che ha spesso associato il tema della mobilità internazionale alla sicurezza e al controllo delle frontiere. Questa impostazione ha ostacolato l'elaborazione di strategie di lungo periodo orientate all'inclusione sociale, all'integrazione economica e al

riconoscimento dei diritti, elementi indispensabili per trasformare la presenza straniera in un'opportunità di sviluppo.

In prospettiva, l'Italia si trova di fronte a una sfida cruciale: da un lato, governare un fenomeno che continuerà ad avere un peso rilevante, alimentato dai persistenti squilibri globali e dal fabbisogno interno di manodopera; dall'altro, superare le resistenze culturali e politiche che ancora impediscono di considerare l'immigrazione come una risorsa piuttosto che come una minaccia. Ciò richiede l'adozione di politiche migratorie stabili e coerenti, capaci di coniugare esigenze di regolazione con interventi volti a favorire l'inclusione e la coesione sociale, calibrate sugli scenari demografici futuri segnati da bassa fecondità, invecchiamento e crescente fabbisogno di popolazione attiva.

***

ABSTRACT: This paper analyses the trend of immigration in Italy between 2002 and 2023, placing it within the broader historical and European context. Migration flows have been the result of the interaction between push and pull factors and have significantly affected both the dynamics and the structure of the resident population. The analysis shows that immigration has become a structural feature of Italy, playing a vital role in counterbalancing low fertility, mitigating population ageing, and sustaining the socio-economic system. At the same time, it remains a complex phenomenon that calls for stable, long-term policies capable of managing its challenges and maximizing its contribution.

KEYWORDS: immigrants - push-pull factors - demographic trend – Italy - immigration policies

***

Emma Barone - Dottoressa magistrale in Relazioni Internazionali (Emmabarone98@gmail.com)

Cecilia Reynaud - Professoressa associata di Demografia, Dipartimento di Scienze Politiche – Università degli studi Roma Tre (cecilia.reynaud@uniroma3.it)

RIVISTA DI
DIRITTI COMPARATI

La tutela dei minori non accompagnati in Europa: quadro giuridico, pratiche di accoglienza e prospettive di integrazione*

Michele Corleto

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. I fondamenti della protezione internazionale dei minori: definizione di Msna e il principio del superiore interesse del minore. – 3. Le sfide sistemiche alla protezione: i dati della crisi e i nodi critici delle procedure. – 3.1. I dati della crisi migratoria relativi ai Msna. – 3.2 Le criticità procedurali: accertamento dell'età, ricongiungimento familiare e tutela legale. – 4 Il quadro normativo dell'Ue: il nuovo Patto tra protezione dichiarata e prassi restrittive. – 5. Oltre l'Ue: brevi cenni alle prassi internazionali. – 6. Conclusione.

1. *Introduzione*

Il presente contributo affronta la complessa ed articolata questione migratoria connessa alla condizione di particolare vulnerabilità dei minori stranieri[1], e in particolare dei Minori Stranieri Non Accompagnati[2] (d'ora in avanti, Msna), nel quadro del Diritto internazionale. L'analisi intende mettere in evidenza come, nonostante l'esistenza di un *corpus* normativo internazionale formalmente orientato alla loro protezione, i Msna continuino a rimanere sistematicamente ai margini delle politiche migratorie. Questa marginalizzazione deriva da una tensione irrisolta tra il

* L'articolo è stato sottoposto, in conformità al regolamento della Rivista, a *double-blind peer review*.

[1] Per un inquadramento della figura del minore nella governance delle migrazioni si vedano: F. Ippolito – G. Biagioni (eds.), *Migrant children: challenges for public and private international law*, Napoli, 2016; A. L. Sciacovelli, *La protezione del minore migrante in Europa. Profili di diritto internazionale ed europeo*, Napoli, 2022.

[2] Per un inquadramento della figura del MSNA si vedano tra gli altri: A. L. Sciacovelli, *Minori stranieri non accompagnati: criticità e nuovi sviluppi giurisprudenziali*, in *Studi sull'Integrazione Europea*, n. 2, 2018, p. 499 ss. e C. Ippoliti Martini, *La protezione del minore straniero non accompagnato tra accoglienza e misure di integrazione*, in *Le nuove leggi civili commentate*, n. 2, 2018, p. 385 ss.

principio del superiore interesse del minore[3] e gli interessi sovrani degli Stati in materia di controllo delle frontiere. Tale tensione rischia di essere acuita dalle recenti riforme del Nuovo Patto Ue sulla Migrazione e l'Asilo e dalla rapida evoluzione degli scenari geo-politici in atto[4].

Si tratta di un argomento molto complesso, riflesso della crescente complessità dei fenomeni migratori in cui i minori sono diventati un soggetto migratorio fondamentale che sta aumentando in quantità a causa dei drammatici fattori di spinta, i cd. *push factor*, non solo economici e di tipo religioso, ma anche legati più in generale alla necessità di trovare altrove una garanzia di rispetto della propria dignità umana negata nel paese d'origine.

I Msna sono caratterizzati da una tripla vulnerabilità: sono minori, rifugiati e soli[5]. Ciononostante, sono spesso relegati a una posizione periferica nel dibattito sulle migrazioni.

Per comprendere la collocazione dei Msna nella gestione migratoria, in primo luogo verranno delineati i pilastri normativi della protezione internazionale, soffermandosi sulla definizione di minore non accompagnato e sul ruolo cardine del principio del superiore interesse del minore. Successivamente, l'analisi si concentrerà sul divario tra il quadro normativo ideale e la sua applicazione pratica, esaminando le principali criticità operative: dalla ricognizione e monitoraggio dei dati statistici, alle delicate procedure di accertamento dell'età e di nomina di un tutore. La trattazione si focalizzerà poi sul contesto europeo, valutando come le tensioni tra logiche di protezione e di controllo si manifestino nel quadro del Nuovo Patto sulla Migrazione e l'Asilo.

Per contestualizzare ulteriormente le sfide europee, verrà offerto un breve sguardo ad altre prospettive internazionali, evidenziando come la problematica assuma dimensioni globali e come il *framework* internazionale non risulti ancora sufficientemente applicato ed armonizzato. Restano, infatti, ancora aperte diverse questioni legate al tema dei Msna per nulla

[3] Si v. E. Lamarque, *Prima i bambini, Il principio dei best interests of the child nella prospettiva costituzionale*, FrancoAngeli, 2016 (ristampa 2025).

[4] Per un'analisi critica puntuale degli atti del Nuovo Patto in relazione ai minori, si veda P. De Pasquale, *Il Patto per la migrazione e l'asilo: più ombre che luci*, in *I Post di AISDUE*, II, 1/2020, p. 1 ss., ha sottolineato fin da subito le debolezze della proposta; F. Di Gianni, *Il trattamento dei minori stranieri negli atti del Nuovo Patto sulla migrazione e l'asilo,* in *Quaderni AISDUE*, 4/2024, p. 1 ss. Sulla stessa linea, B. Nascimbene, *Editoriale*, in *Diritto Immigrazione e Cittadinanza*, 2/2024.

[5] Il concetto di vulnerabilità è centrale per comprendere le speciali tutele del sistema di protezione internazionale e le lacune del Nuovo Patto, si v. F. Ippolito *Vulnerability on trial: an emerging concept for strengthening the protection of migrants in international adjudication?* in *Rivista di Diritto internazionale*, n. 2, 2018.

secondarie, quali la determinazione dell'età; le procedure di accoglienza e trattenimento; le procedure di rimpatrio: l'applicazione del principio di *non refoulement* nei loro confronti; il ricongiungimento familiare; la tutela giuridica e soprattutto il trattamento dei minori stranieri negli atti del Nuovo Patto sulla migrazione e l'asilo dell'Ue.

Già da queste premesse emerge chiaramente che si tratta di un tema molto articolato e complesso che coinvolge diverse dimensioni tra loro complementari, svariati attori istituzionali e differenti livelli di *governance* e normazione.

2. *I fondamenti della protezione internazionale dei minori: definizione di MSNA e ruolo del principio del superiore interesse del minore*

La prima domanda che dobbiamo porci è la definizione: chi è un minore non accompagnato? Come sappiamo dai documenti internazionali sui diritti dei minori, un minore è una persona di età inferiore ai 18 anni[6]; i minori (stranieri) non accompagnati, come definiti dal Comitato delle Nazioni Unite sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza (d'ora in avanti Uncrc) nel Commento generale n. 6 del 2005, «sono minori (come definiti dall'articolo 1 della Convenzione) separati da entrambi i genitori o da altri parenti, e che sono privi delle cure di un adulto, che per legge o per consuetudine, ha tale responsabilità»[7], che pertanto hanno bisogno di protezione internazionale. Esiste una indiscussa necessità di prendersi cura di questa persona, poiché il minore non accompagnato corre rischi maggiori di altri soggetti[8], infatti, può ottenere una protezione *extra* o rafforzata, che implica non solo interventi reattivi, ma anche misure proattive di prevenzione ed identificazione precoce e che si estende «fino a richiedere agli Stati di adottare tutte le misure necessarie per individuare il prima possibile i bambini a rischio di diventare non accompagnati o separati, anche ai confini»[9].

[6] Cfr. art. 1. Convention on the *Rights of the Child* - Crc, approvata dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite il 20 novembre 1989 e ratificata dall'Italia il 27 maggio 1991: «ogni essere umano avente un'età inferiore a diciotto anni, salvo se abbia raggiunto prima la maturità in virtù della legislazione applicabile».

[7] Uncrc nel Commento generale numero 6 (2005) *Trattamento dei bambini separati dalle proprie famiglie e non accompagnati, fuori dal loro paese d'origine*, par. 7.

[8] Uncrc, *op. cit.*, par. 3.

[9] Uncrc, *op. cit.*, par. 13.

Il primo strumento vincolante di diritto internazionale, introdotto specificamente per i minori, è stato la Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti dell'infanzia del 1989 (d'ora in poi, Crc) la quale è stata ratificata per lo più da tutti gli Stati membri dell'Onu con la sola eccezione degli Stati Uniti, cosa che può lasciare stupiti ad una prima osservazione. Sebbene gli Stati Uniti abbiano simbolicamente firmato la Crc nel 1995, essa non è mai stata sottoposta al Senato per la ratifica, rimanendo pertanto priva di effetti vincolanti nell'ordinamento interno. Le ragioni dell'inerzia statunitense sono riconducibili a una combinazione di fattori: in primo luogo, il timore che alcune disposizioni della Convenzione possano limitare la sovranità federale e statale, imponendo obblighi di adeguamento legislativo incompatibili con il federalismo statunitense; in secondo luogo, la resistenza di alcuni settori conservatori, che vedono nella Crc una potenziale interferenza nei diritti educativi, disciplinari e religiosi dei genitori; infine, il fatto che all'epoca della sua adozione gli Stati Uniti consentissero ancora la pena di morte per reati commessi da minori, in contrasto con l'articolo 37 della Convenzione. Sebbene la Corte Suprema abbia dichiarato tale pratica incostituzionale nel 2005 nella pronuncia del caso *Roper v. Simmons*[10], la mancata ratifica della Convenzione rimane emblematica delle tensioni tra diritto internazionale dei diritti umani e ordinamenti giuridici nazionali fortemente autonomi, rappresentando una significativa evidenza della mancata armonizzazione degli *standard* internazionali nei confronti dei minori stranieri non accompagnati.

La Crc contiene una definizione specifica delle modalità di protezione dei minori, in particolare all'art. 3, par. 1, il quale sancisce che «in tutte le decisioni relative ai fanciulli, di competenza delle istituzioni pubbliche o

[10] *Roper v. Simmons*, 543 U.S. 551 (2005), è una storica sentenza della Corte Suprema degli Stati Uniti con cui è stata dichiarata incostituzionale la pena di morte per i minori di 18 anni al momento del reato. Nel caso di specie, la Corte ha ritenuto che l'esecuzione capitale per crimini commessi da persone sotto i 18 anni costituisse una violazione dell'Ottavo Emendamento della Costituzione, che proibisce pene crudeli e inusuali. La decisione ha ribaltato la precedente sentenza *Stanford v. Kentucky* 492 U.S. 361 (1989) e si è fondata su due pilastri principali: l'evoluzione degli standard morali che ha consentito alla Corte di riconoscere che nel tempo il consenso nazionale era cambiato, con sempre più Stati che avevano abolito la pena di morte per i minorenni, e l'introduzione del principio della diminuita colpevolezza dei minori, per il quale la gli adolescenti sono meno maturi, più influenzabili e meno responsabili degli adulti, il che rende sproporzionata la pena di morte nei loro confronti. La sentenza ha avuto un impatto anche sul piano internazionale, avvicinando gli Stati Uniti agli standard stabiliti dalla CRC, che vieta espressamente la pena capitale per i minori. Tuttavia, ciò non ha comunque portato alla ratifica della Convenzione da parte degli Usa.

private di assistenza sociale, dei tribunali, delle autorità amministrative o degli organi legislativi, l'interesse superiore del fanciullo deve essere una considerazione preminente».

Nella Crc è prevista una definizione specifica di come proteggere i minori nell'art. 3 par. 1 che statuisce che in tutte le azioni riguardanti i minori, siano esse intraprese da istituzioni pubbliche o private di assistenza sociale, da tribunali, da autorità amministrative o da organi legislativi, l'interesse superiore del minore deve avere una considerazione primaria.

Questa disposizione internazionale acquisisce ulteriore forza nel combinato disposto con l'art. 24 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Ue che afferma al par. 2 che «l'interesse superiore del bambino deve avere una considerazione primaria»[11], disposizione di diretta derivazione dalla Crc, che riafferma il principio in parola rendendolo vincolante per gli Stati Membri con specifica rilevanza rispetto al diritto dell'Ue. È fondamentale ciò che si evince da questi due articoli: in un quadro internazionale il principio dell'interesse superiore del minore deve essere il primo aspetto da considerare per garantire effettività alla protezione di questi soggetti vulnerabili. Giova osservare che la nozione di interesse superiore del minore è stata sviluppata ben prima del momento in cui ai minori sono stati riconosciuti esplicitamente i diritti umani[12]. In effetti, a ben vedere, il riferimento al superiore interesse è stato concepito essenzialmente per costituire uno *standard* decisionale sulle iniziative da prendere nei confronti del minore.

L'interesse superiore del minore si pone, quindi, come il principio fondamentale di tutta la legislazione a tutela dei minori, soprattutto di quelli più vulnerabili. Gli strumenti giuridici internazionali, infatti, si basano su questo principio, che è formalmente affermato in tutte le Convenzioni e le Dichiarazioni dedicate al minore.

Questi stessi strumenti giuridici internazionali dedicati ai minori, tuttavia, non definiscono puntualmente il superiore interesse del minore, lasciando alla discrezionalità dell'interprete, e in particolare del giudice, il compito di riempire di contenuto questa tutela[13] attraverso una valutazione omnicomprensiva della condizione personale del minore. In assenza di una

[11] Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, art. 24, in G.U. C 326 del 26 ottobre 2012, p. 391.

[12] Cfr. *infra* p. 5 e 6.

[13] Uncrc, *op. cit.,* sez. IV *Principi applicabili*, lett. c) par. 20: per determinare quale sia l'interesse superiore del bambino è necessaria una valutazione chiara e omnicomprensiva della sua identità, comprendente la sua nazionalità, l'educazione, l'appartenenza etnica, culturale e linguistica, le sue particolari debolezze e necessità di protezione.

definizione del concetto e trattandosi di un principio contenuto in disposizioni internazionali, esso deve essere interpretato alla luce della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati del 1969 ai sensi degli articoli 31-33. Il termine superiore interesse del minore compare per la prima volta nella Dichiarazione delle Nazioni Unite sui diritti dell'infanzia del 1959[14].

La Dichiarazione al Principio 2 affermava che il fanciullo deve godere di una protezione speciale e gli devono essere offerte opportunità e facilitazioni, per legge e con altri mezzi, che gli consentano di svilupparsi fisicamente, mentalmente, moralmente, spiritualmente e socialmente in modo sano e normale e in condizioni di libertà e dignità. Nell'emanazione di leggi a questo scopo, l'interesse superiore del bambino deve essere la considerazione principale. È utile, dopo la ricostruzione teorico-giuridica del principio fondante la protezione internazionale dei minori e dei Msna, ripercorrere brevemente in chiave prospettica l'evoluzione storica del riconoscimento dei diritti dell'infanzia nel diritto internazionale, anche per comprendere come la indeterminatezza del suo contenuto sia stata definita in relazione ai diversi periodi.

Questo percorso, infatti, segna una transizione fondamentale: il passaggio da una visione paternalistica del fanciullo, inteso come mero oggetto di protezione, a una concezione moderna del minore come titolare e soggetto attivo di diritti[15]. Il punto di partenza di questo cammino è la Dichiarazione di Ginevra del 1924, adottata dalla Società delle Nazioni[16]. La dichiarazione stabilisce per la prima volta un principio cardine: «l'umanità deve al fanciullo il meglio che ha da offrir»[17]. Sebbene non giuridicamente vincolante, questa dichiarazione incarna un potente obbligo morale di protezione, che vede la tutela del minore non ancora un diritto, ma un dovere della collettività adulta. Questa visione viene ripresa e universalizzata nella Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo del 1948, che all'art. 25

[14] Dichiarazione dei Diritti del Fanciullo, Proclamata dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite con la risoluzione 1386 (XIV) del 20 novembre 1959.

[15] Per un'analisi approfondita di questa evoluzione concettuale, si veda M. Freeman, *The Human Rights of Children*, The Hague, 2011. L'autore descrive questo passaggio come uno *shift from needs to rights*, un cambiamento di paradigma che ha ridefinito il ruolo del minore nel diritto internazionale.

[16] Dichiarazione dei diritti del fanciullo, adottata dalla Quinta Assemblea della Società delle Nazioni il 26 settembre 1924. Il testo originale fu redatto da Eglantyne Jebb, fondatrice di Save the Children, nel 1923.

[17] Cfr. Preambolo della Dichiarazione di Ginevra (1924): «[…] *by the present Declaration of the Rights of the Child, commonly known as the Declaration of Geneva, men and women of all nations, recognising that mankind owes to the Child the best that it has to give, declare and accept it as their duty* [...]».

sancisce che «l'infanzia [...] ha diritto a speciali cure ed assistenza»[18]. Il bambino è visto come un essere umano vulnerabile che necessita di una protezione rafforzata.

La tappa cruciale, come abbiamo visto, è però rappresentata dalla Dichiarazione dei Diritti del Fanciullo delle Nazioni Unite del 1959, che sancisce la nascita di un diritto specifico e cristallizza per la prima volta il principio guida di tutto il sistema di protezione internazionale del minore[19]. Questo strumento, pur rimanendo non vincolante, è il primo a essere interamente dedicato ai diritti dei minori a livello globale. La sua importanza risiede nell'introduzione esplicita del principio che diventerà la chiave di volta di tutta la materia: l'interesse superiore del minore che il Principio 2 afferma dover essere la *paramount consideration*[20]. Essa costituisce le fondamenta giuridiche per il principio che è oggi al centro della protezione anche dei Msna. Il passaggio da principi morali a obblighi giuridici si concretizza con i Patti internazionali del 1966 sui diritti civili e politici e sui diritti economici, sociali e culturali, che rendono vincolanti per gli Stati molti dei diritti enunciati nella Dichiarazione del 1948, includendo specifiche tutele per i minori[21]. Tuttavia, il vero spartiacque è la già citata Crc del 1989[22], entrata in vigore nel 1990.

Questo trattato, ratificato quasi universalmente[23], opera una vera rivoluzione concettuale giuridica. Il minore diventa soggetto di diritti, non

[18] Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo, adottata dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite il 10 dicembre 1948, Art. 25(2): *Motherhood and childhood are entitled to special care and assistance. All children, whether born in or out of wedlock, shall enjoy the same social protection*.

[19] Cfr. *supra.*

[20] Principio 2 della Dichiarazione del 1959: «*The child shall enjoy special protection, and shall be given opportunities and facilities, by law and by other means, to enable him to develop physically, mentally, morally, spiritually and socially in a healthy and normal manner and in conditions of freedom and dignity. In the enactment of laws for this purpose, the best interests of the child shall be the paramount consideration*».

[21] Si vedano in particolare l'Art. 24 del Patto Internazionale sui Diritti Civili e Politici (Iccpr), che riconosce il diritto di ogni bambino a misure di protezione speciali, e l'Art. 10 del Patto Internazionale sui Diritti Economici, Sociali e Culturali (Icescr), che prevede misure di protezione e assistenza per i fanciulli e gli adolescenti. Entrambi adottati il 16 dicembre 1966.

[22] Cfr. *supra.*

[23] Ad oggi, la Convenzione è stata ratificata da 196 Stati. L'unica eccezione significativa sono gli Stati Uniti, che hanno firmato la Convenzione nel 1995 ma non l'hanno mai ratificata, cfr. *supra* p. 3. Questo aspetto evidenzia in maniera esemplare una delle principali tensioni persistenti tra gli standard internazionali e le sovranità nazionali, ad

più solo destinatario passivo di cure, ma titolare di diritti civili, politici, economici, sociali e culturali. Il diritto all'ascolto, sancito dall'art. 12 ne è l'emblema[24]. Parallelamente, l'art. 3 della Convenzione trasforma il principio dell'interesse superiore del minore da aspirazione a norma giuridica vincolante[25]. È su questo edificio giuridico che si fonda l'intera architettura della protezione moderna dei Msna, i quali, in quanto minori, sono a pieno titolo soggetti di tutti i diritti sanciti dalla Convenzione. In questo processo di ricostruzione del concetto esatto del principio in esame, un ulteriore criterio che può essere utilizzato è l'analisi dei commenti generali del Uncrc.

Più recentemente, anche il Regolamento (Ue) Dublino III 604/2013 stabilisce alcuni criteri per la valutazione dell'interesse superiore, quali: la possibilità di accedere al ricongiungimento familiare; il benessere e lo sviluppo del minore; le opinioni del minore in base alla sua età e al suo livello di maturità; le considerazioni sulla sicurezza, in particolare per quanto riguarda il rischio che il bambino possa essere vittima di tratta. Dall'analisi svolta sinora, risulta evidente che esiste una tendenza universale a ritenere che il miglior interesse del minore debba essere salvaguardato prevalendo sugli altri interessi in gioco, ma il nuovo millennio ha segnato un ulteriore punto di svolta, dando per acquisita l'esistenza dei diritti e spostando il *focus* delle politiche internazionali dalla definizione alla concreta implementazione degli stessi. Ne sono la prova gli Obiettivi di Sviluppo del Millennio[26] e, più recentemente, i 17 Obiettivi di Sviluppo Sostenibile

oltre 30 anni dalla ratifica della Convenzione. Per gli Stati Uniti in particolare, nonostante le evidenziate contingenze storiche legate alla pena di morte siano superate e consentirebbero la ratifica della Convenzione, la partita della cessione della sovranità sulle politiche migratorie è invece di drammatica attualità e denota una posizione marcatamente nazionalista e protezionista. Basti pensare agli Accordi bilaterali di cooperazione per l'asilo (*Asylum Cooperative Agreements*) stipulati con El Salvador, Guatemala e Honduras per l'*offshoring* delle procedure di asilo e al Programma *Remain in Mexico* (*Migrant Protection Protocols*).

[24] Art. 12(1) Crc: «Gli Stati parti garantiscono al fanciullo capace di discernimento il diritto di esprimere liberamente la sua opinione su ogni questione che lo interessa, le opinioni del fanciullo essendo debitamente prese in considerazione tenendo conto della sua età e del suo grado di maturità».

[25] Cfr. *supra*.

[26] Risoluzione dell'Assemblea Generale A/RES/70/1, *Trasformare il nostro mondo: l'Agenda 2030 per lo Sviluppo Sostenibile*, 25 settembre 2015.

(Sdgs)[27] del 2015, i quali includono specifici *target* relativi alla protezione dei Msna [28].

Questa evoluzione dimostra come la protezione dei minori sia diventata un tema irrinunciabile dell'agenda internazionale. La sfida, oggi, non è più quella di riconoscere i diritti dei minori, ma di garantirne l'applicazione universale, effettiva e senza discriminazioni, specialmente nei confronti dei più vulnerabili tra loro.

L'aumento significativo degli arrivi di Msna in Europa solleva questioni complesse legate alla loro particolare vulnerabilità e alla frammentazione giuridica degli *status* applicabili, che variano sensibilmente in base ai contesti normativi nazionali e sovranazionali. Come abbiamo visto la ricerca di risposte efficaci a tali criticità si innesta in un sistema di tutela multilivello, costruito nel tempo a partire, sul piano universale, dalla Crc sui diritti del fanciullo del 1989, e, sul piano regionale, dal Sistema europeo comune di asilo (Seca) e dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo**.** In ambito europeo, un apporto determinante proviene dall'interpretazione evolutiva della Corte europea dei diritti dell'uomo, la quale ha progressivamente consolidato *standard* sostanziali e procedurali in materia di protezione dei minori privi di riferimenti familiari, influenzando a sua volta l'orientamento della Corte di giustizia dell'Unione europea**,** specie nella giurisprudenza sul regolamento Dublino e sul principio del superiore interesse del minore. In tale contesto si segnalano inoltre, per la loro portata innovativa, le pronunce delle Corti britanniche**,** che hanno elaborato il principio del *duty to protect*, volto a garantire il ricongiungimento familiare dei

[27] Questa sfida è al centro del lavoro del Uncrc, che attraverso i suoi Commenti Generali, in particolare il n. 6 sui minori non accompagnati e separati cfr. *supra* p. 3, cerca di fornire agli Stati una guida interpretativa per colmare il divario tra la norma e la sua effettiva applicazione.

[28] Cfr. Risoluzione dell'Assemblea Generale A/RES/70/1, *Trasformare il nostro mondo: l'Agenda 2030 per lo Sviluppo Sostenibile*, 25 settembre 2015 che delinea gli obiettivi 16.2 e 10.7 la cui pertinenza per i MSNA è duplice e complementare. L'Obiettivo 16.2, che mira a porre fine all'abuso, allo sfruttamento, al traffico e a tutte le forme di violenza e tortura contro i bambini, affronta direttamente le conseguenze della loro estrema vulnerabilità. I minori non accompagnati, infatti, sono tra i soggetti più esposti a tali rischi lungo le rotte migratorie e nei paesi di destinazione. Parallelamente, l'Obiettivo 10.7, che impegna a facilitare la migrazione e la mobilità ordinate, sicure, regolari e responsabili delle persone, anche attraverso l'attuazione di politiche migratorie pianificate e ben gestite, interviene sulla causa strutturale di tali rischi. L'assenza di canali di migrazione sicuri e legali è uno dei fattori principali che spinge i minori verso percorsi irregolari e pericolosi. La combinazione di questi due target evidenzia una consapevolezza, a livello internazionale, che la protezione dei minori migranti non può essere disgiunta da una gestione più umana e responsabile dei flussi migratori nel loro complesso.

Msna anche in presenza di ostacoli amministrativi derivanti dall'applicazione automatica del criterio del primo ingresso.

Nella globalizzazione dei processi, che esaspera le situazioni geo-politiche più instabili alimentando i flussi migratori e aumentando i divari socio-economici, emergono la portata del fenomeno e le criticità intrinseche alla sua gestione che nel prossimo paragrafo affronteremo.

3. Le sfide sistemiche alla protezione: i dati della crisi e i nodi critici delle procedure

3.1 I dati della crisi migratoria relativi ai Msna

All'interno di questo quadro internazionale di strumenti giuridici a tutela del minore, esistono diversi scenari che è possibile ricostruire e analizzare attraverso la lettura delle statistiche Eurostat, che fornisce diversi set di dati di fondamentale importanza per osservare l'evoluzione e i *trend* legati alle migrazioni dei minori. Eurostat, infatti, rispetto alle domande di asilo, fornisce con cadenza mensile statistiche con dati specifici sul numero di minori che presentano per la prima volta una domanda di asilo, inclusi i minori non accompagnati; pubblica con cadenza trimestrale i dati sulle decisioni di primo grado relative alle domande di asilo, incluse quelle relative ai Msna e con cadenza annuale le decisioni finali, in appello o revisione, e *resettlement*.

Con specifico riguardo, inoltre, alle migrazioni dei minori, Eurostat ha rilasciato un recentissimo prezioso report *Children in migration – asylum applicants – Statistics Explained*[29], che ci restituisce una prima ricostruzione degli ingressi dei minori nell'Unione Europea e disaggrega i dati secondo diverse direttrici consentendoci di rintracciare informazioni puntuali anche sui minori non accompagnati. Nel 2024 i minori rappresentavano oltre un quarto di tutte le persone che hanno presentato domanda di protezione internazionale per la prima volta nell'Unione Europea[30]. Di questi, una parte significativa risultava costituita da minori non accompagnati, ossia privi di genitori o di altri adulti legalmente responsabili al momento dell'ingresso nel

[29] Eurostat, *Children in migration – asylum applicants. Statistics Explained*, aprile 2025, consultabile al collegamento: <https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/SEPDF/cache/99793.pdf>.

[30] Eurostat, *op. cit.*

territorio europeo nell'accezione definita dalla normativa europea[31]. Sebbene il numero assoluto dei minori richiedenti asilo abbia fatto registrare un lieve calo rispetto agli anni precedenti, la quota di coloro che affrontano il percorso migratorio da soli resta stabile e preoccupante, rivelando la persistente esposizione di questi soggetti a gravi rischi di abuso, sfruttamento, tratta e marginalizzazione[32].

Le principali nazionalità di origine dei minori non accompagnati confermano la centralità di alcune crisi umanitarie croniche: in primo luogo, quella siriana e quella afghana, cui si affiancano altre provenienze dall'America Latina e dall'Africa subsahariana[33]. I contesti di partenza sono frequentemente caratterizzati da conflitti armati, repressione politica, degrado ambientale o povertà estrema, che determinano condizioni tali da spingere famiglie intere a separarsi nel tentativo di garantire almeno a uno dei propri figli l'accesso alla protezione internazionale e a un futuro dignitoso.

Sul versante delle destinazioni, l'analisi dei dati mostra come alcuni Stati membri continuino a svolgere un ruolo di primo piano nell'accoglienza dei minori richiedenti asilo. La Germania, pur registrando una riduzione rispetto agli anni precedenti, resta il principale Paese di destinazione, seguita da Francia e Spagna[34]. Parallelamente, si osserva una variazione significativa nella distribuzione interna dell'accoglienza dei minori non accompagnati, con alcuni Paesi – come Bulgaria, Slovenia, Paesi Bassi, Ungheria e Cipro, che presentano percentuali molto elevate di minori non accompagnati sul totale dei minori richiedenti asilo[35]. Questi dati pongono interrogativi importanti non solo in termini di equa ripartizione delle responsabilità tra gli Stati membri in attuazione del principio di solidarietà, ma anche riguardo alla capacità effettiva di questi ultimi di garantire condizioni di accoglienza adeguate, valutazioni tempestive delle domande e percorsi di tutela che pongano realmente al centro il superiore interesse del minore, come

[31] Direttiva 2011/95/Ue (art. 2, lett. l), definisce il minore non accompagnato come «il minore privo di accompagnamento al momento dell'ingresso nel territorio di uno Stato membro».

[32] FRA (Agenzia dell'Unione europea per i diritti fondamentali), *Guardianship systems for children deprived of parental care in the European Union*, 2022, consultabile al collegamento: < https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra-2014-guardianship-children_en_0.pdf >.

[33] Eurostat, *op. cit.*, sezioni su cittadinanza e area geografica dei richiedenti.

[34] Eurostat, *op. cit.*, sezione dati 2024 sulle destinazioni principali dei minori richiedenti asilo.

[35] Eurostat, *op. cit.*, distribuzione per Stati membri dei Msna.

prescritto dalla Crc[36] e richiamato dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo[37].

Nel lungo periodo, l'andamento dei flussi ha risentito di fattori strutturali e contingenti. In dottrina è stata evidenziata anche una crisi delle Istituzioni europee nella risposta all'aumento dei flussi migratori dovuto agli eventi socio-politici che hanno caratterizzato l'area Mediterranea e non solo, a partire dal 2015.

Dopo il picco raggiunto nel 2015-2016, durante la cosiddetta crisi migratoria, si è assistito a una flessione progressiva fino al 2020, segnata dall'emergenza pandemica e dalla conseguente chiusura delle frontiere[38]. Tuttavia, a partire dal 2021 si è registrata una nuova crescita, cui ha fatto seguito nel 2024 una relativa stabilizzazione, senza che siano venuti meno gli elementi strutturali di pressione migratoria[39].

I dati mostrano delle interessanti variazioni rispetto alle distribuzioni geografiche dal 2020, dove l'Italia e la Grecia erano i paesi con il più alto numero di minori stranieri e la Germania risultava scelta principalmente come paese di migrazione secondaria.

Una dinamica rilevante riguarda il trattamento delle domande di asilo presentate da minori: le statistiche mostrano che questi ultimi beneficiano di un tasso di riconoscimento più elevato rispetto agli adulti, sia in prima istanza sia in sede di ricorso[40]. Ciò suggerisce, da un lato, una maggiore fondatezza delle domande avanzate da minori non accompagnati e,

[36] Cfr. in particolare Crc artt. 3 e 22.

[37] Cfr. Corte EDU, 12 ottobre 2006, ric. 13178/03, *Mubilanzila Mayeka and Kaniki Mitunga v. Belgium*. Il caso riguarda la detenzione e l'espulsione programmata di una bambina congolese di cinque anni non accompagnata, arrestata all'aeroporto di Bruxelles e trattenuta per due mesi in un centro chiuso per stranieri in attesa di rimpatrio. La Corte ha riconosciuto violazioni multiple della Cedu tra cui l'art. 3 sul trattamento inumano e degradante; l'art. 5, par. 1 e 4 sulla privazione della libertà arbitraria e mancanza di un ricorso effettivo e l'art. 8 Cedu sulla violazione del diritto al rispetto della vita privata e familiare. Questo caso ha rappresentato una pietra miliare per la giurisprudenza europea sulla protezione dei minori stranieri non accompagnati, sottolineando il principio per cui la detenzione di un minore vulnerabile, in particolare se non accompagnato, deve essere usata solo come *extrema ratio* e nel rispetto del superiore interesse del minore, riaffermando così la centralità della protezione del minore rispetto agli altri interessi in campo. Cfr. anche *infra*.

[38] Eurostat (luglio 2021), consultabile al collegamento: <https://ec.europa.eu/eurostat/en/web/products-eurostat-news/-/ddn-20210726-1>.

[39] Eurostat (aprile 2025), *Children in migration – asylum applicants. Statistics Explained,* sezioni su sviluppo storico 2014–2024.

[40] Eurostat, *op. cit.*, sezioni su esiti delle decisioni di asilo per minori rispetto agli adulti.

dall'altro, l'efficacia potenziale di un approccio orientato alla protezione. Tuttavia, permangono profonde disparità tra Stati membri nella velocità delle procedure, nell'accesso all'assistenza legale e psicologica e nella predisposizione di percorsi di inclusione[41].

Infine, non può essere trascurata la specifica situazione dei minori fuggiti dall'Ucraina a seguito dell'invasione russa del 2022. Al 31 dicembre 2024, circa 1,3 milioni di minori erano sotto protezione temporanea nell'Unione Europea, con concentrazioni particolarmente elevate in Polonia, Germania e Repubblica Ceca[42]. Questo regime eccezionale ha mostrato la capacità dell'Ue di reagire in modo coordinato e solidale a una crisi umanitaria alle porte del continente, offrendo spunti significativi per una riflessione sul possibile rafforzamento degli strumenti ordinari di protezione alla luce del soddisfacente esito del dispositivo straordinario istituito in occasione della crisi Ucraina.

Ad aumentare la variabilità della situazione tra paese e paese interviene anche la circostanza che il paese di partenza determina in qualche modo anche la scelta del paese di destinazione.

L'analisi dei dati più recenti, infatti, conferma l'esistenza di rotte migratorie ricorrenti che collegano in modo strutturale determinate aree di origine e specifici paesi di destinazione, configurando una geografia asimmetrica della protezione internazionale dei minori non accompagnati. In particolare, la rotta del Mediterraneo centrale rappresenta un canale privilegiato per l'ingresso in Italia di minori provenienti da Tunisia, Egitto e Pakistan, spesso approdati a Lampedusa o in Sicilia dopo traversate marittime ad alto rischio[43].

Parallelamente, Malta si conferma punto di approdo ricorrente per minori provenienti dal Bangladesh e dall'Eritrea, generalmente transitati attraverso la Libia[44].

La rotta balcanica orientale, invece, continua a convogliare verso Germania e Austria i minori afghani e siriani, inizialmente entrati attraverso

[41] Unhcr, *Progress Report: Children on the Move*, 2021.

[42] Eurostat, *op. cit.*, sezione sulla protezione temporanea ai minori ucraini nel 2024.

[43] *European Union Agency for Asylum* (Euaa), 2023 *Annual Report on Asylum in the EU,* Capitolo 4: *Children in Asylum Procedures*, p. 112 ss. Si veda anche Unhcr, *Italy: Sea Arrivals Dashboard* – December 2024, evidenzia Tunisia, Egitto e Pakistan tra le principali nazionalità dei Msna sbarcati, nonchè Fundamental Rights Agency, *Migration: Key Fundamental Rights Concerns*, Bulletin n. 3/2023, sez. su minori in arrivo sull'isola di Lampedusa.

[44] Euaa, *Malta Country Report – Asylum and Reception System 2023*, evidenzia l'arrivo di minori eritrei e bangladesi via Libia. Si veda anche Unhcr, *Mixed Movements Monitoring Mechanism Initiative – Libya*, Report Q4 2023.

Grecia e Bulgaria, sfruttando canali informali spesso gestiti da reti di trafficanti[45]. La Spagna, infine, assorbe quote crescenti di minori non accompagnati provenienti sia dall'Africa settentrionale – in particolare Marocco e Algeria – sia dal continente americano, in particolare da Venezuela, Colombia e Honduras, a seguito dell'aggravarsi delle crisi umanitarie regionali[46].

Questi dati non sono solo numeri, ma riflettono le pressioni a cui sono sottoposte le procedure nazionali, evidenziando l'urgenza di analizzare i nodi critici che ne minano l'efficacia e che ora affronteremo.

3.2 Le criticità procedurali: accertamento dell'età, ricongiungimento familiare e tutela legale

Una volta delineato il quadro generale del fenomeno nei suoi elementi essenziali, è possibile esaminare alcuni snodi normativi cruciali relativi ai Msna. Tali disposizioni, invece di favorire una *governance* coerente e sistematica di un ambito tanto delicato, introducono fattori di disordine e frammentazione che accrescono l'entropia del sistema. Ne risulta un assetto normativo complesso e disarticolato, che richiede sempre più spesso l'intervento delle Corti per chiarire le ambiguità interpretative e garantire l'effettività della tutela del minore nel caso concreto.

Il primo elemento critico, frequentemente sottovalutato nei sistemi di accoglienza europei, riguarda l'ambiguità interpretativa e l'eterogeneità applicativa della nozione di «minore non accompagnato» contenuta nell'art. 2, lett. *f* della Direttiva 2003/86/Ce del Consiglio, il quale è definito come «il cittadino di un paese terzo o l'apolide di età inferiore ai diciotto anni che entra nel territorio di uno Stato membro senza essere accompagnato da un adulto che sia responsabile di lui in forza della legge o della prassi dello Stato membro interessato» e vi rimane non accompagnato[47]. Tale definizione è

[45] Unhcr, *Desperate Journeys: Refugees and migrants arriving in Europe and at Europe's borders, Update* 2022. Si veda anche Euaa, *Country of Origin Information Report: Afghanistan – Minors*, 2023 e FRA, *Children in Migration – Fundamental Rights Challenges*, 2021.

[46] Eurostat, *Children in migration – asylum applicants*, 2025. Si veda anche Easo, *Country of Origin Information – Venezuela*, 2022 e UNHCR, *Americas Emergency Situations Reports – Venezuela and Colombia*, 2023.

[47] Direttiva 2003/86/CE del Consiglio, del 22 settembre 2003, relativa al diritto al ricongiungimento familiare, GU L 251 del 3.10.2003, art. 2(f). Testo disponibile su EUR-Lex: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=CELEX:32003L0086>. La Direttiva disciplina le condizioni per l'esercizio del diritto al ricongiungimento familiare da parte dei cittadini di paesi terzi legalmente residenti negli Stati Membri.

formalmente chiara, ma lascia ampio margine alla discrezionalità degli Stati membri nel riconoscimento effettivo dello *status* di non accompagnato, specialmente nei casi in cui il minore sia temporaneamente affidato ad adulti con legami informali o quando si tratti di minori prossimi alla maggiore età.

Una delle questioni più controverse riguarda la limitazione *de facto* del diritto al ricongiungimento familiare[48], che dovrebbe invece essere garantito in via prioritaria proprio per i minori vulnerabili. Sebbene l'ordinamento europeo riconosca a un minore non accompagnato il diritto di farsi raggiungere da familiari diretti, in particolare genitori o altri ascendenti, nel territorio dello Stato membro ospitante[49], nella prassi si riscontrano ostacoli sistemici all'effettiva attuazione di tale diritto. Tra le strategie dilatorie più problematiche, alcuni Stati membri fanno scadere artificialmente il tempo utile per la domanda di ricongiungimento, attendendo che il minore raggiunga i diciotto anni per poi concedere lo *status* di rifugiato individualmente**,** impedendo così ogni possibilità di riunificazione familiare. Questo approccio, oltre a essere in contrasto con il principio del superiore interesse del minore, compromette gravemente l'effettività della protezione internazionale e produce una frattura permanente nei legami familiari.

Tali pratiche pongono seri interrogativi sul rispetto degli obblighi derivanti dalla Crc**,** che all'art. 10 espressamente richiede che le richieste di ricongiungimento familiare siano trattate in maniera «positiva, umana e sollecita». Inoltre, esse si pongono in tensione con la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, che ha più volte affermato l'obbligo degli Stati di garantire la vita familiare dei minori richiedenti asilo, in particolare nei casi di vulnerabilità estrema o separazione forzata. La Corte ha più volte chiarito che l'obbligo degli Stati di garantire la vita familiare dei minori stranieri non può essere disatteso per ragioni meramente amministrative o formali. In sentenze come *Tarakhel v. Switzerland*[50], *Senigo*

[48] Per una analisi delle criticità, si veda N. Lowe - C. Honorati - M. Hellner, *Brussels II-ter. Cross- border Marriage Dissolution, Parental Responsibility Disputes and Child Abduction in the EU*, Cambridge, 2024.

[49] Direttiva 2003/86/Ce, art. 10. Il testo riconosce esplicitamente il diritto dei minori non accompagnati al ricongiungimento con ascendenti diretti, in coerenza con l'art. 8 Cedu e con la Crc.

[50] Corte EDU, 4 novembre 2014, ric. 29217/12, *Tarakhel v. Switzerland*. La Corte EDU ha affrontato il caso di una famiglia afghana con figli minori, oggetto di un trasferimento previsto dal Regolamento Dublino verso l'Italia. I ricorrenti lamentavano che tale trasferimento, in assenza di garanzie concrete sulle condizioni di accoglienza, avrebbe esposto i minori a condizioni inadeguate. La Corte ha accolto il ricorso, affermando che gli Stati, anche nell'ambito della cooperazione intraeuropea in materia d'asilo, sono tenuti ad

Longue v. France[51], *Rodrigues da Silva v. Netherlands*[52] e *Tuquabo-Tekle v. Netherlands*[53], la Corte ha affermato il diritto dei minori a mantenere e ricostituire l'unità familiare come componente essenziale della protezione dei diritti umani. Il ritardo, l'inazione o la mancata valutazione dell'interesse superiore del minore nei ricongiungimenti familiari integrano una violazione dell'art. 8 Cedu, anche in assenza di trattenimento o misure coercitive.

Un'ulteriore questione particolarmente problematica riguarda la situazione dei minori stranieri non accompagnati che raggiungono la maggiore età nelle more della procedura di protezione internazionale o del procedimento di rimpatrio. Su questo punto, la Corte di giustizia dell'Unione europea ha fornito indicazioni giuridiche di rilievo, chiarendo i

assicurarsi che il paese di destinazione garantisca condizioni materiali e procedurali adeguate ai bambini, in linea con l'art. 3 Cedu. La decisione ha introdotto l'obbligo, per gli Stati richiedenti, di ottenere rassicurazioni specifiche in caso di trasferimento di nuclei familiari vulnerabili, evidenziando l'irrilevanza del solo status di «paese sicuro» ai fini della tutela effettiva del minore.

[51] Corte EDU, 10 luglio 2012, ric. 19113/09, *Senigo Longue and Others v. France*. La sentenza ha riguardato il diniego da parte delle autorità francesi del ricongiungimento familiare tra un padre regolarmente residente in Francia e i suoi tre figli minorenni rimasti in Camerun. La Corte ha ritenuto che la decisione delle autorità francesi, fondata su valutazioni eccessivamente formali, non avesse adeguatamente considerato l'interesse superiore dei minori, violando così il diritto al rispetto della vita familiare ai sensi dell'art. 8 Cedu. Il caso sottolinea che le misure di immigrazione non possono essere adottate in modo automatico e astratto, ma richiedono un esame individuale, proporzionato e conforme ai bisogni specifici dei minori coinvolti.

[52] Corte EDU, 31 gennaio 2006, ric. 50435/99, *Rodrigues da Silva and Hoogkamer v. Netherlands*. In questa sentenza, la Corte ha esaminato il caso di una madre brasiliana in posizione irregolare nei Paesi Bassi, minacciata di espulsione, e della figlia minorenne, cittadina olandese. La Corte ha ritenuto che l'allontanamento della madre avrebbe interrotto la vita familiare della minore, la quale aveva legami stabili nel paese di residenza. Nonostante la madre fosse priva di permesso di soggiorno, la Corte ha stabilito che l'espulsione sarebbe stata sproporzionata rispetto al diritto della bambina a crescere nel proprio ambiente familiare. Il caso illustra come la protezione dei legami familiari dei minori possa prevalere su considerazioni migratorie fondate esclusivamente sullo status giuridico dei genitori.

[53] Corte EDU, 1° dicembre 2005, ric. 60665/00, *Tuquabo-Tekle and Others v. the Netherlands*. La Corte ha affrontato un caso relativo alla la mancata autorizzazione al ricongiungimento tra una madre eritrea rifugiata nei Paesi Bassi e la figlia minorenne rimasta nel paese d'origine. Il ritardo amministrativo prolungato nel trattare la domanda di ricongiungimento ha avuto l'effetto di interrompere irreparabilmente i legami affettivi e parentali, secondo quanto affermato dalla Corte, che ha riscontrato una violazione dell'art. 8 Cedu. Il caso rappresenta un precedente significativo sull'obbligo degli Stati di agire con tempestività nei procedimenti che coinvolgono la riunificazione familiare di minori, specialmente nei contesti di protezione internazionale.

limiti e le condizioni entro cui gli Stati membri possono agire. Nella sentenza A. & S. (C-550/16) del 12 aprile 2018[54], la Corte ha affermato che il diritto al ricongiungimento familiare di un minore non accompagnato, ai sensi dell'art. 10 della Direttiva 2003/86/Ce, sopravvive al raggiungimento della maggiore età, a condizione che la domanda sia stata presentata quando il richiedente era ancora minorenne. Lo *status* di minore, dunque, deve essere valutato con riferimento alla data di presentazione della domanda, e non a quella della decisione amministrativa. Tale orientamento ha inteso evitare le citate e deprecabili pratiche dilatorie o inerti da parte degli Stati, che rischierebbero altrimenti di svuotare di efficacia il diritto al ricongiungimento, in contrasto con il principio del superiore interesse del minore. Successivamente, nella sentenza T.Q. (C-441/19) del 14 gennaio 2021[55], la Corte ha ribadito che prima di adottare una decisione di rimpatrio nei confronti di un minore non accompagnato, lo Stato membro è tenuto a condurre una valutazione individuale e approfondita della sua situazione personale, ponendo al centro l'interesse superiore del minore, come richiesto dall'art. 5 della Direttiva 2008/115/Ce[56].

In particolare, la Corte ha chiarito che lo Stato deve verificare l'effettiva disponibilità, nello Stato di destinazione, di condizioni di accoglienza adeguate, sia presso familiari o tutori, sia in strutture pubbliche idonee. Solo in presenza di tale verifica positiva, una decisione di rimpatrio può essere adottata nel rispetto del diritto dell'Unione. Inoltre, la Corte ha escluso che gli Stati membri possano ritardare l'esecuzione della misura di rimpatrio con la motivazione del prossimo raggiungimento della maggiore età, poiché ciò snaturerebbe la finalità della direttiva e comprometterebbe la certezza del diritto.

L'accertamento stesso dell'età, a dire il vero, costituisce in sé una questione giuridicamente sensibile e cruciale nella gestione dei Msna, poiché da esso derivano conseguenze dirette in termini di accesso a diritti fondamentali, a protezione speciale, a procedure dedicate e all'esclusione da

[54] La giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea si affianca a quella già citata della Corte EDU. Sul tema, ha stabilito come il diritto al ricongiungimento familiare di un minore non accompagnato sopravviva al raggiungimento della maggiore età, a condizione che la domanda sia stata presentata quando il richiedente era ancora minorenne. Tale orientamento mira a contrastare le pratiche dilatorie degli Stati membri Cfr. Corte giust., 12 aprile 2018, C-550/16, *A. & S.*

[55] Corte giust., del 14 gennaio 2021, C-441/19, *T.Q.*

[56] Direttiva 2008/115/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 dicembre 2008, recante norme e procedure comuni applicabili negli Stati membri al rimpatrio di cittadini di paesi terzi il cui soggiorno è irregolare, GU L 348 del 24.12.2008, p. 98 ss..

misure coercitive come la detenzione amministrativa o il rimpatrio forzato[57]. Sovente, infatti, ci si trova in presenza di elementi contraddittori che possono rendere necessaria una valutazione supplementare dell'età, soprattutto nei casi in cui, ad esempio, l'aspetto fisico della persona suggerisca una maturità chiaramente superiore ai diciotto anni, mentre la documentazione presentata ne attesti la minore età. In tali situazioni, è fondamentale che l'eventuale approfondimento avvenga nel rispetto del principio di proporzionalità, evitando approcci invasivi o discriminatori, e garantendo sempre il beneficio del dubbio a favore dell'interessato, conformemente agli *standard* internazionali di protezione dei minori. Possiamo rintracciare alcune informazioni utili in questo senso ancora nel Commento generale n. 6 del Uncrc e in alcune linee guida dell'Agenzia Europea di sostegno per l'asilo (Easo). Il Comitato afferma che: «[i]n caso di dubbio, la persona deve essere trattata come minore fino a prova contraria»[58]. Raccomanda, inoltre, metodi non invasivi, multidisciplinari, ovvero non limitati a valutazioni mediche o ossee, non invasivi, ovvero rispettosi della dignità e dell'integrità fisica della persona, scoraggiando l'uso indiscriminato di esami ossei o radiografici, trasparenti e partecipate, con coinvolgimento del minore e possibilità di ricorso e orientati al margine di errore in favore del minore, in applicazione del principio del beneficio del dubbio. I metodi di accertamento dell'età[59] si distinguono, infatti, in due principali categorie.

Ci sono metodi non medici, che includono l'analisi e la valutazione di elementi probatori diversi da quelli clinici. Tra questi rientrano, ad esempio, il colloquio di valutazione dell'età, volto ad accertare la coerenza del racconto del minore con il suo vissuto, il suo grado di maturità e le sue condizioni socio-relazionali, nonché eventuali valutazioni psicologiche condotte da personale qualificato[60].

---

[57] Per un esempio delle conseguenze estreme a cui può condurre l'accertamento dell'età si veda il caso Corte EDU, 21 luglio 2022, ric. 5797/17, *Darboee Camara/Italia*. Il caso riguardava due Msna di origine gambiana che, nonostante avessero dichiarato la minore età e richiesto protezione internazionale, erano stati collocati per oltre quattro mesi in un centro di accoglienza per adulti.

[58] Uncrc, *op. cit.*, par. 31.

[59] CoE, *Age Assessment: Council of Europe member States' Policies, Procedures and Practices Respectful of Children's Rights in the Context of Migration*, September 2017, p. 5.

[60] La procedura di accertamento dell'età rappresenta un nodo critico fondamentale. Le recenti modifiche introdotte in Italia dal D.L. 133/2023 sono state fortemente criticate per aver invertito de facto la presunzione di minore età. Sul punto, si vedano le analisi di O. Fiore, *Minori Stranieri Non Accompagnati: dalla tutela alla diffidenza..., in Diritto, Immigrazione*

Questi approcci sono generalmente preferiti perché meno invasivi e più rispettosi della dignità e della soggettività del minore. Ci sono poi i metodi medici, che si basano sull'osservazione di caratteristiche fisiche e biologiche. Tra le tecniche più utilizzate figurano l'esame dentale, la valutazione dello sviluppo puberale e l'impiego di tecniche radiologiche quali la radiografia del carpo, della clavicola o dei denti, talvolta anche la risonanza magnetica. Sebbene questi strumenti comportino livelli di esposizione a radiazioni considerati bassi e generalmente compatibili con la tutela della salute del minore, la loro applicazione deve essere sempre subordinata al consenso libero e informato dell'interessato e accompagnata da una valutazione multidisciplinare[61].

A tal proposito il Comitato raccomanda fortemente di evitare esami medici forzati o degradanti, e promuove l'uso di interviste psicosociali approfondite come strumenti più appropriati per valutare l'età presunta. Tali indicazioni sono state recepite anche dall'Agenzia dell'Unione europea per l'Asilo (Euaa), che invita gli Stati membri a utilizzare metodi olistici e trasparenti, fondati sulla partecipazione attiva del minore e sull'assistenza legale. Le linee guida[62] dell'ex Easo, oggi Euaa, ribadiscono e sistematizzano queste raccomandazioni, adattandole al contesto procedurale dell'Unione europea. Nei documenti di riferimento per gli operatori d'asilo[63] si legge che l'accertamento dell'età deve essere considerato una misura di ultima istanza, dopo aver esaminato i documenti, le dichiarazioni del minore e altri elementi non invasivi.

Ogni accertamento medico deve essere svolto con il consenso libero e informato del minore; la valutazione deve essere multifattoriale e condotta da personale qualificato, preferibilmente con formazione in psicologia

e Cittadinanza, 1/2024, p. 1 ss., e D. Mandrioli, *Quando l'interesse superiore non è quello del fanciullo...*, in *SIDIBlog*, 16 novembre 2023 (https://www.sidiblog.org/).

[61] L'uso di esami medici invasivi per l'accertamento dell'età, come le radiografie ossee o il controllo dei genitali, è fortemente contestato. Tali metodi sono stati criticati sia dalla comunità scientifica per la loro imprecisione e invasività, sia dagli organi internazionali per la violazione dei diritti del minore. Per la prospettiva medica, si vedano World Medical Association (Wma), *Statement on Medical Age Assessment of Unaccompanied Minor Asylum Seekers*, 27 novembre 2019; e *Interim Age Estimation Science Advisory Committee, Biological Evaluation Methods to Assist in Assessing the Age of Unaccompanied Asylum-Seeking Children*, 10 gennaio 2023. Sulla prospettiva dei diritti umani, cfr. Uncrc e Comitato Onu sui lavoratori migranti, *Joint General Comment No. 4* (2017) and *No. 23* (2017) *on State Obligations Regarding the Human Rights of Children in the Context of International Migration*, 16 novembre 2017, par. 4.

[62] Easo, *Practical Guide on Age Assessment*, 2018.

[63] Euaa, *Operational Standards and Indicators for the Reception Conditions of Unaccompanied Children*, 2022

dell'età evolutiva e protezione dei minori. Da ultimo, gli Stati membri sono incoraggiati a non fondare decisioni cruciali unicamente su risultati medici o radiologici, spesso soggetti a margini di errore rilevanti.

Malgrado tali raccomandazioni, persistono prassi divergenti a livello nazionale, spesso segnate da margini di discrezionalità che rischiano di compromettere l'accesso effettivo alla protezione.

Un ulteriore aspetto centrale nella tutela dei minori stranieri non accompagnati riguarda la tempestiva e adeguata nomina del tutore. Il ruolo del tutore riveste un'importanza essenziale, poiché rappresenta il principale garante del benessere e dei diritti del minore nell'ordinamento giuridico dello Stato ospitante. Il mandato del tutore, infatti, si articola in diverse funzioni fondamentali: assicurare il benessere generale del minore sotto il profilo fisico, psicosociale e relazionale[64]; salvaguardare il superiore interesse del minore in ogni procedimento amministrativo o giudiziario che lo riguardi[65]; esercitare la rappresentanza legale del minore, specialmente in assenza di figure genitoriali o familiari[66]; integrare la capacità giuridica limitata del minore, agendo in sua vece nelle scelte rilevanti per il suo status giuridico, educativo e assistenziale[67].

Anche la Corte EDU si è occupata di questa fondamentale figura nel caso *Rahimi v. Greece, 2011*[68] fornendone una lettura alla luce della Cedu, affermando che la mancata nomina tempestiva di un tutore a un minore non accompagnato costituisce violazione degli obblighi di protezione previsti dalla stessa. In particolare, la mancanza di rappresentanza legale costituisce una violazione dell'art. 3 Cedu, ovvero integra un trattamento degradante, e dell'art. 5, in quanto privazione arbitraria della libertà personale, per mancata protezione del minore in un contesto di vulnerabilità estrema.

Fra le fonti internazionali troviamo indicazioni in diversi documenti. Le linee guida del Crc per i diritti dell'infanzia contenute nel più volte citato Commento n. 6 sottolineano che la nomina del tutore rappresenta una condizione minima di protezione e una condizione necessaria per garantire

[64] *Crc*, art. 3, comma 1.

[65] Direttiva 2013/33/Ue (rifusione), art. 24, par. 1.

[66] Fra, *Guardianship systems for children deprived of parental care in the European Union*, 2022, p. 11.

[67] Euaa (ex Easo), *Practical Guide on the Best Interests of the Child in Asylum Procedures*, 2021, p. 34–36.

[68] Corte EDU, 5 aprile 201, ric. 8687/08, *Rahimi v. Greece*. La Corte ha condannato la Grecia per non aver nominato tempestivamente un tutore a un minore afghano non accompagnato.

l'accesso ai diritti fondamentali del minore sanciti dalla Crc[69]. Il Comitato insiste sul fatto che ogni minore non accompagnato deve essere affidato prontamente a un tutore o rappresentante legale, anche per accedere ai procedimenti d'asilo o di protezione.

L'Unhcr nelle *Guidelines on Determining the Best Interests of the Child*[70] del 2008 stabilisce che tutore deve essere nominato senza ritardo e deve agire esclusivamente nell'interesse superiore del minore, con funzioni di rappresentanza legale e accompagnamento decisionale, sottolineando, inoltre, che i tutori devono essere indipendenti, formati e soggetti a monitoraggio. L'Euaa nella *Practical Guide on the Best Interests of the Child in Asylum Procedures*[71] del 2021 riconosce il tutore come figura centrale nel garantire l'accesso effettivo ai diritti procedurali e nella valutazione del superiore interesse del minore e invita gli Stati membri a garantire formazione, indipendenza e responsabilità giuridica del tutore, nonché il diritto del minore a essere ascoltato tramite il tutore. Da ultimo la Fra nel documento *Guardianship systems for children deprived of parental care in the EU*[72] del 2022 fornisce una analisi comparativa dettagliata dei sistemi di tutela nei vari Stati membri rilevando criticità sistemiche quali nomine tardive, conflitti di interesse, mancanza di formazione specifica e carenza di supervisione istituzionale.

L'ultima questione aperta che affrontiamo in questa sede è la detenzione dei minori stranieri non accompagnati, per la quale è essenziale partire ancora una volta dal principio del superiore interesse del minore che costituisce il pilastro del sistema di protezione internazionale dei minori e dei Msna nonché della costante giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo.

Uno dei precedenti giurisprudenziali più rilevanti in materia è rappresentato dal caso *Mubilanzila Mayeka and Kaniki Mitunga v. Belgium*: oltre alle gravi violazioni degli art. 3 e 8 della Cedu già evidenziate nei confronti di una minore di 5 anni senza tutela né assistenza, questa pronuncia risulta una pietra miliare in materia di detenzione di migranti minori non accompagnati poiché la Corte afferma in modo inequivocabile che la

[69] Crc, *op. cit.*, par. 33-38.

[70] Unhcr, *Guidelines on Determining the Best Interests of the Child*, 2008, consultabili al collegamento: <https://www.refworld.org/docid/48480c342.html>.

[71] Euua, *Practical Guide on the Best Interests of the Child in Asylum Procedures*, 2021, consultabile al collegamento: < https://euaa.europa.eu/sites/default/files/EASO_Practical-Guide-Best-Interests-of-the-Child_EN.pdf >.

[72] Fra, *Guardianship systems for children deprived of parental care in the European Union*, cit.

protezione dell'estrema vulnerabilità accertata del minore prevale sullo status di migrante irregolare e sottolinea come gli Stati abbiano l'obbligo di adottare misure positive di protezione, e non semplicemente misure neutrali di contenimento amministrativo. I principi ivi enunciati per la detenzione dei minori, quali la proporzionalità delle misure restrittive, la residualità della detenzione come misura di ultima istanza, *extrema ratio*, e per il minor tempo possibile, la necessità di una valutazione caso per caso prima dell'espulsione basata sulle condizioni individuali, sui diritti fondamentali e sul superiore interesse del minore, ne fanno il precedente giurisprudenziale richiamato in tutti i giudizi in materia. La pronuncia ha contributo a rafforzare la protezione dei migranti minori in Europea ed il suo portato è stato non solo innovativo, ma dirompente al punto che paradossalmente il Belgio stesso è stato costretto a rivedere radicalmente la propria politica in materia di detenzione amministrativa dei minori migranti.

La detenzione di minori stranieri, soprattutto se non accompagnati, non solo è contraria al principio del superiore interesse del minore, ma produce anche effetti gravi e duraturi sullo sviluppo psico-fisico e relazionale della persona in età evolutiva[73]. Studi scientifici e raccomandazioni di organismi internazionali concordano nel ritenere che anche brevi periodi di detenzione possono generare nei minori sentimenti di ansia, depressione, disturbi post-traumatici, regressioni comportamentali, disturbi del sonno, nonché danni allo sviluppo cognitivo ed emotivo. Il Uncrc, nel citato Commento Generale n. 6 e nelle Osservazioni generali congiunte n. 22 e 23 (2017), ha chiaramente affermato che la detenzione non può mai essere nel superiore interesse del minore e che gli Stati devono adottare alternative comunitarie non privative della libertà.

Analogamente, l'Alto Commissariato delle Nazioni Unite per i Rifugiati ha ribadito che la detenzione dei minori è incompatibile con gli obblighi derivanti dalla Convenzione di Ginevra del 1951, salvo in casi eccezionali e sempre come ultima risorsa, prevedendo la possibilità del controllo giurisdizionale e la ricerca di alternative efficaci e dignitose[74]. Le linee guida dell'Organizzazione Mondiale della Sanità (Who)[75] e dell'Agenzia

[73] Euaa, *Reception Conditions Operational Standards and Indicators – Unaccompanied Minors*, 2022, in particolare gli *standard* 1.4 e 3.3, che richiamano il divieto di trattenimento e l'obbligo di garantire misure alternative appropriate per i Msna.

[74] Unhcr, *Detention Guidelines: Guidelines on the Applicable Criteria and Standards relating to the Detention of Asylum-Seekers and Alternatives to Detention*, 2012.

[75] Who & Unhcr, *Mental Health and Psychosocial Wellbeing of Refugees, Asylum Seekers and Migrants on the Move in Europe*, 2015.

dell'UE per i Diritti Fondamentali (Fra)[76]confermano l'esistenza di un rischio sistemico di danno alla salute mentale e allo sviluppo affettivo e sociale dei minori detenuti, invitando gli Stati membri a eliminare progressivamente qualsiasi forma di detenzione per ragioni legate allo status migratorio.

Il caso *Popov v. France*[77] ha confermato tali orientamenti. In questo caso, la Corte ha ritenuto che la detenzione di due bambini piccoli, insieme ai genitori richiedenti asilo, in un centro inadatto, costituisse una violazione dell'art. 3 Cedu, nonostante la legalità formale della detenzione dei genitori. È stato inoltre ribadito che qualsiasi misura restrittiva che incida sull'unità familiare deve rispondere a criteri di necessità e proporzionalità, nel rispetto dell'art. 8 Cedu. Nel caso *Rahimi v. Greece*, già citato in merito alla figura del tutore, la Corte sottolineato l'obbligo positivo dello Stato di assicurare una protezione effettiva per i minori vulnerabili e infine, nella pronuncia della Grande Camera nel caso *Tarakhel v. Switzerland*, già citata in occasione dell'analisi del diritto al ricongiungimento familiare[78], la Corte ha affermato che, in caso di trasferimento di famiglie con minori nell'ambito del Regolamento Dublino, è necessario garantire condizioni materiali adeguate e ottenere rassicurazioni individualizzate dal Paese di destinazione.

Questa sentenza ha rappresentato una svolta significativa nell'interpretazione delle norme europee in materia di protezione dei minori richiedenti asilo, rafforzando la centralità della dimensione familiare.

Come si evince dall'analisi delle pronunce, le dimensioni critiche passate in rassegna sono strettamente intrecciate tra loro rendendo potenzialmente plurilesiva la mancata osservanza di una norma o di un principio e confermando la particolare delicatezza della condizione del Msna e complessità della sua gestione nel governo migratorio.

4. *Il quadro normativo dell'UE: il nuovo Patto tra protezione dichiarata e prassi restrittive*

Il Nuovo Patto sulla migrazione e l'asilo[79], adottato nel 2024 dall'Unione Europea introduce una serie di strumenti legislativi volti a

[76] Fra, *Children in Migration: Fundamental Rights at Borders*, 2019.
[77] Corte EDU, 19 gennaio 2012, ric. 39472/07 e 39474/07*, Popov v. France*.
[78] Cfr. *supra* e nota 49.
[79] Per una *overview* Commissione Europea, *New Pact on Migration and Asylum – overview* , consultabile al collegamento: <https://ec.europa.eu/info/strategy/priorities-2019-

garantire una gestione più efficiente dei flussi migratori. Tuttavia, diverse disposizioni contenute nei regolamenti approvati sollevano preoccupazioni significative per quanto riguarda i diritti dei minori stranieri**,** in particolare dei minori non accompagnati, e rischiano di entrare in tensione con il principio del superiore interesse del minore, in contrasto non solo con l'art. 3 della Crc, ma anche con l'art. 24 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. Le nuove disposizioni ribadiscono l'obbligo di rispettare il principio del superiore interesse del minore e riconoscono ai Msna una protezione rinforzata; tali garanzie, tuttavia, rischiano di essere svuotate nella prassi, poiché il sistema riformato permette agli Stati membri di sottoporre anche i minori a procedure accelerate in zone di frontiera o transito, con termini ridotti per la valutazione delle domande e possibilità di limitare l'audizione personale.

Il Regolamento (Ue) 2024/1356 sullo screening alle frontiere introduce, infatti, meccanismi standardizzati e generalizzati per l'identificazione e la valutazione iniziale dei migranti irregolari, non prevedendo meccanismi specifici di protezione o l'esclusione dei minori a differenza che nella normativa previgente[80]. In assenza di salvaguardie chiare, tale procedura potrebbe dar luogo a forme di trattenimento e detenzione *de facto*, anche per soggetti minori, compromettendo il diritto alla libertà personale e violando l'obbligo di adottare misure alternative alla detenzione per i minori in situazione di vulnerabilità. Ancora in relazione agli *screening*, il Regolamento (Ue) 2024/1358 sulla riforma del sistema Eurodac prevede l'abbassamento dell'età per il rilevamento delle impronte digitali e immagini facciali fino a 6 anni, ponendo interrogativi innovativi e particolarmente problematici sul trattamento dei dati biometrici, e consente rilevamenti intrusivi anche nei confronti di soggetti vulnerabili con possibilità di impiego della coercizione fisica in caso di rifiuto.

Tali misure pongono gravi dubbi in merito al rispetto della dignità e dell'integrità psicofisica del minore e appaiono in contrasto con tutta la ratio della disciplina internazionale della protezione dei minori ricostruita sinora e in particolare con le raccomandazioni del Uncrc esaminate in precedenza[81]. Il Regolamento (Ue) 2024/1351 sulla gestione dell'asilo e della

2024/promoting-our-european-way-life/new-pact-migration-and-asylum_en e European Parliament, *New EU migration and asylum rules explained*, 2024 >.

[80] Cfr. Direttiva 2013/32/Ue.

[81] La previsione di misure coercitive per la raccolta di dati biometrici sui minori è stata oggetto di ferma condanna da parte delle principali organizzazioni per i diritti umani e della società civile. Sul punto, si vedano le prese di posizione di Icj, *ICJ Calling on the EU:*

migrazione, che riforma il sistema Dublino, ridefinisce le responsabilità degli Stati membri secondo un meccanismo di solidarietà flessibile.

Attribuendo la competenza allo Stato di prima registrazione della domanda, potrebbe legittimare trasferimenti forzati di Msna in base a criteri automatizzati quale il paese di primo ingresso, con conseguente interruzione dei legami affettivi, scolastici o di tutela eventualmente già avviati o impedendo il ricongiungimento con i familiari. Tale limitazione del diritto del minore di scegliere lo Stato presso cui formalizzare la propria domanda di protezione internazionale si pone peraltro in contrasto anche con la giurisprudenza della Corte di Giustizia[82]. Il Regolamento (Ue) 2024/1348 sulla procedura comune di asilo introduce termini procedurali abbreviati e maggiori margini per applicare procedure accelerate e alle frontiere. Questa dinamica potrebbe compromettere la corretta determinazione dell'età, l'identificazione di bisogni speciali e, più in generale, l'accesso effettivo a garanzie procedurali adeguate, soprattutto nei confronti di minori non accompagnati rischiando di ingenerare un ricorso eccessivo a metodi medici invasivi[83]. La posizione dei minori stranieri non accompagnati (Msna) appare formalmente tutelata, ma in concreto vulnerabile rispetto all'attuazione delle nuove procedure accelerate e di frontiera evidenziando uno scollamento tra intendi dichiarati nella ratio della norma e concreta attuazione della stessa che emerge tra le righe di tutto l'impianto del Nuovo

Children Should Never Be Coerced into Providing Fingerprints, 28 febbraio 2018; e Unicef, *Joint Statement: Coercion of Children to Obtain Fingerprints and Facial Images is Never Acceptable*, 2 marzo 2018. Per un'analisi delle criticità nel contesto del Nuovo Patto, cfr. Picum Blog del 11 aprile 2024, *The EU Migration Pact: A Dangerous Regime of Migrant Surveillance* (www.picum.org/blog/); e E. Vasques, *New EU Migration Rules Loosen Protections for Minors in Gathering of Biometrics,* in *Euractiv*, 13 febbraio 2024 (https://www.euractiv.com/).

[82] Corte giust., sentenza 6 giugno 2013, C-648/11, *MA, BT, DA v Secretary of State for the Home Department*, secondo cui il principio dell'interesse superiore del minore deve prevalere e la responsabilità non può essere decisa solo in base a criteri automatici come la prima registrazione. La Corte ha stabilito che, ai sensi del Regolamento Dublino II, quando un minore non accompagnato presenta domanda di protezione internazionale in uno Stato membro in cui è presente, senza che vi siano familiari legalmente residenti in altro Stato, è tale Stato il competente all'esame della domanda, anche se non è quello di primo ingresso. Sul tema si veda A. Del Guercio, *Superiore interesse del minore e determinazione dello Stato competente all'esame della domanda di asilo nel diritto dell'Unione europea*, in *Diritti Umani e Diritto internazionale*, n. 1, 2014, p. 247.

[83] Un meccanismo chiave per l'attivazione di queste procedure accelerate è la provenienza del richiedente da un cosiddetto Paese di Origine Sicuro (Pos). Tale nozione crea una presunzione di infondatezza della domanda che il richiedente deve superare in tempi brevissimi, con garanzie procedurali ridotte, si veda F. Cherubini, *Paesi di origine «sicuri» e Sistema comune europeo di asilo*, in *Quaderni AISDUE*, 4/2024.

Patto. Il Regolamento prevede, inoltre, una procedura accelerata per domande reiterate, da svolgersi in frontiera o zone di transito, confermando l'obbligo per il richiedente di addurre nuovi elementi o fatti rilevanti e permette agli Stati membri di limitare l'audizione in determinate circostanze introduce termini più brevi per l'esame delle domande reiterate. Anche in questo caso i Msna non sono esclusi dalla previsione esponendoli ad una valutazione sommaria e meno accurata[84], non rispettosa del loro superiore interesse e rimessa alla discrezionalità dei singoli Stati che tendenzialmente potrebbero avere un approccio restrittivo, vista la logica del contenimento degli ingressi che ispira il nuovo sistema di gestione delle migrazioni e che riproduce e istituzionalizza approcci emergenziali già sperimentati negli anni precedenti.

Questa dinamica si salda direttamente con le nuove e più severe norme sui rimpatri: la Direttiva (Ue) 2024/1346 sull'accoglienza consente di disporre il trattenimento anche durante lo svolgimento della procedura di frontiera e senza valutazione individualizzata, in base al rischio di fuga.

La riforma estende le ipotesi di trattenimento, anche nei confronti di persone vulnerabili, e riduce gli spazi per il controllo giurisdizionale istituendo zone grigie e ambigue giuridicamente**,** in cui il controllo giurisdizionale è minimo e i diritti difensivi sono fortemente compressi. In particolare, le procedure in frontiera si accompagnano al trattenimento sistematico e a tempi estremamente ridotti per presentare ricorsi. Si ripresenta anche sotto questo versante il rischio della detenzione *de facto* con una marcata perdita di significato e di effettività del principio di valutazione individuale, sostituito da presunzioni di rischio che legittimano automatismi in contrasto con il diritto dell'Ue e la giurisprudenza della Corte EDU. Questo impianto mina il principio di proporzionalità e il diritto a un ricorso effettivo. Si assiste così ad una preoccupante tendenza alla normalizzazione del trattenimento, che nel nuovo sistema rischia per i minori di trasformare la detenzione da misura di ultima istanza a strumento sistematico e generalizzato risentendo di una torsione securitaria del diritto dell'immigrazione incompatibile con il principio dello Stato di diritto soprattutto quando si tratta di soggetti vulnerabili, compresi minori e richiedenti asilo, lasciando che l'efficienza amministrativa prevalga sulla protezione dei diritti fondamentali,

[84] M. Lunardini, *Monitoraggio normativo. L'accoglienza degli MSNA in Europa ed Italia: quadro attuale e prospettico*, in *Osservatorio nazionale sui minori stranieri non accompagnati*, n. 20, marzo 2024, p. 11.

Si rischia in tal modo di legittimare un sistema «a garanzie attenuate»[85], dove l'eccezione diventa la regola e che, nonostante l'obiettivo dichiarato di rafforzare la tutela dei minori migranti i ottemperanza alla Carta dei diritti fondamentali e della Convenzione di Ginevra, finisce per marginalizzare il diritto d'asilo come strumento di tutela e per consolidare una concezione emergenziale della mobilità umana che conferma e amplifica le asimmetrie preesistenti sacrificando l'effettività della protezione umanitaria sull'altare della gestione efficiente dei flussi migratori.

Un ultimo aspetto particolarmente interessante riguarda le previsioni del Nuovo Patto UE che riguardano i minori non accompagnati in transizione verso l'età adulta, momento particolarmente delicato e in talune circostanze critico poiché rappresenta il momento i cui i minori migranti perdono ogni protezione speciale legata appunto allo *status* di minore. Emblematico in questo senso è il Regolamento (Ue) 2024/1350[86] il quale conferma che nessun minore non accompagnato può essere rimpatriato senza che vi sia un'accoglienza adeguata nello Stato di destinazione da parte della famiglia, di un tutore o di una struttura appropriata, ma al contempo non proibisce esplicitamente l'esecuzione del rimpatrio dopo il compimento dei 18 anni, anche se il soggetto era entrato come Msna. Il Nuovo Patto sulla Migrazione e l'Asilo, infatti, pur riaffermando la centralità del principio del superiore interesse del minore, non affronta in modo compiuto la condizione dei minori non accompagnati che transitano verso l'età adulta. Il rischio, evidenziato anche da organizzazioni internazionali come Unicef, Ong specializzate nella tutela dei diritti dei minori[87], insieme alla Fra[88], è che al compimento dei diciotto anni il giovane perda ogni protezione, senza un permesso autonomo di soggiorno né un percorso di accompagnamento giuridico, sociale o educativo. Questo complesso di lacune normative con

[85] Cfr. Corte EDU, 21 gennaio 2011, ric. 30696/09, *M.S.S. v. Belgium and Greece*. La Corte ha affermato che l'esistenza di carenze sistemiche nel sistema d'asilo di uno Stato membro, tra cui condizioni detentive degradanti, mancanza di accesso effettivo alle procedure e compressione dei diritti procedurali, può rendere il trasferimento in tale Stato incompatibile con l'art. 3 Cedu. Il caso rappresenta una delle prime condanne di uno Stato membro Ue per trasferimento «automatico» in base al Regolamento Dublino, in assenza di valutazione individuale.

[86] Regolamento (Ue) 2024/1350 del Parlamento europeo e del Consiglio del 14 maggio 2024 che stabilisce una procedura per il rimpatrio alla frontiera e modifica il regolamento (Ue) 2016/399 del Parlamento europeo e del Consiglio.

[87] Save the Children, *Historically Bad: New EU Pact on Migration and Asylum Normalises Rights Violations and Endangers Children*, 20 December 2023 e *Nuovo Patto migrazione e asilo non garantisce i diritti dei minori*, 11 Aprile 2024.

[88] Fra, *Opinion on the impact of the New Pact on children*, 2021.

riguardo alla transizione dei Msna verso l'età adulta rende disomogenea la tutela sul territorio dell'Unione e contribuisce a esiti drammatici in termini di marginalizzazione, irregolarità e rimpatri forzati. L'approccio europeo alla protezione dei minori stranieri non accompagnati soffre di una grave discontinuità al compimento del diciottesimo anno di età, non prevedendo uno status giuridico intermedio transitorio in grado di assicurare una graduale perdita delle tutele rafforzate accompagnando il minore vero l'ingresso nell'età adulta. In assenza di meccanismi strutturati di transizione verso l'età adulta, questi giovani vengono spesso privati bruscamente di ogni forma di tutela legale, assistenziale e abitativa, con un conseguente aumento del rischio di marginalizzazione, sfruttamento o rimpatrio forzato. Tale fenomeno è stato definito come un vero e proprio vuoto di protezione istituzionale, che si traduce in un rischio sistemico di abbandono istituzionale e in una contraddizione sostanziale rispetto al principio del superiore interesse del minore e mina la coerenza complessiva delle politiche europee in materia di asilo e inclusione e la tenuta del sistema europeo dei diritti fondamentali.

5. Oltre l'UE: brevi cenni alle prassi Internazionali

Per comprendere appieno la traiettoria securitaria intrapresa dal Nuovo Patto UE, risulta illuminante un'analisi comparativa con altri modelli di gestione dei flussi migratori a livello internazionale. Esaminando le politiche adottate da Stati Uniti e Canada, emergono due approcci diametralmente opposti che riflettono filosofie radicalmente diverse: da un lato, l'esternalizzazione del controllo e la deterrenza; dall'altro, la migrazione programmata e l'integrazione comunitaria. Il modello statunitense rappresenta un chiaro esempio di approccio nazionalista e protezionista, focalizzato sulla blindatura dei confini e sull'esternalizzazione delle responsabilità in materia d'asilo. Pratiche come il programma *Remain in Mexico* (*Migrant Protection Protocols* - Mpp) hanno costretto decine di migliaia di richiedenti asilo, incluse famiglie con minori, ad attendere per mesi o anni in condizioni precarie e pericolose in Messico l'esito delle loro procedure statunitensi[89]. Questa politica, di fatto, ha scaricato l'onere umanitario su un

[89] American Immigration Council, *The Migrant Protection Protocols, Fact Sheet*, 2022. Il report documenta come l'Mpp abbia esposto oltre 70.000 richiedenti asilo a gravi rischi, con migliaia di casi documentati di rapimenti, aggressioni e violenze in Messico. Si veda anche *Human Rights First, Delivered to Danger: The Continuing Threat of the* «*Remain in Mexico*» *Policy*, 2021, che evidenzia l'impatto devastante sui minori e sulle famiglie.

paese terzo, esponendo i migranti, e in particolare i minori, a rischi elevati di violenza, sfruttamento e privazione dell'accesso a servizi essenziali e tutela legale.

Analogamente, gli Accordi di Cooperazione in materia di Asilo (Aca), stipulati con Paesi come Guatemala, El Salvador e Honduras, incarnano una politica di *offshoring* spinto: i richiedenti asilo che raggiungono il confine statunitense vengono trasferiti forzatamente in questi Paesi terzi, definiti «sicuri», affinché presentino lì la loro domanda[90]. Tali accordi ignorano sistematicamente la limitata capacità di questi Stati di garantire una protezione effettiva, trasformando il diritto d'asilo in un percorso a ostacoli insormontabile e violando di fatto il principio di *non-refoulement*[91]. Questo modello, incentrato sulla deterrenza, non solo fallisce nel risolvere le cause profonde della migrazione, ma aggrava la vulnerabilità dei soggetti più deboli, primi fra tutti i minori non accompagnati.

In netto contrasto, il Canada offre un modello fondato sulla pianificazione e sull'integrazione, di cui il programma di *Community Sponsorship*, in particolare il *Private Sponsorship of Refugees Program*, è l'emblema[92]. Questa è una delle *best practice* internazionali più riconosciute,

[90] Questi accordi, spesso definiti «*Safe Third Country Agreements*», sono stati duramente criticati da UNHCR per la loro incompatibilità con il diritto internazionale dei rifugiati. Cfr. Unhcr, *Statement on the new U.S. asylum rule*, 15 luglio 2019, in cui l'Agenzia esprime profonda preoccupazione per le misure che limitano l'accesso all'asilo per chi transita attraverso Paesi terzi. Per un'analisi giuridica, si veda K. E. Grote, *Outsourcing Asylum: The US-Guatemala Asylum Cooperative Agreement*, in *Columbia Human Rights Law Review*, Vol. 52, 2021, p. 1062 ss..

[91] Il paradigma dell'esternalizzazione delle responsabilità in materia di protezione internazionale, qui analizzato nel contesto statunitense, è stato oggetto di un ampio e controverso dibattito anche in sede europea, segnatamente con riferimento ad accordi quali l'intesa tra l'Unione europea e la Turchia del 2016 e, più recentemente, al protocollo bilaterale concluso tra Italia ed Albania. Tali strumenti, pur concepiti come meccanismi di cooperazione nella gestione dei flussi migratori, hanno nondimeno sollevato rilevanti questioni circa la loro compatibilità con gli obblighi derivanti dalla tutela dei diritti umani e dei diritti dei rifugiati, in particolare con il principio di *non-refoulement* sancito dall'art. 33 della Convenzione di Ginevra del 1951 e dall'art. 3 della Cedu. La giurisprudenza della Corte EDU, 21 gennaio 2011, ric. 30696/09, *M.S.S. c. Belgio e Grecia* ha chiarito che gli Stati contraenti non possono eludere le proprie responsabilità trasferendo i richiedenti asilo verso Paesi terzi che non offrano garanzie effettive di protezione, riaffermando così la natura cogente del divieto di respingimento. Su questi temi, cfr. G. Caggiano, *Prime riflessioni sulle proposte di riforma del sistema europeo comune d'asilo...*, in *SIDIBlog*, 3 ottobre 2016 (https://www.sidiblog.org/).

[92] Il programma è stato istituito nel 1978 ed è un pilastro del sistema di accoglienza canadese. Cfr. Immigration, Refugees and Citizenship Canada (Ircc), *Guide to the Private*

poiché mobilita la società civile come partner attivo nel processo di accoglienza e inclusione. Attraverso questo programma, gruppi di cittadini, organizzazioni comunitarie o religiose possono sponsorizzare direttamente i rifugiati, assumendosi la responsabilità di fornire supporto economico, sociale ed emotivo per il primo anno. Ciò include la ricerca di un alloggio, l'iscrizione a corsi di lingua, l'aiuto nella ricerca di un lavoro e, più in generale, l'accompagnamento nella vita quotidiana. Questo approccio produce un duplice beneficio: da un lato, alleggerisce il carico sulle strutture statali e aumenta la capacità di accoglienza del Paese; dall'altro, crea reti di supporto solide e dirette che favoriscono un'integrazione più rapida ed efficace, combattendo l'isolamento e promuovendo un senso di appartenenza[93]. L'impegno canadese non si ferma qui, ma si inserisce in un quadro più ampio di politiche multiculturali che promuovono la diversità e offrono percorsi chiari verso la cittadinanza, trasformando l'immigrazione da «emergenza» a risorsa pianificata per la crescita sociale ed economica.

Su un piano globale, il *Global Compact* per una Migrazione Sicura, Ordinata e Regolare (Gcm) e il *Global Compact* sui Rifugiati (Gcr), adottati nel 2018, rappresentano il più ambizioso tentativo della comunità internazionale di stabilire un quadro comune basato sulla cooperazione e sul rispetto dei diritti umani[94]. Sebbene non giuridicamente vincolanti, essi delineano un approccio che si pone agli antipodi delle logiche di esternalizzazione. Il Gcm, in particolare, dedica un obiettivo specifico alla protezione dei minori migranti, impegnando gli Stati a tutelare il superiore interesse del minore come considerazione primaria in ogni decisione e a lavorare per porre fine alla pratica della detenzione dei minori a fini migratori. Il Gcr, a sua volta, promuove una più equa ripartizione delle

Sponsorship of Refugees Program, 2023. Per un'analisi comparativa dell'efficacia di questo modello, si veda J. C. Simeon, *The Politics of Immigration: A Canadian Perspective*, Toronto, 2019, che analizza come il coinvolgimento della comunità favorisca esiti di integrazione superiori rispetto ai programmi di accoglienza esclusivamente statali.

[93] Diversi studi hanno dimostrato che i rifugiati sponsorizzati privatamente raggiungono l'autosufficienza economica più rapidamente e sviluppano reti sociali più forti. Cfr. A. M. Beirens - C. S. Krahn, *A Scoping Review of the Evidence on the Effectiveness of the Private Sponsorship of Refugees Program*, Calgary, 2020. Si veda anche *Global Refugee Sponsorship Initiative* (Grsi), *The Power of Community: A Global Look at Community Sponsorship*, 2022, che promuove l'adozione di questo modello a livello globale come soluzione complementare alla protezione internazionale.

[94] UN General Assembly, *Global Compact for Safe, Orderly and Regular Migration*, A/RES/73/195, 19 dicembre 2018; e UN General Assembly, *Global Compact on Refugees*, A/RES/73/151, 17 dicembre 2018. Entrambi i documenti sono il risultato di un ampio processo negoziale guidato dalle Nazioni Unite.

responsabilità e incoraggia percorsi complementari per l'ammissione, come proprio la sponsorizzazione comunitaria. Tuttavia, la loro natura non vincolante lascia ampio spazio a prassi nazionali che sembrano muoversi in direzione opposta allo spirito di cooperazione da essi promosso.

5. Conclusioni

L'analisi condotta ha messo in luce la profonda tensione che attraversa il sistema di protezione internazionale dei minori, una tensione esacerbata dalle recenti riforme europee. Il Nuovo Patto sulla Migrazione e l'Asilo, pur ammantato di un linguaggio di garanzia, consolida una torsione securitaria che privilegia l'efficienza amministrativa e il controllo dei confini a scapito dei diritti fondamentali[95]. Le procedure accelerate, il trattenimento sistematico e il vuoto di tutela per i minori in transizione vero l'età adulta non sono deviazioni accidentali, ma elementi strutturali di un sistema che concepisce la migrazione come una minaccia da gestire, piuttosto che un fenomeno umano e umanitario da governare[96].

È imperativo, pertanto, un cambio di paradigma. Occorre superare la logica dell'intervento emergenziale, che si è dimostrata inefficace sia nel diminuire la pressione ai confini sia nel garantire il rispetto della dignità umana[97], per abbracciare finalmente politiche di inclusione basate sulla programmazione a lungo periodo. Questa transizione è una necessità inderogabile, soprattutto quando si tratta di minori. La loro condizione di vulnerabilità, legata a una delicata fase di sviluppo fisico e psicologico, esige risposte che non si limitino alla mera sopravvivenza, ma che investano sul

[95] Questo concetto è ampiamente utilizzato nella letteratura critica per descrivere il processo attraverso cui le politiche migratorie vengono progressivamente subordinate a logiche di sicurezza nazionale, a scapito dei diritti umani. Cfr. D. Bigo, *Security and Immigration: Toward a Critique of the Governmentality of Unease*, in *Alternatives: Global, Local, Political*, Vol. 27, 2002, p. 63 ss.. Per un'applicazione al contesto UE, si veda E. Guild, *Security and Migration in the 21st Century*, Cambridge, 2009.

[96] Questa «torsione securitaria» è un tema ricorrente nell'analisi critica del Nuovo Patto. Autori come M. Borraccetti, *Il Patto europeo sull'immigrazione e l'asilo e la sua (solo) annunciata discontinuità*, in *Diritti Comparati*, 2020, concordano nel vedere nella riforma una continuità con gli approcci passati, incentrati più sul contenimento che sulla protezione.

[97] L'approccio emergenziale è stato criticato per la sua tendenza a normalizzare misure eccezionali e a sospendere le garanzie ordinarie, come evidenziato nel caso della «crisi» del 2015. Cfr. S. Carrera, *The EU's Response to the Refugee Crisis: Taking Stock and Setting Policy Priorities*, in *CEPS*, 16 dicembre 2015 (https://www.ceps.eu/). Si sostiene che tale approccio impedisca lo sviluppo di soluzioni strutturali e sostenibili.

loro futuro. Ciò è tanto più vero per i minori stranieri non accompagnati, i più esposti ai rischi di un sistema che li lascia ai margini, nonostante le dichiarazioni di intenti sulla centralità dell'interesse del minore sottostanti anche al Nuovo Patto Ue, che non riescono però a trasformarlo da una risposta securitaria a una vera risposta umanitaria.

In questo senso, modelli come il *Community Sponsorship* canadese non rappresentano un'utopia, ma una via concreta e percorribile, testata ormai nel lungo periodo e validata anche a livello internazionale come *best practice*. Coinvolgendo attivamente la società civile, scuole, associazioni, cittadini, imprese, questi programmi trasformano l'accoglienza da un dovere burocratico a una responsabilità condivisa[98]. Essi non si limitano a fornire risposta ai bisogni primari, ma contribuiscono a definire percorsi di reale partecipazione alla vita sociale, gettando le basi per una piena cittadinanza e per il sostanziale, e non solo formale, riconoscimento dei diritti umani. La vera sfida per l'Unione Europea non è costruire muri più alti o procedure più veloci, ma investire nella costruzione di comunità inclusive, capaci di vedere nel giovane migrante non un problema da risolvere, ma una persona da proteggere e una risorsa per il futuro della società[99].

***

[98] La centralità del ruolo della società civile nella promozione di un'accoglienza dignitosa è un tema ricorrente. Cfr. European Council on Refugees and Exiles (Ecre), *Civil Society's Role in Refugee Protection: More than just a service provider*, Policy Note, 2021. L'organizzazione sottolinea come le Ong e i gruppi di volontari siano fondamentali per colmare le lacune dei sistemi statali e per promuovere una cultura dell'inclusione.

[99] Il concetto di comunità inclusiva va oltre la semplice coesistenza e implica la partecipazione attiva e il riconoscimento reciproco. Si veda UNESCO, *Welcoming Cities for Refugees and Migrants*, 2016. Il documento promuove un approccio «*whole-of-society*», che coinvolge attori pubblici e privati nella co-creazione di politiche urbane che vedano la «diversità» come una risorsa e non come un problema.

RIVISTA DI
DIRITTI COMPARATI

ABSTRACT: This article analyzes the situation of unaccompanied foreign minors (UFMs) in the international and regional migration protection system, highlighting their vulnerability and critical issues. Despite the existence of a broad body of legislation based on the principle of the best interests of the child, UFMs remain systematically marginalized in migration policies due to the tension between the protection of fundamental rights and border control logic. The article reconstructs the main international and European Union legal instruments, exploring key issues such as age assessment and determination, the appointment of guardians, asylum procedures, family reunification, detention, and imprisonment. Particular attention is paid to the impact of the New European Pact on Migration and Asylum, which, while formally reaffirming the protection of minors, risks undermining its scope through accelerated procedures and security measures. From a comparative perspective, innovative international practices are highlighted, such as the Canadian model of community sponsorship, which combines protection and integration. The work supports the need for a paradigm shift: moving beyond the emergency and security approach to adopt inclusive policies that value migrant minors as subjects of rights and resources for the future of host societies.

KEYWORDS: nternational law - unaccompanied foreign minors (UFMs) - best interests of the child - European migration policies - integration and reception

***

Michele Corleto - Professore associato di Diritto internazionale, Dipartimento di Giurisprudenza, Università digitale Pegaso (michele.corleto@unipegaso.it)

RIVISTA DI
DIRITTI COMPARATI

AI ACT, pratiche vietate e controlli alle frontiere esterne dell'Unione europea*

Francesca Di Gianni

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. I sistemi di intelligenza artificiale al servizio della *Fortress Europe*. – 3. Il regolamento (UE) 2024/1689: alcuni chiarimenti preliminari. – 3.1. *Segue*: *predictive policing* e rischi di discriminazione alle frontiere esterne dell'Unione europea. – 3.2. *Segue*: art. 5, par. 1, lett. f) e divieto dei sistemi di riconoscimento delle emozioni: *an obvious loophole* nel settore dei controlli alle frontiere? – 3.3. *Segue*: esenzione dei sistemi di categorizzazione biometrica utilizzati nelle attività di contrasto e rischi di violazione del diritto alla protezione dei dati personali dei migranti per esigenze di sicurezza. – 4. Conclusioni.

1. *Introduzione.*

I sistemi di intelligenza artificiale (IA) sembrano contenere la promessa di una semplificazione di una serie indefinita di operazioni nei settori più diversificati, grazie alla capacità di raccolta e di analisi di grandi quantità di dati, impiegati per una migliore valutazione dei rischi, il miglioramento di previsioni e la realizzazione di attività molto più rapidamente di quanto sarebbe possibile per l'uomo[1]. Questa promessa sembra valere anche per la gestione delle frontiere, rispetto alle quali l'IA appare dotata di un immenso potenziale per rivoluzionare il sistema di *governance* delle migrazioni[2], semplificando e velocizzando i controlli d'identità e l'analisi dei dati su visti e richiedenti protezione internazionale[3].

* L'articolo è stato sottoposto, in conformità al regolamento della Rivista, a *double-blind peer review*.

[1] H. Tyler, *The Increasing Use of Artificial Intelligence in Border Zones Prompts Privacy Questions*, in *Migration Information Source*, www.migrationpolicy.org, 2 February 2022.

[2] A. Beduschi, *International Migration Management in the Age of Artificial Intelligence*, in *Migration Studies*, 2021, p. 576-596.

[3] L. Everuss, *AI, Smart Borders and Migration*, in A. Elliott (eds.), *The Routledge Social Science Handbook of AI*, London, 2021, p. 339-356.

Il ricorso all'IA in questo contesto ha registrato un significativo aumento soprattutto per effetto della pandemia da SARS-Cov-2[4], la quale ha prodotto un processo di ridefinizione dei confini e un rafforzamento dei controlli[5] attraverso l'integrazione di funzionalità di *artificial intelligence* per la creazione di c.d. *smart borders*[6].

Ai continui tentativi di erigere e rafforzare le frontiere fisiche (come muri e barriere) si è gradualmente affiancata una progressiva estensione delle *virtual frontiers*[7], basate sull'implementazione di tecnologie per l'identificazione, la profilazione e l'analisi dei rischi[8], rendendo l'IA uno strumento chiave nell'ambito dell'intero ciclo migratorio[9]. Questi sistemi sono già da tempo una realtà in Paesi come il Canada, in cui strumenti decisionali algoritmici vengono utilizzati nel processo di gestione delle domande di asilo dal 2014[10], ma anche al confine tra Stati Uniti e Messico dove gli algoritmi vengono utilizzati per stabilire l'eventuale necessità di porre un migrante irregolare in detenzione preventiva[11], mentre nel 2020, il Ministro degli interni del Regno Unito ha deciso di eliminare il c.d. *streaming*

[4] A. Beduschi, M. Mcauliffe, *Artificial Intelligence, Migration and Mobility: Implications for Policy and Practice*, in M. McAuliffe – A. Triandafyllidou (eds.), *World Migration Report 2022*, Geneve, 2022, p. 1.

[5] F. L. Collins, *Geographies of Migration III: The Digital Migrant*, in *Progress in Human Geography*, 2023, p. 738-749.

[6] P. Trauttmansdorff, *Borders, Migration, and Technology in the Age of Security: Intervening with STS*, in *Italian Journal of Science and Technology Studies*, 2022, p. 133-154.

[7] In generale, sul tema della costruzione di barriere e muri per il controllo delle frontiere si veda A. Ruiz Benedicto – M. Akkerman – P. Brunet, *A Walled World Towards a Global Apartheid*, Centre Dèlas d'estudios par la pau, Barcelona, November 2020. Sull'applicazione del «controllo a distanza» nei controlli alle frontiere si veda A. R. Zolberg, *Managing a World on the Move*, in *Population and Development Review*, 2006, p. 222-253; F. Delioglu, *Technology at the Borders: Surveillance, Control and Resistance in Eu Migration Governance*, in *Balsillie Papers*, www.balsilliepapers.ca, 2025.

[8] European Parliament, *Artificial Intelligence at EU Borders. Overview of Applications and Key Issues*, European Parliamentary Research Service, p. 1, www.europar.europa.eu, July 2021.

[9] F. Delioglu, *op. cit.*

[10] P. Molnar – L. Gill, *Bots at the Gate: A Human Rights Analysis of Automated Decision Making in Canada's Immigration and Refugee System*, in *International Human Rights Program*, Toronto, www.citizenlab.ca, 2018.

[11] R. Koulish, *Immigration Detention in the Risk Classification Assessment Era*, in *Connecticut Public Interest Law Journal*, 2017, p. 1-35.

algorithm in uso dal 2015 per elaborare le domande di visto poiché considerato causa di un *hostile environment* per i richiedenti[12].

Questa tendenza ha inevitabilmente travolto anche l'Unione europea (UE) che, nell'ambito del processo di costruzione di «uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia senza frontiere interne in cui sia assicurata la libera circolazione delle persone» – che richiede, come noto, l'adozione e l'applicazione di «misure appropriate per quanto concerne i controlli alle frontiere esterne, l'asilo, l'immigrazione […]» ai sensi dell'art. 3, par. 2, del Trattato sull'Unione europea (TUE) – si è affidata sempre più ai sistemi di intelligenza artificiale in questo settore[13].

Il ricorso a questi strumenti ha segnato una profonda trasformazione dell'architettura del sistema dell'Unione europea dei controlli alle frontiere che si è sostanzialmente attestata sulla dicotomia (eccessivamente semplificata) di «sicurezza vs. mobilità», determinando una modifica delle pratiche tradizionali in favore di una dinamica di securitizzazione[14] e di un approccio di *governance* delle frontiere decentralizzato e digitalizzato quale risposta ai rischi percepiti per la sicurezza causati dai crescenti flussi migratori verso l'UE. La creazione delle *virtual frontiers* costituisce infatti una delle principali componenti del processo di esternalizzazione dei controlli alle frontiere[15], quale strumento volto a ridurre la pressione migratoria sugli

[12] H. McDonald, *Home Office to Scrap «Racist Algorithm» for UK Visa Applicants*, in *The Guardian*, www.theguardian.com, 4 August 2020; C. Barclay – E. Guild, *Brexit, Personal Data and Aliens*, in *Immigration, Asylum and Nationality Law*, 2023, p. 271 ss.; N. Vavoula, *Tr-Ai-Nsforming Migration, Asylum and Border Management in the EU: The Roles of the Ai Act, Interoperable Large-Scale it Systems and EU Migration Agencies*, www.papers.ssrn.com, March 2024.

[13] Sul punto si veda S. Penasa, *Artificial Intelligence and the Governance of Migration: Potentialities and Pitfalls between Technological Neutrality and Political Design*, in *Opinio Juris in Comparatione*, 2022, pp. 97-115.

[14] Così J. De Coninck, G. Raimondo, *Understanding European Border Management. A Tale of Transformation and Orchestrated Impunity*, in *Verfassungblog on Matters Costitutional*, www.verfassungsblog.de, 27 February 2024.

[15] Con l'espressione «esternalizzazione» ci si riferisce allo spostamento di responsabilità nell'attuazione dei controlli e nel monitoraggio dei confini verso Paesi terzi di origine e di transito dei migranti, nonché ad alcune attività svolte dall'Unione e dagli Stati membri sul territorio di tali Paesi. A partire dal 2015, il crescente afflusso di migranti ha dato inizio ad un processo per l'implementazione di strumenti digitali e il rafforzamento dei controlli nei principali Paesi di origine e di transito. Ciò si è tradotto in un rinnovato interesse a fornire e supportare l'uso di tecnologie di sorveglianza nei Paesi terzi, con l'obiettivo finale di prevenire le partenze e tali tecnologie, sebbene ritenute necessarie per

Stati membri dell'UE «di primo ingresso» e, al contempo, mezzo per evitare che i migranti intraprendano viaggi pericolosi per raggiungere il territorio dell'Unione[16].

Questo modello di politica migratoria basato sui tre pilastri della securitizzazione, dell'esternalizzazione e della digitalizzazione delle frontiere esterne dell'Unione europea ha trovato la sua consacrazione, *in primis*, nel Nuovo Patto sulla migrazione e l'asilo[17] e nei relativi atti legislativi adottati il 22 maggio 2024[18] che nel delineare il nuovo approccio dell'UE alla

prevenire la criminalità e il terrorismo, si rivelano estremamente intrusive e di ostacolo al godimento dei diritti fondamentali per le popolazioni locali e per le persone in movimento. Si veda sul tema P. Trauttmansdorff, *Borders, Migration, and Technology in the Age of Security: Intervening with STS*, in *Italian Journal of Science and Technology Studies*, 2022, p. 133-154; Euromed Rights, *Artificial Intelligence: The New Frontier of the EU's Border Externalisation Strategy*, www.euromedrights.org, July 2023; A. Tagliapietra, *Technologies and Borders. The EU is Digitalizing Migration Externalization*, in *GMF*, www.gmfus.org, 2 October 2023; P. De Pasquale, *L'esternalizzazione dei controlli di frontiera e dei diritti dei migranti dell'Unione europea e degli Stati membri del Mediterraneo*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2024, p. 183-197; E. Xanthopoulou, *Mapping EU Externalization Devices through a Critical Eye*, in *European Journal of Migration and Law*, 2024, p. 108-135;

[16] Sul tema dell'esternalizzazione si rinvia, segnatamente, a V. Moreno-Lax, *Accessing Asylum in Europe: Extraterritorial Border Controls and Refugee Rights under EU Law*, Oxford, 2017; V. Papargeorgiou, *The Externalization of European Borders*, 2018, www.kedisa.gr; A. Del Valle-Gàlvez, *Refugee Crisis and Migrations at the Gates of Europe: Deterritoriality, Extraterritoriality and Externalization of Border Controls*, in *Journal of International Law and International Relations*, 2019, p. 117-160; D. Vitiello, *Le frontiere esterne dell'Unione europea*, Bari, 2020; I. Goldner Lang, *External Border Control Techniques in the EU as a Challenge to the Principle of Non-Refoulement*, in *European Constitutional Law Review*, 2021, p. 1-29; J. De Conick, G. Raimondo, *op. cit.*

[17] Comunicazione della Commissione, del 23 settembre 2020, Un nuovo patto sulla migrazione e l'asilo, COM(2020) 609 final.

[18] Il pacchetto approvato comprende dieci atti, vale a dire la direttiva (UE) 2024/1346 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 14 maggio 2024, recante norme relative all'accoglienza dei richiedenti protezione internazionale; il regolamento (UE) 2024/1347 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 14 maggio 2024, recante norme sull'attribuzione a cittadini di paesi terzi o apolidi della qualifica di beneficiario di protezione internazionale, su uno status uniforme per i rifugiati o per le persone aventi titolo a beneficiare della protezione sussidiaria e sul contenuto della protezione riconosciuta, che modifica la direttiva 2003/109/CE del Consiglio e che abroga la direttiva 2011/95/UE del Parlamento europeo e del Consiglio; il regolamento (UE) 2024/1348 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 14 maggio 2024, che stabilisce una procedura comune di protezione internazionale dell'Unione e abroga la direttiva 2013/32/UE; il regolamento (UE) 2024/1349 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 14 maggio 2024, che stabilisce una procedura di rimpatrio alla frontiera e che modifica il regolamento (UE)

questione migratoria, riforma l'intero sistema di gestione delle migrazioni prevedendo, *inter alia*, un rafforzamento della sorveglianza digitale[19].

Questo rafforzamento appare supportato ulteriormente dal neonato regolamento (UE) 2024/1689, del 13 giugno 2024, sull'intelligenza artificiale (d'ora in poi *AI Act*)[20] che, con l'intento di istituire «un quadro giuridico uniforme in particolare per quanto riguarda lo sviluppo, l'immissione sul mercato, la messa in servizio e l'uso di sistemi di intelligenza artificiale (sistemi di IA) nell'Unione»[21], interviene anche in relazione all'implementazione dei sistemi di IA nella gestione delle migrazioni e delle

2021/1148; il regolamento (UE) 2024/1350 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 14 maggio 2024, che istituisce un quadro dell'Unione per il reinsediamento e l'ammissione umanitaria e modifica il regolamento (UE) 2021/1147; il regolamento (UE) 2024/1351 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 14 maggio 2024, sulla gestione dell'asilo e della migrazione, che modifica i regolamenti (UE) 2021/1147 e (UE) 2021/1060 e che abroga il regolamento (UE) n. 604/2013; il regolamento (UE) 2024/1352 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 14 maggio 2024, recante modifica dei regolamenti (UE) 2019/816 e (UE) 2019/818, allo scopo di introdurre accertamenti nei confronti dei cittadini di paesi terzi alle frontiere esterne; il regolamento (UE) 2024/1356 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 14 maggio 2024, che introduce accertamenti nei confronti dei cittadini di paesi terzi alle frontiere esterne e modifica i regolamenti (CE) n. 767/2008, (UE) 2017/2226, (UE) 2018/1240 e (UE) 2019/817; il regolamento (UE) 2024/1358 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 14 maggio 2024, che istituisce l'«Eurodac» per il confronto dei dati biometrici ai fini dell'applicazione efficace dei regolamenti (UE) 2024/1351 e (UE) 2024/1350 o del Parlamento europeo e del Consiglio e della direttiva 2001/55/CE del Consiglio e ai fini dell'identificazione dei cittadini di paesi terzi e apolidi il cui soggiorno è irregolare, e per le richieste di confronto con i dati Eurodac presentate dalle autorità di contrasto degli Stati membri e da Europol a fini di contrasto, che modifica i regolamenti (UE) 2018/1240 e (UE) 2019/818 del Parlamento europeo e del Consiglio e che abroga il regolamento (UE) n. 603/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio.

[19] Sul tema del rafforzamento dell'impiego delle tecnologie digitali in materia migratoria determinato dal Nuovo Patto si veda, *inter alia*, S. Marinai, *Il rafforzamento del controllo digitale nel Nuovo Patto sulla migrazione e l'asilo*, in *I Post di AISDUE*, Focus «La proposta di Patto su immigrazione e asilo», 2020, p. 119-140; ID., *La riforma del sistema di informazione visti: tra esigenze di sicurezza dello spazio Schengen e istanze di tutela dei richiedenti asilo*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, 2022, p. 66-91. Inoltre, in senso critico, si veda L. Salgado – H. Beirens, *What Role Could Digital Technologies Play in the New EU Pact on Migration and Asylum?*, Migration Policy Institute, www.reliefweb.int, December 2023; PICUM, *The EU Migration Pact: A Dangerous Regime of Migrant Surveillance*, www.picum.org, 11 April 2024.

[20] Regolamento (UE) 2024/1689 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 giugno 2024, che stabilisce regole armonizzate sull'intelligenza artificiale e modifica i regolamenti (CE) n. 300/2008, (UE) n. 167/2013, (UE) 2018/858, (UE) 2018/1139 e (UE) 2019/2144 e le direttive 2014/90/UE, (UE) 2016/797 e (UE) 202/1828 (regolamento sull'intelligenza artificiale).

[21] Considerando 1.

frontiere, sollevando non poche perplessità per i rischi potenziali di una grave compromissione della tutela dei diritti dei migranti che potrebbero derivarne[22].

Sebbene il regolamento sull'intelligenza artificiale riconosca il ruolo primario della protezione dei diritti in questione, anche delle persone migranti, da una lettura critica del suo testo emerge un risultato diverso, fatto di eccezioni e salvaguardie attenuate dei diritti umani anche con riferimento a quelle pratiche per le quali è stabilito dall'art. 5 un divieto di immissione, messa in servizio ed utilizzo in quanto considerate «inaccettabili» proprio per i possibili effetti che producono sui diritti.

Fatte tali premesse, il presente contributo intende proporre un'analisi critica delle pratiche vietate *ex* art. 5 dell'*AI Act* che rilevano nel contesto considerato e individuare le principali lacune e le problematiche derivanti dal regime di eccezioni e salvaguardie limitate dei diritti fondamentali delle persone migranti cui la norma dà vita a causa della mancata esclusione dal campo di applicazione del divieto di determinati sistemi di IA cui si fa sempre più ricorso (o a cui l'UE prevede di ricorrere) nell'ambito della *governance* della migrazione e, in specie, dei controlli alle frontiere esterne.

2. *I sistemi di intelligenza artificiale al servizio della* Fortress Europe.

Al fine di contenere la crescente pressione migratoria e, quindi, di filtrare e prevenire l'attraversamento delle frontiere da parte di migranti considerati indesiderati[23], l'Unione europea ha gradualmente sperimentato e introdotto sistemi di valutazione del rischio, poligrafi automatici e tecnologie di sorveglianza per il controllo degli arrivi[24], segnando un

[22] Sul punto, B. Frelick – I.M. Kysel – J. Podkul, *The Impact of Externalization of Migration Controls on the Rights of Asylum Seekers and other Migrants*, in *Journal on Migration and Human Security*, 2016, p. 190-220; S.F. Nicolosi, *Externalisation of Migration Controls: A Taxonomy of Practices and Their Implications in International and European Law*, in *Netherlands International Law Review*, 2024, p. 1-20; M.C. Carta, *La dimensione esterna della politica migratoria dell'Unione europea. Nuovo Patto: sempre più verso gli accordi e i «non-accordi» di esternalizzazione dei controlli e delle responsabilità*, *Rivista Quaderni AISDUE*, 2024, p. 1-39.

[23] F. Delioglu, *op. cit.*

[24] Sul punto, si veda European Commission, *Opportunities and Challenges for the Use of Artificial Intelligence in Border Control, Migration and Security*, www.op.europa.eu, May 2020; FRONTEX, *Artificial Intelligence-Based Capabilities for the European Border and Coast Guard*, Final Report, Warsaw, www.frontex.europa.eu, 17 March 2021; European Parliament,

cambiamento nella logica di gestione delle sue frontiere verso il c.d. *tecnosolutionism*[25] che ha determinato una vera e propria «*digitalisation of the European migration policy*»[26] e ha aggiunto un ulteriore tassello al processo di costruzione della Fortezza Europa[27].

In linea generale, la creazione delle frontiere intelligenti[28] è stata incentrata, *in primis*, sullo sviluppo e l'interconnessione di sistemi informativi centralizzati su larga scala e, dunque, sulla elaborazione di strumenti come i

Artificial Intelligence at EU Borders, cit.; A.M. Eklund, *Rule of Law Challenges of «Algorithmic Discretion» and Automation at EU Border Control. A Case Study of ETIAS Through the Lens of Legality*, in *European Journal of Migration and Law*, 2023, p. 249-274.

[25] N. Vavoula, *op. cit.*

[26] M. Besters – F.W.A. Brom, *«Greedy» Information Technology: The Digitalization of the European Migration Policy*, in *European Journal of Migration and Law*, 2010, p. 455-470.

[27] G. Campesi, *Policing Mobility Regimes. Frontex and the Production of the European Borderscape*, London, 2023, p. 13-35; Statewatch, *Automating the Fortress: Digital Technologies and European Borders*, www.statewatch.org, 6 June 2024. L'uso delle tecnologie più innovative è ormai saldamente radicato nella politica migratoria europea, il che trova conferma, da ultimo, nella *European Integrated Border Management strategy* presentata dalla Commissione europea a marzo del 2023. Questa strategia definisce «la visione comune europea per la gestione integrata delle frontiere europee nei prossimi cinque anni» (2023-2027) e chiarisce il ruolo chiave che la tecnologia dovrebbe svolgere all'interno di tale nuova visione. In particolare, l'«*European integrated border management, especially border checks and border surveillance, should be supported by advanced, mobile and interoperable European technical systems and solutions that are compatible with large-scale EU IT systems. This is to guarantee more efficient and reliable border control*», con l'obiettivo di garantire mezzi e metodi uniformi di controllo delle frontiere in tutta l'UE, così da «prevenire e contrastare l'immigrazione irregolare, migliorare l'efficacia dei rimpatri, prevenire la criminalità transfrontaliera e facilitare i viaggi legittimi», Comunicazione della Commissione, del 14 marzo 2023, che definisce la politica strategica pluriennale per la gestione europea integrata delle frontiere, COM(2023) 146 final, p. 3-8.

[28] La Commissione europea ha avviato nel 2011 il processo di costruzione delle *smart borders* per migliorare la sicurezza delle frontiere nell'Unione europea (UE) facendo ricorso alle nuove tecnologie. Si veda, la Comunicazione della Commissione, del 25 ottobre 2011, Frontiere intelligenti – Opzioni e prospettive, COM(2011) 680 definitivo. Inoltre, in dottrina si veda P. Lehtonen – P. Aalto, *Smart and Secure Borders through Automated Border Control Systems in EU? The Views of Political Stakeholders in the Member States*, in *European Security*, 2017, p. 207-225; P.J. Pesch – F. Boehm, *Smart Border is Watching You! Fundamental Rights Implications of Automated Data Processing and Decision-making at the EU Border*, in *Law Research Paper Series*, 2023, p. 1-39.

sistemi di informazione Schengen (SIS)[29], di informazione visti (VIS)[30] e Eurodac[31], originariamente concepiti per operare in modo indipendente e

[29] Il sistema d'informazione Schengen (SIS), creato nel 1995, è una banca dati che opera a sostegno del controllo delle frontiere esterne e della cooperazione nelle attività di contrasto tra gli Stati membri dell'Accordo di Schengen (attualmente, 25 Stati membri dell'UE e quattro Paesi associati). Nel 2006, l'originario sistema SIS è stato sostituito e rafforzato dal sistema SIS II, operativo dal 2013, a norma dei regolamenti (CE) n. 1986/2006 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 dicembre 2006, sull'accesso al sistema di informazione Schengen di seconda generazione (SIS II) dei servizi competenti negli Stati membri per il rilascio delle carte di circolazione e (CE) n. 1987/2006 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 dicembre 2006, sull'istituzione, l'esercizio e l'uso del sistema di informazione Schengen di seconda generazione (SIS II). Alla luce delle sfide in materia migratoria, anche il SIS II è stato ulteriormente rafforzato dai regolamenti (UE) 2018/1860 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 28 novembre 2018, relativo all'uso del sistema di informazione Schengen per il rimpatrio di cittadini di paesi terzi il cui soggiorno è irregolare; (UE) 2018/1861 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 28 novembre 2018, sull'istituzione, l'esercizio e l'uso del sistema di informazione Schengen (SIS) nel settore delle verifiche di frontiera, che modifica la convenzione di applicazione dell'Accordo di Schengen e abroga il regolamento (CE) n. 1987/2006; e (UE) 2018/1826 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 28 novembre 2018, sull'istituzione, l'esercizio e l'uso del sistema di informazione Schengen (SIS) nel settore della cooperazione di polizia e della cooperazione giudiziaria in materia penale, che modifica e abroga la decisione 2007/533/GAI del Consiglio e che abroga il regolamento (CE) n. 1986/2006 del Parlamento europeo e del Consiglio e la decisione 2010/261/UE della Commissione.

[30] Istituito dal regolamento (CE) n. 676/2008 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 9 luglio 2008, concernente il sistema di informazione visti (VIS) e lo scambio di dati tra Stati membri sui visti per soggiorni di breve durata, più volte sottoposto a modifica tra cui, da ultimo, dal regolamento (UE) 2023/2667 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 22 novembre 2023, che modifica i regolamenti (CE) n. 767/2008, (CE) n. 810/2009 e (UE) 2017/2226 del Parlamento europeo e del Consiglio, i regolamenti (CE) n. 693/2003 e (CE) n. 694/2003 del Consiglio e la Convenzione di Applicazione di Schengen, per quanto riguarda la digitalizzazione della procedura di visto.

[31] Istituito con regolamento (CE) n. 2725/2000 del Consiglio, dell'11 dicembre 2000, che istituisce l'«Eurodac» per il confronto delle impronte digitali per l'efficace applicazione della convenzione di Dublino, poi modificato dal regolamento (UE) n. 603/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 giugno 2013, che istituisce l'«Eurodac» per il confronto delle impronte digitali per l'efficace applicazione del regolamento (UE) n. 604/2013 che stabilisce i criteri e i meccanismi di determinazione dello Stato membro competente per l'esame di una domanda di protezione internazionale presentata in uno degli Stati membri da un cittadino di un paese terzo o da un apolide e per le richieste di confronto con i dati Eurodac presentate dalle autorità di contrasto degli Stati membri e da Europol a fini di contrasto, e che modifica il regolamento (UE) n. 1077/2011 che istituisce un'agenzia europea per la gestione operativa dei sistemi IT su larga scala nello spazio di libertà, sicurezza e giustizia (rifusione), che a partire dal 12 giugno 2026

poi resi progressivamente interoperabili[32], nonché l'Entry/Exit System (EES)[33], il sistema europeo di informazione ed autorizzazione ai viaggi (ETIAS)[34] e il sistema centralizzato per individuare gli Stati membri in

verrà abrogato e sostituito dal regolamento (UE) 2024/1358 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 14 maggio 2024, che istituisce l'«Eurodac» per il confronto dei dati biometrici ai fini dell'applicazione efficace dei regolamenti (UE) 2024/1351 e (UE) 2024/1350 del Parlamento europeo e del Consiglio e della direttiva 2001/55/CE del Consiglio e ai fini dell'identificazione dei cittadini di paesi terzi e apolidi il cui soggiorno è irregolare, e per le richieste di confronto con i dati Eurodac presentate dalle autorità di contrasto degli Stati membri e da Europol a fini di contrasto, che modifica i regolamenti (UE) 2018/1240 e (UE) 2019/818 del Parlamento europeo e del Consiglio e che abroga il regolamento (UE) n. 603/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio.

[32] L'Unione europea ha sviluppato un quadro per l'interoperabilità tra i suoi sistemi IT su larga scala nei settori delle frontiere, dei visti, della cooperazione di polizia e giudiziaria, dell'asilo e della migrazione basato sui regolamenti (UE) 2019/817 del parlamento europeo e del Consiglio, del 20 maggio 2019, che istituisce un quadro per l'interoperabilità tra i sistemi di informazione dell'UE nel settore delle frontiere e dei visti e che modifica i regolamenti (CE) n. 767/2008, (UE) n. 2016/399, (UE) 2017/2226, (UE) 2018/1240, (UE) 2018/1726 e (UE) 2018/1861 del Parlamento europeo e del Consiglio e le decisioni 2004/512/CE e 2008/633/GAI del Consiglio e (UE) 2018/818, del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 maggio 2019, che istituisce un quadro per l'interoperabilità tra i sistemi di informazione dell'UE nel settore della cooperazione di polizia e giudiziaria, asilo e migrazione, e che modifica i regolamenti (UE) 2018/1726, (UE) 2018/1862 e (UE) 2019/816.

[33] Regolamento (UE) 2017/2226 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 30 novembre 2017, che istituisce un sistema di ingressi/uscite per la registrazione dei dati di ingresso e uscita e dei dati relativi al respingimento dei cittadini di paesi terzi che attraversano le frontiere esterne degli Stati membri e che determina le condizioni di accesso al sistema di ingressi/uscite a fini di contrasto e che modifica la Convenzione di Applicazione dell'Accordo di Schengen e i regolamenti (CE) n. 767/2008 e (UE) n. 1077/2011.

[34] L'ETIAS è un sistema informatico automatizzato, sviluppato dall'Agenzia europea per la gestione operativa dei sistemi IT su larga scala nello spazio di libertà, sicurezza e giustizia (eu-LISA) che verrà introdotto entro la fine del 2026, per poi diventare obbligatorio nel 2027, che si occupa del rilevamento dei rischi per la sicurezza e di quelli legati alla migrazione irregolare o a epidemie determinati dai visitatori esenti da visto che viaggiano nello spazio Schengen, al contempo assicurando il rispetto dei loro diritti fondamentali. Il sistema è stato istituito dal regolamento (UE) del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 settembre 2018, che istituisce un sistema europeo di informazione e autorizzazione ai viaggi (ETIAS) e che modifica i regolamenti (UE) n. 1077/2011, (UE) n. 515/2014, (UE) 2016/399, (UE) 2016/1624 e (UE) 2017/2226.

possesso di informazioni sulle condanne pronunciate a carico di cittadini di Paesi terzi e apolidi (ECRIS-TCN)[35] di recente elaborazione.

Accanto a questi strumenti, nell'ultimo decennio sono stati elaborati sia da parte dell'UE che dei suoi Stati membri sistemi di intelligenza artificiale per supportare e migliorare l'efficienza della verifica dell'identità, del controllo e della sicurezza delle frontiere. Si pensi, per esempio, ai sistemi di rilevamento delle emozioni testati in Ungheria, Grecia e Lettonia[36] o all'uso del riconoscimento del dialetto nelle procedure di asilo in Germania[37], ma non solo. La maggior parte degli Stati membri dell'Unione dispone oggigiorno di banche dati contenenti una quantità immensa di dati biometrici (come impronte digitali e profili di DNA) che possono essere consultati tramite avanzati algoritmi informatici[38].

Inoltre, il programma di finanziamenti della Commissione europea, Horizon 2020, ha poi messo a disposizione 1,3 miliardi di euro per la realizzazione di diversi progetti per il controllo dei confini, tra cui il progetto quadriennale ROBORDER, completato nell'agosto 2021[39]; il progetto iBorderCtrl in Grecia, con cui sono state sviluppate tecnologie di riconoscimento facciale e di *lie detection*[40]; il progetto TRESSPASS, che grazie all'utilizzo degli algoritmi, raccoglie ed elabora dati per l'identificazione del

[35] Il sistema ha la funzione di identificare gli Stati membri dell'UE che detengono informazioni sulle condanne pronunciate a carico di cittadini di Paesi terzi e apolidi che è stato creato dal regolamento (UE) 2019/816 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 17 aprile 2019, che istituisce un sistema centralizzato per individuare gli Stati membri in possesso di informazioni sulle condanne pronunciate a carico di cittadini di paesi terzi e apolidi (ECRIS-TCN) e integrare il sistema europeo di informazione sui casellari giudiziali, e che modifica il regolamento (UE) 2018/1726.

[36] European Commission, *Intelligent Portable Border Control System*, www.cordis.europa.eu, 3 September 2024.

[37] Per una panoramica dell'ampia gamma di nuove tecnologie, tra cui i sistemi di intelligenza artificiale, utilizzati alle frontiere, all'arrivo e dopo l'arrivo nell'UE si veda D. Okzul, *Automating Immigration and Asylum: The Uses of New Technologies in Migration and Asylum Governance in Europe*, www.rsc.ox.ac.uk, 2023.

[38] F. Ragazzi – E.M. Kuskonmaz – I.Z. Plájás – R. van de Ven – B. Wagner, *Biomotric and Behavioural Mass Surveillance in EU Member States*, Report of the Greens/EFA in the European Parliament, www.scholarlypublications.universiteitleiden.nl, October 2021.

[39] Con una dotazione di circa 8 milioni di euro, l'obiettivo del progetto era sviluppare un sistema autonomo di sorveglianza delle frontiere basato sull'utilizzo di robot mobili senza pilota, dotati di telecamere ottiche, a infrarossi e termiche, nonché di sensori radar e a radiofrequenza per rilevare minacce ambientali e, soprattutto, migranti irregolari. Informazioni dettagliate sul progetto sono reperibili *online*: www.cordis.europa.eu.

[40] *Ibidem*.

livello di rischio di ogni possibile ingresso all'interno dei confini statali[41]; il progetto pilota FOLDOUT per il rilevamento dei migranti irregolari attraverso il fogliame nelle regioni interne e più esterne dell'UE, ricorrendo ad un sistema che combina sensori e tecnologie in una piattaforma di rilevamento intelligente[42].

E il ricorso all'IA si è esteso anche alle frontiere marittime. Nel 2019, l'Agenzia europea della guardia di frontiera e costiera (Frontex) ha commissionato uno studio a REND Europe, *think thank* specializzata in ricerca e sviluppo, per valutare l'eventuale implementazione di sistemi di IA nella gestione dei confini dell'UE. L'anno seguente ha sottoscritto un accordo con la Direzione generale per la migrazione e gli affari interni della Commissione europea (DG-HOME) per la supervisione e l'attuazione di progetti di ricerca relativi a questioni di sicurezza delle frontiere[43] e, nel 2021, ha rinnovato il contratto con la società israeliana Windward per l'utilizzo di una piattaforma di *maritime analytics*[44] che Frontex utilizza per contrastare e prevenire l'immigrazione irregolare, oltre alla criminalità transfrontaliera e al terrorismo.

Un ulteriore, significativo passo in questa direzione è stato compiuto con l'adozione del regolamento (UE) 2024/1689 sull'intelligenza artificiale che ha segnato senza dubbio «*a historic moment*»[45], trattandosi del primo tentativo organico di regolamentare l'impiego dei sistemi di intelligenza artificiale a livello mondiale, anche nel settore della gestione delle migrazioni e dei controlli alle frontiere esterne.

---

[41] *Ibidem*.

[42] *Ibidem*.

[43] DG-HOME, Frontex, *Terms of Reference between the Directorate-General for Migration and Home Affairs of the European Commission and the European Border and Coast Guard Agency Regarding the Role of the European Border and Coast Guard Agency in the Parts of the Framework Programme for Research and Innovation which Relate to Border security*, www.prd.frontex.europa.eu, 5 February 2020.

[44] Questa piattaforma utilizza sistemi di *reporting* marittimo, inclusi i dati di posizione provenienti dai transponder *Authomatic Identification System* (AIS) delle navi, per controllare movimenti sospetti delle imbarcazioni. Il testo dell'accordo è reperibile *online*: www.ted.europa.eu.

[45] European Commission, *Statement by President von der Leyen on the Political Agreement on the EU AI Act*, www.ec.europa.eu, 9 December 2023.

3. *Il regolamento (UE) 2024/1689: alcuni chiarimenti preliminari.*

Componente fondamentale di un più ampio pacchetto di misure a sostegno dello sviluppo di un'IA affidabile – che comprende il pacchetto sull'innovazione in materia di IA[46], il lancio delle fabbriche di IA[47] e il piano coordinato sull'IA[48] – l'*AI Act* persegue due obiettivi paralleli e distinti, ma reciprocamente funzionali ovverosia migliorare il funzionamento del mercato interno e promuovere l'adozione di un'IA antropocentrica e affidabile, nonché sostenere l'innovazione, al contempo garantendo «un elevato livello di protezione della salute, della sicurezza e dei diritti fondamentali sanciti dalla Carta dei diritti fondamentali […] contro gli effetti nocivi dei sistemi di intelligenza artificiale (IA) nell'Unione» (art. 1, par. 1).

Come noto, per raggiungere i suddetti obiettivi il regolamento stabilisce una serie di regole armonizzate per l'immissione sul mercato e l'uso dei sistemi di IA nell'Unione, divieti di talune pratiche di IA, requisiti specifici per i sistemi considerati «ad alto rischio» e obblighi per gli operatori di tali sistemi (fornitori, *deployer*, importatori e distributori, fabbricanti), regole di trasparenza per determinati sistemi e regole armonizzate per l'immissione sul mercato di modelli di IA, nonché regole di monitoraggio e vigilanza del mercato e misure a sostegno dell'innovazione (art. 1, par. 2, lett. a-g))[49].

In particolare, ricorrendo ad un approccio *risk-based* volto ad adattare la tipologia e il contenuto delle norme del regolamento «all'intensità e alla portata dei rischi che possono essere generati dai sistemi di IA» (considerando 26), l'*AI Act* distingue i sistemi di IA in quattro categorie di

[46] Comunicazione della Commissione, del 24 gennaio 2024, sulla promozione delle start-up e dell'innovazione nell'intelligenza artificiale affidabile, COM(2024) 28 final. Inoltre, si veda European Commission, *Commission Launches AI Innovation Package to Support Artificial Intelligence Startups and SMEs*, www.ec.europa.eu, 24 January 2024.

[47] European Commission, *AI Continent Action Plan*, www.digital-strategy.ec.europa.eu, 9 April 2025.

[48] Comunicazione della Commissione, del 21 aprile 2021, Promuovere un approccio europeo all'intelligenza artificiale, COM(2021) 205 final.

[49] Il contenuto del regolamento richiederebbe ben altri approfondimenti. La dottrina sul tema è amplissima. Per una panoramica generale e dettagliata e per ulteriori riferimenti bibliografici si rinvia, *ex multis*, a F. Donati – G. Finocchiaro – F. Paolucci – O. Pollicino, *La disciplina dell'intelligenza artificiale*, Torino, 2025.

rischio, dipendenti dalla gravità del danno che potrebbero determinare per la salute, la sicurezza o, appunto, i diritti fondamentali[50].

Per quanto ci interessa, è da evidenziare che il regolamento muove dalla consapevolezza che accanto ai molteplici utilizzi benefici, molti sono i rischi che l'IA possa essere utilizzata impropriamente e possa fornire strumenti nuovi «per pratiche di manipolazione, sfruttamento e controllo sociale […] contrarie ai valori dell'Unione relativi al rispetto della dignità umana, alla libertà, all'uguaglianza, alla democrazia e allo Stato di diritto e ai diritti fondamentali sanciti dalla Carta, compresi il diritto alla non discriminazione, alla protezione dei dati e alla vita privata e i diritti dei minori» e che come tali andrebbero vietate (considerando 28).

Orbene, l'art. 5 individua quei sistemi di cui è vietata l'immissione sul mercato, la messa in servizio o uso nell'UE trattandosi di sistemi che pongono «rischi inaccettabili»[51]. Tuttavia, l'elenco delle pratiche vietate di

[50] In particolare, distingue: 1) sistemi che pongono «rischi inaccettabili», la cui immissione sul mercato, messa in servizio o uso sono vietati nell'UE (Capo II, art. 5, Pratiche di IA vietate); 2) sistemi c.d. «ad alto rischio», definiti in base ai requisiti di cui all'art. 6, par. 1, lett. a) e b) ed elencati nell'Allegato III al regolamento, per la cui immissione e utilizzo è richiesto il rispetto di stringenti requisiti e di una serie di obblighi da parte dei fornitori e degli altri soggetti interessati (Capo III); 3) sistemi che presentano «rischi di trasparenza» (Capo IV), rispetto ai quali i fornitori devono garantire che le persone fisiche siano informate del fatto di stare interagendo con un sistema di IA; e 4) sistemi a «rischio minimo», per i quali è prevista l'adozione di codici di condotta volti a promuovere l'applicazione volontaria anche a questi sistemi di AI dei requisiti previsti per i sistemi ad alto rischio (Capo X). L'applicazione del regolamento ha inizio a decorrere dal 2 agosto 2026. Tuttavia, in linea con quanto stabilito all'art. 113, il Capo I sulle «Disposizioni generali» e il Capo II relativo alle «Pratiche di IA vietate» sono diventati operativi già dal 2 febbraio 2025, mentre il Capo III, sezione 4, i Capi V, VII e XII e l'art. 78 si applicheranno a partire dal 2 agosto 2025, ad eccezione dell'art. 101 («Sanzioni pecuniarie per i fornitori di modelli di IA per finalità generali»), e le ultime disposizioni, vale a dire l'art. 6, par. 1, e i corrispondenti obblighi, che saranno applicabili dal 2 agosto 2027.

[51] La norma include tra i sistemi di intelligenza artificiale la cui immissione sul mercato, messa in servizio o uso sono vietati quei sistemi che utilizzano tecniche subliminali che agiscono senza che una persona ne sia consapevole o tecniche volutamente manipolative o ingannevoli (par. 1, lett. a); che sfruttano le vulnerabilità di una persona fisica o di uno gruppo di persone, dovute all'età, alla disabilità o a una specifica situazione sociale o economica (lett. b); per la valutazione o la classificazione delle persone fisiche o di gruppi di persone per un determinato periodo di tempo sulla base del loro comportamento sociale o di caratteristiche personali o della personalità note (lett. c) che possono dar vita ad un trattamento pregiudizievole o sfavorevole; per effettuare valutazioni del rischio al fine di valutare o prevedere il rischio che una persona fisica commetta un reato, unicamente sulla base della profilazione di una persona fisica o della valutazione dei

cui all'art. 5, par. 1, presenta non poche problematiche, non solo perché alcuni sistemi di IA sono stati *wrongly classified*[52] ma anche, e soprattutto, a causa del regime di eccezione previsto dalla norma in relazione all'applicazione del divieto con riferimento ad alcune delle pratiche contemplate nel contesto della migrazione e del controllo alle frontiere.

3.1 *Segue*: predictive policing *e rischi di discriminazione alle frontiere esterne dell'Unione europea.*

Innanzitutto, per quanto qui interessa, rileva il divieto di cui alla lett. d) del par. 1 dell'art. 5[53], il quale, oltre ad apparire vago e privo di chiarezza, prevede un'ampia deroga che potrebbe limitarne significativamente l'impatto. In particolare, la norma vieta i sistemi di IA che valutano o prevedono il rischio che una persona fisica commetta un reato basandosi esclusivamente sulla profilazione o sulla valutazione di tratti e caratteristiche della personalità, dove il termine «profilazione» indica, secondo quanto indicato dall'art. 3, par. 52, «qualsiasi forma di trattamento automatizzato di dati personali consistente nell'utilizzo di tali dati personali per valutare determinati aspetti personali relativi a una persona fisica, in particolare per analizzare o prevedere aspetti riguardanti il rendimento professionale, la situazione economica, la salute, le preferenze personali, gli interessi, l'affidabilità, il comportamento, l'ubicazione o gli spostamenti di detta

tratti e delle caratteristiche della personalità (lett. d); che creano o ampliano le banche dati di riconoscimento facciale mediante *scraping* non mirato di immagini facciali da internet o da filmati di telecamere a circuito chiuso (lett. e); per inferire le emozioni di una persona fisica nell'ambito del luogo di lavoro e degli istituti di istruzione (lett. f); di categorizzazione biometrica che classificano individualmente le persone fisiche sulla base dei loro dati biometrici per trarre deduzioni o inferenze in merito a razza, opinioni politiche, appartenenza sindacale, convinzioni religiose o filosofiche, vita sessuale o orientamento sessuale (lett. g); ed infine, sistemi di identificazione biometrica remota «in tempo reale» in spazi accessibili al pubblico a fini di attività di contrasto (lett. h).

[52] N. Vavoula, *Regulating AI at EU's Borders. Where the AI Act Falls Short*, in *Verfassungsblog*, www.verfassungsblog.de, 13 December 2024.

[53] I sistemi contemplati dalla disposizione erano inizialmente classificati come sistemi di IA ad alto rischio, ma nel testo finale del regolamento sono stati inclusi tra le pratiche di AI vietate. Si veda al riguardo proposta di regolamento, del 21 aprile 2021, che stabilisce regole armonizzate sull'intelligenza artificiale (legge sull'intelligenza artificiale) e modifica alcuni atti legislativi dell'Unione, COM(2021) 206 final.

persona fisica» in linea con la definizione di cui all'art. 4, par. 4, del regolamento (UE) 2016/679 (GDPR)[54].

Il riferimento è ai sistemi di c.d. *predictive policing* dei quali l'atto non fornisce una precisa definizione, ma che possono essere descritti come sistemi volti ad individuare e prevenire attività criminali attraverso l'analisi di dati complessi e l'elaborazione di previsioni in merito al compimento di reati e alla loro localizzazione (*place-based systems*) o all'elaborazione di profili criminali individuali (*person-based systems*)[55], utilizzando informazioni contenute in banche dati elaborate dalle forze dell'ordine, nei *social networks*, in Internet e negli impianti a circuito chiuso[56].

Questi strumenti presentano alcune criticità sia da un punto di vista qualitativo che quantitativo che impattano sulla tutela dei diritti umani. In primo luogo, l'individuazione di categorie di soggetti con un diverso grado di pericolosità (*social sorting*) implica rischi di stigmatizzazione. I *software* utilizzati dalle forze dell'ordine si basano spesso sui c.d. *dirty data*, vale a dire dati derivanti o in ogni caso influenzati da pregiudizi, cosicché questi sistemi tendono ad aver un effetto discriminatorio nei confronti di alcune categorie di soggetti, tra cui i migranti, causando molteplici forme di *bias* e di discriminazione[57]. Ciò comporta conseguentemente il rischio di falsi positivi dovuti all'inaccuratezza dei dati processati, con l'effetto che «*low-quality data and/or low-quality procedures behind decision-making processes and*

[54] Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 aprile 2016, relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la direttiva 95/46/CE (regolamento generale sulla protezione dei dati).

[55] S. Lonati, *Predictive policing: dal disincanto all'urgenza di un ripensamento*, in *Rivista di Diritto dei Media*, www.medialaws.eu, 30 settembre 2022. Inoltre, per approfondimenti sulle tipologie e le caratteristiche della polizia predittiva si rinvia a L.M. Sommerer, *Self-Imposed Algorithmic Thoughtlessness and the Automation of Crime Control. A Study of Person-Based Predictive Policing and the Algorithmic Turn*, Baden-Baden, 2022, p. 30 ss.

[56] Le strategie di polizia predittiva vengono infatti indicate come «*the use of data and analytics to predict crime*», A.D. Selbst, *Disparate Impact in Big Data Policing*, in *Georgia Law Review*, 2017, p. 114. Inoltre, in argomento, T.W. Hung – C.P. Yen, *On the Person-Based Predictive Policing of AI*, in *Ethics and Information Technology*, 2021, p. 165, in cui si evidenzia che ciò che costituisce una novità in questo ambito non è l'uso della statistica, ma le nuove tecnologie che ricorrono ai big data che hanno modificato le caratteristiche di queste attività di law enforcement. Così anche E. Pietrocarlo, *La predictive policing nel regolamento europeo sull'intelligenza artificiale*, in *La legislazione penale*, 26 settembre 2024p. 3.

[57] Sul punto si veda S. Lonati, *op. cit.*; nonché *ex multis* e per altri riferimenti bibliografici P. Vogiatzoglou, *Mass Data Surveillance and Predictive Policing. Contested Foundations and Human Rights Impact*, New York, 2025.

analytical tools could result in biased algorithms, spurious correlations, errors, an underestimation of the legal, social and ethical implications»[58]. Eppure, la diffusione di queste attività di *law enforcement*[59] è dipesa proprio dalla crescente esigenza di sviluppare metodi di valutazione obiettivi, verificabili e, dunque, maggiormente affidabili rispetto alla *human intuition*[60], così da rendere le decisioni delle forze dell'ordine trasparenti e controllabili e da contrastare quelle pratiche discriminatorie intenzionali che caratterizzavano (e caratterizzano) la valutazione umana[61]. È chiaro quindi che l'impiego di questi sistemi impone di operare una valutazione del rapporto tra i benefici che possono offrire e gli impatti sui diritti umani che possono provocare, tra cui la dignità umana, il diritto alla non discriminazione, il diritto alla protezione dei dati e la tutela della *privacy*[62], sanciti agli artt. 1, 7, 8 e 21 della Carta dei diritti fondamentali a cui il regolamento dichiara di voler garantire protezione[63].

Per quanto qui rileva, le preoccupazioni per i possibili effetti sui diritti menzionati appaiono significative nella misura in cui l'ultimo periodo della norma prevede un'esenzione dal suo ambito di applicazione dei sistemi di IA «utilizzati a sostegno della valutazione umana del coinvolgimento di una persona in un'attività criminosa, che si basa già su fatti oggettivi e verificabili direttamente connessi a un'attività criminosa». In virtù di questa esenzione, i sistemi impiegati in funzione di supporto del processo decisionale umano, basato su fatti oggettivi e verificabili, non ricadono nell'alveo del divieto, ma nella categoria dei sistemi ad alto rischio, legittimandone dunque l'immissione, la messa a disposizione e l'utilizzo nell'ambito della migrazione, dell'asilo e della gestione dei controlli alle frontiere, come

[58] European Parliament, *Report on Fundamental Rights Implications of Big Data: Privacy, Data Protection, Non-Discrimination, Security and Law-Enforcement*, 2016/2225(INI), 20 February 2017, par. M.

[59] S. Quattroccolo, *Artificial Intelligence, Computational Modelling and Criminal Proceedings. A Framework for A European Legal Discussion*, Cham, 2020, p. 131 ss.

[60] E. Pietrocarlo, *op. cit.*, p. 3.

[61] A.D. Selbst, *op. cit.*, p. 120; W.S. Isaac, *Hope, Hype, and Fear: The Promise and Potential Pitfalls of Artificial Intelligence in Criminal Justice*, in *Ohio State Journal of Criminal Law*, 2018, p. 543-558.

[62] J. Levano, *Predictive Policing in the AI Act: Meaningful Ban or Paper Tiger?*, in *European Law Blog*, www.europeanlawblog.eu, 5 July 2024.

[63] In tal senso, considerando 1 e art. 1 dell'*AI Act*.

stabilito al par. 7 dell'Allegato III[64], seppur nel rispetto degli obblighi e dei requisiti stabiliti dal regolamento per questa categoria di sistemi[65].

Questa esenzione sembra essere giustificata dal valore aggiunto che la verifica condotta mediante un algoritmo predittivo potrebbe apportare alla valutazione umana[66]. Tuttavia, la previsione non offre il necessario livello di chiarezza per la mancanza di sufficienti indicazioni in merito al criterio della «funzione di supporto alla valutazione umana» che ne costituisce il punto di riferimento fondamentale. La distinzione tra pratiche vietate e pratiche ad alto rischio dipende unicamente da questa funzione complementare che il sistema di IA svolge, risultando quindi dirimente stabilire se esso operi in modo esclusivamente automatico o meno. Tuttavia, la norma non chiarisce in modo sufficiente quale sia il livello di coinvolgimento umano richiesto per escludere un determinato sistema dall'applicazione del divieto in parola[67], aprendo alla possibilità che anche sistemi in cui tale coinvolgimento è *marginal and symbolic* possano essere ricondotti nella categoria dei sistemi che non sono vietati, ma sottoposti a stringenti obblighi di trasparenza e responsabilità[68] in quanto «semplicemente» considerati ad alto rischio.

Una (limitata) indicazione sul punto può ricavarsi dalle linee guida sulle pratiche vietate *ex* art. 5 del regolamento sull'intelligenza artificiale pubblicate dalla Commissione europea il 4 febbraio 2025, pochi giorni dopo l'entrata in vigore del divieto, le quali, pur non essendo vincolanti, chiariscono l'interpretazione delle componenti della disposizione al fine di garantirne un'applicazione coerente, efficace e uniforme in tutta l'UE[69].

---

[64] E. Pietrocarlo, *op. cit.*, p. 20.

[65] Il par. 7 dell'Allegato III include infatti tra i sistemi di IA che possono essere impiegati nel settore della migrazione, dell'asilo e della gestione del controllo delle frontiere «i sistemi di IA destinati a essere utilizzati dalle autorità pubbliche competenti o per loro conto, oppure da istituzioni, organi e organismi dell'Unione, per valutare un rischio (compresi un rischio per la sicurezza, un rischio di migrazione irregolare o un rischio per la salute) posto da una persona fisica che intende entrare o è entrata nel territorio di uno Stato membro» (lett. b).

[66] E. Pietrocarlo, *op. cit.*, p. 30 ss.

[67] J. Laux, *Institutionalised Distrust and Human Oversight of Artificial Intelligence: Toward a Democratic Design of AI Governance under the European Union AI Act*, in *AI and Society*, 2024, p. 2853-2866.

[68] J. Levano, *op. cit.*

[69] European Commission, *Annex to the Communication to the Commission, Approval of the Content of the Draft Communication from the Commission – Commission Guidelines on Prohibited artificial Intelligence Practices Established by Regulation (EU) 2024/1689 (AI Act)*, Bruxelles, 4 February 2025, C(2025) 884 final.

La Commissione afferma che il concetto di «valutazione umana» andrebbe ricostruito ricorrendo alla giurisprudenza della CGUE, in specie a quanto stabilito nella nota sentenza *Ligue des droits* del 2022[70] in cui la Corte ha dichiarato che un sistema di sorveglianza continua, indiscriminata e sistematica, che include la valutazione automatizzata di dati personali comporta ingerenze gravi nei diritti garantiti dagli artt. 7 e 8 della Carta[71] e che l'intervento umano con mezzi non automatizzati è indispensabile «al fine di identificare falsi positivi e garantire risultati non discriminatori»[72]. Il margine di errore che può derivare dall'analisi automatizzata pone pertanto l'esigenza di effettuare un riesame individuale non automatizzato del risultato ottenuto prima di adottare una misura che potrebbe avere effetti negativi sulla persona interessata[73].

Dunque, come indicato dalla Commissione, l'elemento centrale ai fini dell'esclusione dall'ambito di applicazione del divieto è che il sistema di IA venga utilizzato a supporto della valutazione umana «*rather than involving the AI system itself making the risk assessment as occurs in the situations covered by the prohibition*», purché tale valutazione sia già «*based on objective and verifiable facts directly linked to a criminal activity*»[74].

Pertanto, riteniamo che al fine di evitare l'elusione del divieto e garantirne l'efficacia, dovrebbe essere dimostrata l'esistenza di eventuali altri elementi «*real, substantial and meaningful*» per poter giustificare che il divieto non è applicabile[75]. Ciò posto, un sistema di *predictive policing* utilizzato per prevedere il comportamento criminale, basandosi esclusivamente su caratteristiche personali, quali l'età o la nazionalità, considererà determinati individui più propensi «*to commit future offences that they have not yet committed*» e, come tale, si può presumere che sia vietato ai sensi dell'art. 5, par. 1, lett. d)[76].

Nonostante i chiarimenti della Commissione europea, in ogni caso l'art. 5, par. 1, lett. d) presenta considerevoli problematiche, soprattutto se letto alla luce della previsione di cui all'art. 2, par. 3 del regolamento che,

[70] Corte giust., 27 gennaio 2022, C-817/19, *Ligue des droits humains* c. *Conseil des ministers*.

[71] *Ibid.*, punto 111.

[72] European Commission, *Annex to the Communication to the Commission*, cit., p. 70.

[73] *Ligue des droits humains*, punto 124, nonché Corte giust., 6 ottobre 2020, C-511/18, *La Quadrature du Net*, punto 182.

[74] European Commission, *Annex to the Communication to the Commission*, cit., p. 71.

[75] *Ibid.*, p. 68.

[76] *Ibid.*, p. 69.

stabilendo un'esenzione generale dall'applicazione dell'*AI Act* per ragioni di sicurezza nazionale[77], pone un limite significativo all'efficacia del divieto. Questa esenzione lascia di fatto un'ampia discrezionalità agli Stati membri in merito all'impiego di sistemi di IA, inclusi quelli di polizia predittiva, se si considera che il termine «sicurezza nazionale» è un concetto dal significato indefinito.

Sebbene questo aspetto richiederebbe ben altri approfondimenti, ci limitiamo qui a ricordare che, come noto, il TUE disciplina all'art. 4, par. 2 una clausola di salvaguardia della sovranità degli Stati membri in materia di sicurezza nazionale, introdotta con la riforma di Lisbona, stabilendo l'obbligo per l'Unione di rispettare «le funzioni essenziali dello Stato, tra cui le funzioni «di tutela della sicurezza nazionale» e che quest'ultima «resta di esclusiva competenza di ciascuno Stato membro»[78]. Per quanto qui rileva, il diritto primario colloca la sicurezza nazionale tra i motivi di deroga alla libera circolazione delle persone nell'ambito dello Spazio di libertà, sicurezza e giustizia. A tal proposito, l'art. 72 TFUE stabilisce che le disposizioni del Titolo V del Trattato non ostano «all'esercizio delle responsabilità incombenti agli Stati membri per il mantenimento dell'ordine pubblico e la salvaguardia della sicurezza interna», riconoscendo un certo margine di discrezionalità agli Stati membri in merito all'applicazione di

[77] Si legge, infatti, che «[I]l presente regolamento non si applica a settori che non rientrano nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione e, in ogni caso, non pregiudica le competenze degli Stati membri in materia di sicurezza nazionale, indipendentemente dal tipo di entità incaricata dagli Stati membri di svolgere compiti in relazione a tali competenze. Il presente regolamento non si applica ai sistemi di IA se e nella misura in cui sono immessi sul mercato, messi in servizio o utilizzati con o senza modifiche esclusivamente per scopi militari, di difesa o di sicurezza nazionale, indipendentemente dal tipo di entità che svolge tali attività. Il presente regolamento non si applica ai sistemi di IA che non sono immessi sul mercato o messi in servizio nell'Unione, qualora l'output sia utilizzato nell'Unione esclusivamente per scopi militari, di difesa o di sicurezza nazionale, indipendentemente dal tipo di entità che svolge tali attività».

[78] La bibliografia sul tema è amplissima. Si vedano, segnatamente, S. Peers, *National Security and European Law*, in *Yearbook of European Law*, 1999, pp. 363 ss.; M.C. Baruffi, *Art. 4 TUE*, in F. Pocar – M.C. Baruffi (a cura di), *Commentario breve ai Trattati dell'Unione europea*, Padova, 2014, pp. 13-24; S. Pugliese, *L'evoluzione della nozione di sicurezza dell'Unione europea tra crisi sistemiche, innovazioni tecnologiche e tutela dei valori*, Bari, 2025. Si vedano, inoltre, inoltre, le Conclusioni dell'Avvocato generale M. Poiares Maduro, presentate l'8 ottobre 2008, C-213/07, *Michaniki AE*, punto 31.

misure derogatorie nazionali purché siano limitate a quanto strettamente necessario[79].

D'altro canto, la Corte di giustizia, nella sentenza *Commissione* c. *Polonia, Ungheria* e *Repubblica ceca*[80], ha chiarito che l'art. 72 TFUE «in quanto disposizione derogatoria, […] non conferisce agli Stati membri il potere di derogare a disposizioni di diritto dell'Unione mediante il mero richiamo agli interessi connessi al mantenimento dell'ordine pubblico e alla salvaguardia della sicurezza interna, ma impone loro di dimostrare la necessità di avvalersi della deroga prevista da tale articolo al fine di esercitare le loro responsabilità in tali materie». Peraltro, secondo sua costante giurisprudenza «anche se spetta agli Stati membri stabilire le misure adeguate per garantire l'ordine pubblico nel loro territorio nonché la loro sicurezza interna ed esterna» le deroghe espresse «riguardano ipotesi eccezionali chiaramente delimitate» da cui «non è lecito dedurne una riserva generale […] che escluda dall'ambito d'applicazione del diritto dell'Unione qualsiasi provvedimento» adottato per queste ragioni in quanto «rischierebbe di compromettere la forza cogente e l'applicazione uniforme del diritto dell'Unione»[81]. La sicurezza nazionale fa quindi riferimento «all'interesse primario di tutelare le funzioni essenziali dello Stato e gli interessi fondamentali della società e comprende la prevenzione e la repressione di attività tali da destabilizzare gravemente le strutture costituzionali, politiche, economiche o sociali

[79] G. Naddeo, *Il difficile bilanciamento tra sicurezza nazionale e tutela dei diritti fondamentali nella «data retention saga» dinanzia alla Corte di giustizia UE*, in *Freedom, Security and Justice*: *European Legal Studies*, 2022, p. 188-217. In tema di bilanciamento tra sicurezza nazionale e diritti fondamentali si veda G. Martinico, *What lies behind article 4(2) TEU?*, in A.S. Arnaiz – C.A. Llivina (eds.), *National Constitutional Identity and European Integration*, Louvain-la-Neuve, 2013, p. 93 ss.; G. de Vergottini, *Una rilettura del concetto di sicurezza nell'era digitale e dell'emergenza normalizzata*, in *Rivista AIC*, 2019, p. 65-85; X. Dupré de Boulois, *Existe-t-il un droit fondamental à la sécurité ?,* in *Revue des droits et libertés fondamentaux*, 2018, p. 1-11; F. Ferraro, *Brevi note sulla competenza esclusiva degli Stati membri in materia di sicurezza nazionale*, in A.V. V.V., *Annali AISDUE*, Bari, 2020, p. 117 ss.; M. Claes, *National Identity and the Protection of Fundamental Rights*, in *European Public Law*, 2021, p. 517 ss.; S. Crespi, *L'influenza del diritto dell'Unione europea sulla sicurezza nazionale: l'art. 4, par. 2, TUE alla prova della recente giurisprudenza UE tra l'altro in materia di* privacy, in *Eurojus*, 2022, p. 85-111.

[80] Corte giust., 2 aprile 2020, C-715/17, C-718/17, C-719/17, *Commissione* c. *Polonia, Ungheria e Repubblica ceca*, punto 152.

[81] *Ibid.*, punto 143. Si vedano, inoltre, le sentenze della Corte giust., 15 dicembre 2009, C-461/05, *Commissione* c. *Danimarca*, punto 51 e 4 marzo 2010, C-38/06, *Commissione* c. *Portogallo*, punto 62 e giurisprudenza ivi citata.

fondamentali di un paese»[82], tesa per l'appunto a salvaguardare le funzioni essenziali dello Stato da minacce di eccezionale gravità, e costituisce un «obiettivo d'interesse generale» dell'Unione europea[83].

Tuttavia, la questione appare rilevante nella misura in cui il crescente e diffuso ricorso a sistemi di *predictive policing* a fini di prevenzione e contrasto avverso possibili minacce, qualora impiegati nell'ambito dei controlli alle frontiere esterne, possa essere giustificato quale «misura derogatoria» necessaria per assicurare la salvaguardia della sicurezza nazionale, sollevando non pochi dubbi in ordine al grado di invasività nei diritti fondamentali dei migranti che potrebbero determinare, come da più parti sostenuto[84]. In altri termini, il timore è che l'esenzione legata alla sicurezza nazionale possa essere invocata per giustificare l'uso dei sistemi in esame con il pretesto di salvaguardare la sicurezza nazionale, con il rischio conseguente di minare l'efficacia del divieto e di dar vita a gravi violazioni dei diritti fondamentali in gioco e a gravi esiti discriminatori, a partire dal rifiuto di ingresso nel territorio dell'Unione[85].

3.2 *Segue: art. 5, par. 1, lett. f) e divieto dei sistemi di riconoscimento delle emozioni:* an obvious loophole *nel settore dei controlli alle frontiere?*

Un esempio paradigmatico dell'errata classificazione concerne i sistemi di «riconoscimento delle emozioni» (*facial emotion recognition* o FER)[86] ovverosia tecnologie che impiegano svariate tecniche, come l'analisi dei lineamenti del viso, del tono di voce, del linguaggio, ecc., per rilevare le caratteristiche fisiche, fisiologiche o comportamentali delle persone fisiche

[82] *La Quadrature du Net*, punto 135; sentenza del 6 ottobre 2020, C-623/17, *Privacy International*, punto 74; sentenza del 20 settembre 2022, C-793/19 e C-794/19, *SpaceNet*, punto 92.

[83] S. Crespi, *op. cit.*

[84] Article 19, *EU: AI Act Fails to Set Gold Standard for Human Rights*, www.article19.org, 4 April 2024; AccessNow, *The EU AI Act: A Failure for Human Rights, a Victory for Industry and Law Enforcement*, www.accessnow.org, 13 March 2024.

[85] J. Levano, *op. cit.*

[86] La *facial emotion recognition* fa parte delle tecnologie del c.d. *affective computing*, un campo di ricerca multidisciplinare sulle capacità dei computer di riconoscere e interpretare le emozioni umane attraverso l'analisi delle emozioni ricavate a partire da immagini e video. Sul tema e per ulteriori riferimenti bibliografici si rinvia, segnatamente, a R.A. Calvo – S. D'Mello – J. Gratch – A. Kappas, *The Oxford Handbook of Affective Computing*, Oxford, 2015.

(o c.d. bio-caratteristiche) e identificarne le emozioni[87]. Questi sistemi implicano, da un lato, un processo di «datificazione» delle emozioni umane, e dall'altro, una categorizzazione delle persone fisiche sulla base delle loro emozioni[88]. Le emozioni sono infatti considerate come uno strumento per determinarne la personalità e l'identità, con lo scopo di costruire il profilo di una persona fisica e di prevederne il comportamento[89].

L'art. 3, par. 39, del regolamento definisce un sistema di riconoscimento delle emozioni come un «sistema di IA finalizzato all'identificazione o all'inferenza di emozioni o intenzioni di persone fisiche sulla base dei loro dati biometrici». In particolare, come chiarito nel considerando 18, la nozione fa riferimento «a emozioni o intenzioni quali felicità, tristezza, rabbia, sorpresa, disgusto, imbarazzo, eccitazione, vergogna, disprezzo, soddisfazione e divertimento. Non comprende stati fisici, quali dolore o affaticamento […]. Non comprende neppure la semplice individuazione di espressioni, gesti o movimenti immediatamente evidenti, a meno che non siano utilizzati per identificare o inferire emozioni».

Orbene, l'art. 5, par. 1, lett. f), include tra le pratiche vietate, perché considerate inaccettabili, i sistemi di «riconoscimento delle emozioni» di una persona fisica, ma ne circoscrive tuttavia l'applicazione a due ambiti ben precisi e prevedendo alcune eccezioni non molto chiare: il divieto trova infatti applicazione solo in riferimento all'ambito lavorativo e a quello scolastico, salvo poi che un simile sistema sia destinato a essere implementato o immesso sul mercato per motivi medici o di sicurezza. Se ne deduce, quindi, la possibile applicazione nel contesto della migrazione e dei controlli alle frontiere.

Le problematiche derivanti dall'esclusione del settore della migrazione e dei controlli alle frontiere dall'ambito di applicazione del divieto in parola dipendono innanzitutto da questioni di natura etica, data la

[87] P. Filippi, *Emotion Communication through Voice Modulation: Insights on Biological and Evolutionary Underpinnings of Language. Theoria et Historia Scientiarum*, 2019, p. 83 ss.; J. Buolamwini – V. Ordóñez – J. Morgenstern – E. Learned-Miller, *Facial Recognition Technologies: A Primer*, p. 4-5, www.people.cs.umass.edu, 29 May 2020; T.M. Wani et al., *A Comprehensive Review of Speech Emotion Recognition Systems*, in *IEEE Access*, p. 47795 ss., www.iris.uniroma1.it, 2021; S. Pal – S. Mukhopadhyay – N. Suryadevara, *Development and Progress in Sensors and Technologies for Human Emotion Recognition*, in *Sensors*, 2021, p. 5554 ss.

[88] H. Ruschemeier, *Data Broker and European Digital Legislation*, in *EDPL - European Data Protection Legislation*, 2023, p. 27-38; R. Montinaro, *Riconoscimento delle emozioni e marketing personalizzato*, in *Persona e Mercato*, 2024, p. 849.

[89] R. Montinaro, *op. cit.*, p. 850.

difficoltà di stabilire cosa sia un'emozione[90], e dalla dubbia accuratezza di simili sistemi[91], nonché dalla circostanza che il rilevamento delle emozioni costituisce di fatto una vera e propria forma di «sorveglianza altamente invasiva». Tale forma di sorveglianza «*involves the mass collection of sensitive personal data in invisible and unaccountable ways, enabling the tracking, monitoring, and profiling of individuals, often in real time*»[92], trattandosi di tecnologie pseudoscientifiche[93], che deducono le emozioni utilizzando i dati biometrici di un individuo, considerate scientificamente discutibili e fondamentalmente incompatibili con alcuni diritti umani fondamentali[94]. Il ricorso a questi sistemi tende infatti a rafforzare un processo di *racialized suspicion* nei confronti dei migranti e ad automatizzare *discriminatory assumptions*[95].

A ben vedere, con gli emendamenti proposti dal Parlamento europeo all'AI Act nel corso del complesso iter legislativo che ne ha preceduto la

---

[90] European Parliament, *Regulating Facial Recognition in the EU*, p. 4, www.europarl.europa.eu, September 2021.

[91] E. Selinger, *AI Can't Detect our Emotions*, in *Medium*, www.onezero.medium.com, 6 April 2021. La gran parte degli strumenti di riconoscimento delle emozioni si basa, infatti, sulla controversa teoria delle *basic emotions* di Paul Ekman, che individua *universal categories of basic emotions* e indica come queste possano essere dedotte a partire dalle espressioni facciali, P. Ekman, *Basic Emotions*, in T. Dalgleish – M. Power (eds.), *Handbook of Cognition and Emotions*, New York, 1999, p. 45 ss. Tuttavia, non solo il riconoscimento delle emozioni è un processo molto più complesso, dipendente da fattori di varia natura, ma sussistono seri dubbi sulla capacità dei sistemi attuali, e persino di quelli futuri, di realizzare effettivamente ciò che promettono. Al riguardo, si vedano, *ex multis*, K. Krys et al., *Be Careful Where You Smile: Culture Shapes Judgments of Intelligence and Honesty of Smiling Individuals*, in *Journal of Nonverbal Behaviour*, 2015, p. 101-116; L. Feldman Barrett – R. Adolphs – S.D. Pollak – S. Marsella – A.M. Martinez, *Emotional Expressions Reconsidered: Challenges to Inferring Emotion From Human Facial Movements*, in *Psychological Science in the Public Interest*, 2019, pp. 1-68; A. Korte, *Facial-Recognition Technologies Cannot Read Emotions, Scientists Say*, in *American Association for the Advancement of Science*, www.aaas.org, 6 April 2021.

[92] Article 19, *Emotional Entanglement: China's Emotion Recognition Market and its Implications for Human Rights*, London, p. 15, www.article19.org, 2021.

[93] F. Cabitza – A. Campagner – M. Mattioli, *The Unbearable (Technical) Unreliability of Automated Facial Emotion Recognition*, in *Big Data and Society*, 2022, p. 1-17; V. Marda – E. Jakubowska, *Emotion (Mis)Recognition: is the EU Missing the Point?*, in *European Digital Rights (EDRi)*, www.edri.org, 2 February 2023; J. Kanestrøm, *Is it Acceptable for Artificial Intelligence to Read Your Emotions?*, in *Research News from the University of Oslo*, www.uio.no, 21 January 2025.

[94] V. Marda – E. Jakubowska, *op. cit.*

[95] Access Now et al., *The EU AI Act Must Protect People on the Move*, www.edri.org, 6 February 2023.

definitiva adozione[96], sembrano essere state colte ed accolte le criticità evidenziate. Ed infatti, queste preoccupazioni risultano condivise ove si consideri che nel considerando 44 dell'atto vengono evidenziati i seri timori in merito «alla base scientifica dei sistemi di IA volti a identificare o inferire emozioni, in particolare perché l'espressione delle emozioni varia notevolmente in base alle culture e alle situazioni e persino in relazione a una stessa persona». Questi sistemi vengono infatti considerati carenti a causa della limitata affidabilità, della mancanza di specificità e della limitata generalizzabilità e perché, utilizzando i dati biometrici per identificare o inferire le emozioni, possono determinare «risultati discriminatori e possono essere invasivi dei diritti e delle libertà delle persone interessate», nonché «determinare un trattamento pregiudizievole o sfavorevole» (considerando 44).

Ciononostante, queste preoccupazioni non sembrano estendersi al settore migratorio, alla luce dell'esenzione prevista dall'art. 5, par. 1, lett. f). Al contrario, riteniamo che la possibilità di utilizzare questi sistemi nel contesto in esame non tenga conto dell'evidente effetto che potrebbero avere per i migranti, trattandosi di sistemi il cui impatto «*can be life changing*»[97], in particolare per il godimento di alcuni diritti fondamentali, in primis il diritto alla protezione dei dati personali sancito dall'art. 8 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, ma anche perché potenzialmente in grado di violare il principio di non-refoulement alla frontiera.

Peraltro, viene in rilievo un'ulteriore criticità legata al rischio di violazione che potrebbe derivare dall'impiego di sistemi di riconoscimento delle emozioni degli emergenti «neurodiritti»[98]. Questi possono essere definiti «*as ethical, legal, social or natural principles of freedom or entitlement related to a person's cerebral and mental domain*»[99] e sarebbero diretti a garantire la protezione di quella che viene definita mental privacy che denota l'ambito dei processi e delle esperienze cerebrali attivi di una persona, quali

[96] European Parliament, Amendments adopted by the European Parliament on 14 June 2023 on the proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council on laying down harmonised rules on artificial intelligence (Artificial Intelligence Act) and amending certain Union legislative acts (COM(2021)0206 – C9-0146/2021 – 2021/0106(COD)), P9_TA(2023)0236.

[97] IOM, *World Migration Report 2022*, Geneva, p. 16 ss., www.publications.iom.int, 2022.

[98] M. Tuozzo, *Note intorno al (futuro) Artificial Intelligence Act. Prospettive costituzionali e sfide dell'immigrazione nell'ecosistema digitale*, in *Diritto pubblico europeo*, 2024, p. 221 ss.

[99] European Parliament, *The Protection of Mental Privacy in the Area of Neuroscience. Societal, Legal and Ethical Challenges*, p. 38 ss., www.europarl.europa.eu, July 2024.

percezioni, pensieri, emozioni, volontà[100] dalle neuroscienze, dalle neurotecnologie e da quella branca dell'intelligenza artificiale dedita allo sviluppo di sistemi di comprensione scientifica dei processi cerebrali[101].

Il riferimento è alle possibili violazioni che potrebbero derivarne per la «libertà cognitiva» dell'individuo, vale a dire la sua capacità di esercitare il controllo sulla propria coscienza, minandone l'autonomia personale e la dignità[102], e quindi per il diritto «*to mental self-determination guarantees individuals sovereignty over their minds*»[103].

Posto che le questioni aperte dall'emersione di questa nuova categoria di diritti e della libertà cognitiva rimangono ancora ampiamente inesplorate in dottrina non possono ignorarsi le implicazioni che i sistemi di riconoscimento delle emozioni potrebbero determinare anche per i neurodiritti dei cittadini di Paesi terzi interessati dai controlli di gestione delle frontiere dell'UE sempre più affidati a questi sistemi.

Di conseguenza, la mancata estensione del divieto di cui all'art. 5, par. 1, lett. f) al settore della gestione della migrazione e del controllo alle frontiere non sorprende, se si considera che da tempo l'UE sta sostenendo ingenti investimenti[104] nella ricerca e sviluppo di poligrafi, lie detectors e sistemi di riconoscimento facciale e delle emozioni[105] a fini di controllo degli

---

[100] P. Kellmeyer, *«Neurorights». A Human Rights-Based Approach for Governing Neurotechnologies*, in S. Voeneky – P. Kellmeyer – O. Mueller – W. Burgard (eds.), *The Cambridge Handbook of Responsible Artificial Intelligence. Interdisciplinary Perspectives*, Cambridge, 2022, p. 414 ss.

[101] *Ibid.*, p. 412. Inoltre, sul tema si rinvia a N. Hertz, *Neurorights – Do we Need new Human Rights? A Reconsideration of the Right to Freedom of Thought*, in *Neuroetichs*, 2023, p. 1-15; UNESCO, *The Risks and Challenges of Neurotechnologies for Human Rights*, Milano-New York, 2023; C. Bublitz, *Neurotechnologies and Human Rights: Restating and Reaffirming the Multi-Layered Protection of the Person*, in *The International Journal of Human Rights*, 2024, p. 782-807.

[102] M. Ienca, *On Artificial Intelligence and Manipulation*, in *Topoi*, 2023, p. 833-842, in particolare p. 838.

[103] J.C. Bublitz, *My Mind is Mine!? Cognitive Liberty as a Legal Concept*, in E. Hildt – A. Francke (eds.), *Cognitive Enhancement*, Cham, 2013, p. 233-264, in specie p. 242.

[104] Sugli investimenti nello sviluppo di sistemi di IA per il controllo dell'immigrazione da parte dell'Unione europea si veda S. Penasa, *Intelligenza artificiale e diritti: verso un diritto «algoritmico» dell'immigrazione?*, in F. Biondi Dal Monte – M. Forti – L. Ranieri (a cura di), *Migrazioni e governance digitale. Persone e dati alle frontiere dell'Europa*, Roma, 2024, p. 17-48.

[105] Al riguardo si veda European Parliament, *Migration and Border Management. Heading 4 of the 2021-2027 MFF*, www.europarl.europa.eu, April 2021; Statewatch, *EU Has Spent over €340 Million on Border AI Technology that New Law Fails to Regulate*, www.statewatch.org, 12 May 2022.

attraversamenti dei suoi confini esterni, nonostante i problemi rilevati. Un'esclusione che trova peraltro conferma nelle citate linee guida della Commissione europea che, nell'indicare quali sistemi non rientrano nel campo di applicazione della norma, chiarisce che i sistemi di riconoscimento delle emozioni utilizzati in tutti gli altri ambiti, ad eccezione del mondo del lavoro e degli istituti scolastici, non rientrano nel divieto di cui all'art. 5, par. 1, lett. f), ma sono considerati ad alto rischio e possono essere vietati solo in determinate circostanze ovverosia qualora ricadano nei divieti definiti nelle lett. a) e b) del par. 1 dell'art. 5[106]. Questa impostazione tende dunque a confermare l'idea che con il regolamento sull'intelligenza artificiale sia stato creato un quadro giuridico parallelo per l'impiego dei sistemi di IA nel settore della gestione della migrazione e dei controlli alle frontiere[107].

3.3 *Segue: esenzione dei sistemi di categorizzazione biometrica utilizzati nelle attività di contrasto e rischi di violazione del diritto alla protezione dei dati personali dei migranti per esigenze di sicurezza.*

Un'ultima, significativa esenzione che rileva nell'ambito della presente analisi è quella prevista dalla successiva lett. g) del par. 1 dell'art. 5 del regolamento (UE) 2024/1689 con riferimento ai sistemi di categorizzazione biometrica.

La disposizione sancisce il divieto di immissione, messa in servizio o uso di «sistemi di categorizzazione biometrica» – vale a dire sistemi che utilizzano «i dati biometrici di persone fisiche al fine di assegnarle a categorie specifiche» (art. 3, par. 40) – che «classificano individualmente le persone fisiche sulla base dei loro dati biometrici per trarre deduzioni o inferenze in merito a razza, opinioni politiche, appartenenza sindacale, convinzioni religiose o filosofiche, vita sessuale o orientamento sessuale», specificando però che tale divieto non si estende ai sistemi di etichettatura o filtraggio «di dati biometrici acquisiti legalmente, come le immagini, sulla base di dati biometrici o della categorizzazione di dati biometrici nel settore delle attività di contrasto» che, anche in questo caso, rientreranno tra i sistemi ad alto rischio dell'Allegato III.

La categorizzazione biometrica che, come noto, ha lo scopo di stabilire l'appartenenza di un individuo ad una precisa categoria di persone

[106] European Commission, *Annex to the Communication to the Commission*, cit., p. 89.

[107] In tal senso, si veda AccessNow, *Joint Statement – A Dangerous Precedent: How the EU AI Act Fails Migrants and People on the Move*, www.accessnow.org, 13 March 2024.

sulla base di una caratteristica predefinita, è sottratta all'applicazione del divieto nell'ambito delle attività di contrasto che, in base a quanto indicato dall'art. 3, par. 45 del regolamento, comprendono tutte quelle attività svolte dalle «autorità di contrasto o per loro conto a fini di prevenzione, indagine, accertamento o perseguimento di reati o esecuzione di sanzioni penali, incluse la salvaguardia contro le minacce alla sicurezza pubblica e la prevenzione delle stesse»[108].

È da evidenziare che il regolamento sull'intelligenza artificiale, riprendendo quasi pedissequamente la definizione di cui all'art. 4, par. 14, del regolamento (UE) 2016/679 (GDPR)[109], qualifica i dati biometrici come «i dati personali ottenuti da un trattamento tecnico specifico relativi alle caratteristiche fisiche, fisiologiche o comportamentali di una persona fisica, quali le immagini facciali o i dati dattiloscopici» (art. 3, par. 34). Come noto, i dati biometrici costituiscono una categoria particolare di dati personali[110], la cui specificità è basata sul processo di estrazione ovvero sul trattamento tecnico specifico concernente determinate caratteristiche della persona[111], e

[108] Le autorità di contrasto cui fa riferimento il regolamento includono «a) qualsiasi autorità pubblica competente in materia di prevenzione, indagine, accertamento o perseguimento di reati o esecuzione di sanzioni penali, incluse la salvaguardia contro le minacce alla sicurezza pubblica e la prevenzione delle stesse; oppure b) qualsiasi altro organismo o entità incaricati dal diritto dello Stato membro di esercitare l'autorità pubblica e i poteri pubblici a fini di prevenzione, indagine, accertamento o perseguimento di reati o esecuzione di sanzioni penali, incluse la salvaguardia contro le minacce alla sicurezza pubblica e la prevenzione delle stesse».

[109] «Dati personali ottenuti da un trattamento tecnico specifico, relativi alle caratteristiche fisiche, fisiologiche o comportamentali di una persona fisica e che ne consentono o confermano l'identificazione univoca, quali l'immagine facciale o i dati dattiloscopici», Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 aprile 2016, relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la direttiva 95/46/CE (regolamento generale sulla protezione dei dati).

[110] Ai sensi dell'art. 4, par. 1 del GDPR per «dato personale» si intende «qualsiasi informazione riguardante una persona fisica identificata o identificabile ('interessato'); si considera identificabile la persona fisica che può essere identificata, direttamente o indirettamente, con particolare riferimento a un identificativo come il nome, un numero di identificazione, dati relativi all'ubicazione, un identificativo online o a uno o più elementi caratteristici della sua identità fisica, fisiologica, genetica, psichica, economica, culturale o sociale».

[111] G. Contaldi, *Intelligenza artificiale e dati personali*, in *Ordine internazionale e diritti umani*, 2021, p. 1193-1213; A.C. Nazzaro, *La tutela dei dati biometrici tra GDPR e AI Act*, in *European Journal of Privacy Law and Technology*, 2024, p. 37-53.

rientrano nel novero dei c.d. «dati sensibili» di cui al par. 1, dell'art. 9, GDPR.

Tali dati possono essere utilizzati per molteplici scopi[112], inclusa la lotta alle attività criminali e avverso possibili minacce alla sicurezza pubblica da parte delle forze dell'ordine[113]. Tuttavia, la gran parte di questi strumenti si basa sul trattamento automatizzato dei dati in parola; il che solleva non poche perplessità sulla loro effettiva capacità di tutelare gli interessati da possibili ingerenze con diritti considerati fondamentali, quali il diritto alla protezione dei dati personali di cui all'art. 8 della Carta di Nizza e il diritto al rispetto della vita privata di cui all'art. 7.

Questa previsione appare particolarmente significativa in un contesto come quello dei controlli alle frontiere se si considera che gli attori impegnati nella gestione dei controlli si ritrovano a trattare una quantità indefinita di dati biometrici dei migranti anche (e soprattutto) al fine di garantire una maggiore sicurezza dei Paesi di destinazione. La categorizzazione biometrica basata sull'etichettatura o il filtraggio di set di dati biometrici cui fa riferimento l'art. 5, par. 1, lett. g) dell'AI Act costituisce infatti una forma di trattamento automatizzato di dati biometrici.

Trattandosi, come detto, di dati sensibili, in linea di principio ne è vietato o limitato il trattamento[114], salvo che ricorra una delle condizioni specificamente indicate al par. 2 dell'art. 9 GDPR[115], ad esempio quando «necessario per motivi di interesse pubblico» purché il trattamento risulti «proporzionato alla finalità perseguita» e avvenga nel rispetto della «essenza del diritto alla protezione dei dati» e prevedendo «misure appropriate e specifiche per tutelare i diritti fondamentali e gli interessi dell'interessato» (lett. g), posto che il regolamento sull'IA non pregiudica l'applicazione del vigente diritto dell'Unione in tema di trattamento dei dati personali. Con riferimento a questa tipologia di dati, che consentono di identificare una persona fisica o ne confermano l'identificazione, la liceità del trattamento è

[112] E. Brouwer, *Digital Borders and Real Rights. Effective Remedies for Third-Country Nationals in the Schengen Information System*, Leiden-Boston, 2008, p. 137 ss.

[113] M. Forti, *Flussi migratori e protezione dei dati personali: alla ricerca di un punto di equilibrio tra sicurezza pubblica e tutela della privacy dei migranti e dei rifugiati all'interno del territorio europeo*, in *Rivista di diritto dei media*, 2020, p. 212-230.

[114] «È vietato trattare dati personali che rivelino l'origine razziale o etnica, le opinioni politiche, le convinzioni religiose o filosofiche, o l'appartenenza sindacale, nonché trattare dati genetici, dati biometrici intesi a identificare in modo univoco una persona fisica, dati relativi alla salute o alla vita sessuale o all'orientamento sessuale della persona».

[115] L'art. 9, par. 2 del GDPR indica nelle lettere da a) a j) in quali casi il par. 1 non si applica.

ancorata al requisito del consenso dell'interessato o, in alternativa (e per quanto qui rileva) al criterio della necessità.

Poste tali premesse, ciò che si teme è che il ricorso a sistemi di categorizzazione biometrica nell'ambito dei controlli alle frontiere potrebbe farsi rientrare nell'alveo di tale deroga, alla luce di sopravvenute esigenze di tutela della sicurezza pubblica. È pur vero che tale deroga prevede che sia assicurata la protezione dei diritti fondamentali e i principi sanciti dal GDPR. Infatti, come stabilito dall'art. 5 GDPR, che indica quali sono i principi che devono informare il trattamento dei dati personali (liceità, correttezza e trasparenza; limitazione della finalità; minimizzazione dei dati; esattezza; minimizzazione della conservazione; integrità e riservatezza; responsabilizzazione), il trattamento deve avvenire in modo da prevenire, o perlomeno minimizzare, eventuali rischi per i diritti fondamentali delle persone fisiche[116].

Viene quindi in rilievo il profilo delle limitazioni all'esercizio dei diritti e delle libertà riconosciuti dalla Carta dei diritti fondamentali. In particolare, conformemente al dettato dell'art. 52, par. 1, della Carta eventuali limitazioni all'esercizio dei diritti e delle libertà ivi sanciti «devono essere previste dalla legge e rispettare il contenuto essenziale di detti diritti e libertà» e quindi, alla luce del principio di proporzionalità, non devono andare oltre quanto strettamente necessario e rispondere a finalità di interesse generale[117].

Il che trova conferma anzitutto nella giurisprudenza della CGUE, la quale ha più volte precisato che, trattandosi di una categoria particolare di dati sensibili, il relativo trattamento può essere considerato lecito solo qualora l'ingerenza nei suddetti diritti e le relative limitazioni non vadano oltre quanto «strettamente necessario», risultando quindi escluso qualsiasi trattamento di carattere generale o sistematico[118]. Inoltre, sul punto è

[116] R. Bendinelli, *Le norme sul trattamento dei dati personali dei richiedenti asilo nell'Unione europea: talune criticità rispetto al caso dell'interessato minorenne*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, 2024, p. 8.

[117] F. Mollo, *Il trattamento dei dati biometrici nell'IA Act: intersezioni tra la normativa di protezione dei dati e la nuova disciplina europea dell'intelligenza artificiale*, p. 112 ss, www.federalismi.it, 2024.

[118] Si veda, da ultimo, Corte giust., 8 aprile 2014, C-293/12 e C-594/12, *Digital Rights Ireland*, in cui si legge che «conformemente all'articolo 52, paragrafo 1, della Carta, eventuali limitazioni all'esercizio dei diritti e delle libertà riconosciuti da quest'ultima devono essere previste dalla legge, rispettare il loro contenuto essenziale e, nel rispetto del principio di proporzionalità, possono essere apportate limitazioni a detti diritti e libertà solo laddove

intervenuta anche la Corte europea dei diritti dell'uomo (Corte EDU) a più riprese. Richiamando l'art. 8 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo sul diritto al rispetto della vita privata e familiare[119], ha chiarito che «un'ingerenza [nel diritto al rispetto della vita privata e familiare] può essere giustificata ai sensi dell'articolo 8, paragrafo 2 [della Convenzione europea dei diritti dell'uomo], solo se essa è conforme alla legge, se persegue uno o più degli obiettivi legittimi a cui si riferisce il paragrafo 2 dell'articolo 8 e se è necessaria in una società democratica per raggiungere tali obiettivi»[120]. La Corte EDU ha inoltre chiarito che le ingerenze con questo diritto possono essere giustificate solo per ragioni di necessità nazionale e, pur attribuendo un'ampia discrezionalità alle autorità competenti per la valutazione della necessità di una eventuale ingerenza per ragioni di sicurezza, ciò non può giustificare illegittime violazioni dei diritti fondamentali degli interessati[121].

Tuttavia, i dati biometrici oggetto di categorizzazione riguardanti i migranti che giungono ai confini dell'Unione vengono generalmente raccolti e conservati in appositi database al fine di poter accertare in qualunque momento se costituiscano o meno una minaccia per la sicurezza, aprendo al chiaro rischio di una possibile profilazione del migrante in grado di incidere sul godimento di alcuni dei suoi diritti fondamentali nonché su eventuali decisioni relative al rilascio del visto e del permesso di soggiorno. A tal proposito, l'art. 22 GDPR stabilisce il diritto a «non essere sottoposto a una decisione basata unicamente sul trattamento automatizzato, compresa la profilazione, che produca effetti giuridici che lo riguardano o che incida in modo analogo significativamente sulla sua persona». Sebbene tale diritto venga meno ai sensi del par. 2, lett. b) dell'art. 22 GDPR qualora il processo decisionale automatizzato sia autorizzato «dal diritto dell'Unione o dello Stato membro cui è soggetto il titolare del trattamento», devono in ogni caso

siano necessarie e rispondano effettivamente a finalità di interesse generale riconosciute dall'Unione o all'esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui», punto 38.

[119] «1. Ogni persona ha diritto al rispetto della propria vita privata e familiare, del proprio domicilio e della propria corrispondenza. 2. Non può esservi ingerenza di una autorità pubblica nell'esercizio di tale diritto a meno che tale ingerenza sia prevista dalla legge e costituisca una misura che, in una società democratica, è necessaria alla sicurezza nazionale, alla pubblica sicurezza, al benessere economico del paese, alla difesa dell'ordine e alla prevenzione dei reati, alla protezione della salute o della morale, o alla protezione dei diritti e delle libertà altrui», Convenzione europea dei diritti dell'uomo, 4 dicembre 1950.

[120] Corte EDU, 4 luglio 2023, ric. 11519/20, *Glukhin* v. *Russia*, par. 75.

[121] Si veda, *ex multis*, Corte EDU, 26 marzo 1987, ric. 9248/81, *Leander* c. *Svezia*; 22 settembre 1993, ric. 15473/89, *Klaas* c. *Germania*. Inoltre, in dottrina, E. Brouwer, *op. cit.*, p. 173 ss.; M. Forti, *op. cit.*, p. 217 ss.

essere previste «misure adeguate a tutela dei diritti, delle libertà e dei legittimi interessi dell'interessato».

In conclusione, ciò che si teme è che l'esenzione prevista dall'art. 5, par. 1, lett. g) dell'AI Act non sia in grado di assicurare il necessario bilanciamento tra le esigenze di salvaguardia avverso eventuali minacce che caratterizzano le attività di contrasto cui fa riferimento e la necessità di impedire la violazione del diritto alla protezione dei dati anche nei confronti dei migranti che, arrivati alle frontiere, vengono sottoposti a simili controlli[122].

4. *Conclusioni.*

Il rafforzamento dei confini europei è sempre più intrinsecamente legato all'uso delle tecnologie digitali, in specie ai sistemi di intelligenza artificiale. Dai passaporti biometrici e gli *Automated Border Control systems* (ABC)[123] ai droni, ai sensori e alle tecnologie di rilevamento utilizzate per prevenire e individuare i migranti irregolari, le tecnologie digitali sono diventate una componente chiave della politica migratoria europea e del processo di costruzione della "Fortezza Europa". Solo tra il 2014 e il 2022, l'UE ha stanziato oltre 250 milioni di euro per la realizzazione di 49 progetti volti a sviluppare tecnologie di frontiera[124] e con l'imminente presentazione

[122] Sul tema della tutela accordata dal GDPR ai migranti e richiedenti protezione internazionale si veda R. Bendinelli, *op. cit.*; M. Forti, *op. cit.*; V. Ferraris, *Eurodac e i limiti della legge: quando il diritto alla protezione dei dati personali non esiste*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, 2017, p. 1-16; B. Hayes, *Migration and Data Protection: Doing no Harm in an Age of Mass Displacement, Mass Surveillance and «Big Data»*, in *International Review of the Red Cross*, 2017, p. 179 ss.; M. Orofino, *Diritto all protezione dei dati personali e sicurezza: osservazioni critiche su una presunta contrapposizione*, in *Rivista di diritto dei media*, 2017, p. 82-104.

[123] I sistemi ABC sono progettati per sostituire i controlli manuali dei passaporti, richiedendo ai viaggiatori di inserire il passaporto in uno scanner, che cattura un'immagine della pagina con la foto. Il sistema scatta quindi una foto in tempo reale del volto del passeggero, la confronta con l'immagine del passaporto e, se l'algoritmo rileva una corrispondenza, il varco si apre automaticamente. Nell'Unione europea questi sistemi (come ABC4EU), sono finanziati nell'ambito del programma di ricerca *Horizon* e sono stati introdotti come progetti pilota, al fine di testare i miglioramenti che apportano all'identificazione dei passeggeri ai valichi di frontiera in termini di velocità, sicurezza e automazione di alcune azioni durante i controlli di frontiera. Informazioni dettagliate sul sistema ABC4EU sono disponibili sul sito: www.cordis.europa.eu.

[124] Statewatch, *Automating the Fortress: Digital Technologies and European Borders*, www.statewatch.org, 6 June 2024.

del nuovo bilancio dell'Unione per il periodo 2028-2034, ciò che si prospetta è «*an increase of funds available for migration […] in several areas, including […] the so-called innovative solutions*»[125].

L'adozione del regolamento sull'intelligenza artificiale ha costituito senza dubbio «*a pivotal moment*»[126] nella regolamentazione dei sistemi di IA impiegati nell'UE, inclusi quelli impiegati nel contesto migratorio e della gestione delle frontiere. Ispirandosi ad un approccio *risk-based*, si è detto che il regolamento classifica i sistemi di IA secondo «una struttura piramidale a rischio crescente»[127] suddivisa in quattro distinti livelli di rischio dipendenti dall'uso di un dato sistema. Tra questi, l'art. 5, in vigore dal 2 febbraio 2025, stabilisce un divieto di immissione, messa in servizio ed utilizzo di quelle pratiche che sono considerate «inaccettabili» a causa della loro contrarietà ai valori dell'Unione, quali il rispetto della dignità umana, la libertà, l'uguaglianza, nonché i diritti fondamentali sanciti dalla Carta, compresi il diritto alla non discriminazione, alla protezione dei dati e alla vita privata e i diritti dei minori.

Ciononostante, come è stato osservato, la previsione di una serie di deroghe all'applicazione del divieto, in specie nel settore del controllo alle frontiere, sembra andare in senso contrario all'intento dichiarato di voler istituire «un sistema di regole armonizzate in materia di IA per promuovere lo sviluppo, l'uso e l'adozione dell'IA nel mercato interno, garantendo nel contempo un elevato livello di protezione degli interessi pubblici, quali […] la protezione dei diritti fondamentali» (considerando 8).

L'esenzione di cui alla lett. d) del par. 1, art. 5 concernente i sistemi di *predictive policing* mina notevolmente l'efficacia del divieto, che risulta indebolito dalla possibilità di un utilizzo dei sistemi in parola basata sulla funzione complementare rispetto alla valutazione umana, di cui non sono ben chiari la portata ed il significato, o in alternativa, su esigenze di sicurezza nazionale, lasciando di fatto alle autorità interessate, nel primo caso, e agli Stati membri, nel secondo, un'ampia discrezionalità in merito al ricorso a sistemi predittivi di scarsa affidabilità per i rischi di stigmatizzazione e discriminazione cui possono dar vita. L'insieme di questi aspetti ridimensiona significativamente la portata del divieto, ostacolando una

[125] Council of the European Union, *Making the Best Use of the Financial Framework for Enhancing Comprehensive Cooperation on the External Dimension of Migration and Asylum*, Bruxelles, 12 June 2025, 9372/25, p. 5.

[126] N. Vavoula, *Regulating AI at EU's Borders*, cit.

[127] F. Mollo, *op. cit.*, p. 101.

tutela sostanziale dei diritti dei migranti che versano in una condizione già di per sé particolarmente vulnerabile.

Mutatis mutandis, un ordine analogo di considerazioni è stato svolto con riferimento alle esenzioni relative all'impiego di sistemi di riconoscimento delle emozioni e ai sistemi di categorizzazione biometrica nel settore delle attività di contrasto previste, rispettivamente, dalle lett. f) e g) del par. 1 dell'art. 5.

Quanto al primo divieto, è chiaro, anche da quanto indicato dalla Commissione europea nelle sue linee guida del 4 febbraio 2025, l'esclusione del settore dei controlli alle frontiere e della gestione dei flussi migratori dal campo di applicazione del divieto; il che appare sorprendente se si considerano i timori manifestati dallo stesso legislatore europeo in merito all'accuratezza, all'affidabilità e ai possibili effetti discriminatori cui le *emotion recognition technologies* possono dar vita, soprattutto in un contesto come quello dei controlli degli attraversamenti dei confini dell'Unione. Senza considerare, peraltro, che trattandosi di sistemi basati sul trattamento di dati biometrici si pongono evidenti rischi di violazione del diritto alla protezione dei dati personali riconosciuto dall'art. 8 della Carta dei diritti fondamentali.

Un simile rischio si rinviene anche con riferimento all'esenzione prevista dalla successiva lett. g) che esclude dall'alveo del divieto i sistemi di etichettatura e filtraggio dei dati biometrici impiegati nell'ambito delle attività di contrasto.

Tuttavia, l'eventuale ricorso a sistemi che attuano un trattamento automatizzato di questa categoria particolare di dati personali, anche se giustificato da sopravvenute esigenze di sicurezza, dovrebbe pur sempre avvenire nel rispetto delle necessarie garanzie a tutela dei diritti in gioco e, quindi, in conformità con il diritto vigente dell'UE in materia di protezione dei dati personali.

È chiaro, quindi, che seppur in linea teorica le pratiche cui fa riferimento l'art. 5 sono considerate «inaccettabili», classificazioni errate ed eccezioni all'applicazione del divieto in parola danno vita ad un approccio differenziato e volto, ancora una volta, alla securitizzazione nei confronti di migranti.

Ciò che si auspica è, da un lato, che la Commissione europea effettui quanto prima il riesame dell'elenco delle pratiche indicate nell'art. 5, come previsto dall'art. 112, par. 1 del regolamento e, qualora necessario, che presenti opportune proposte di modifica tenendo conto degli sviluppi tecnologici e dell'effetto dei sistemi di IA sui diritti fondamentali (par. 10), inclusi quelli dei migranti oggetto di controlli da parte delle autorità di

frontiera, col supporto dell'Ufficio per l'IA[128] al fine di includere nuovi sistemi nell'elenco delle pratiche vietate (par. 11, lett. b)); dall'altro, che l'intervento da parte delle Corti europee contribuisca a far luce sul preoccupante impatto che questi sistemi hanno sugli individui, in particolare se in condizione di vulnerabilità come nel caso dei migranti, imponendo un innalzamento del livello di protezione dei diritti a rischio di violazione rispetto a quello che, a nostro avviso, il regolamento (UE) 2024/1389 offre.

[128] L'Ufficio per l'IA è stato istituito con decisione della Commissione, del 24 gennaio 2024, C(2024) 390, e ha il compito di sviluppare competenze e capacità dell'Unione nel settore dell'IA e di contribuire all'attuazione del diritto dell'Unione in materia di IA.

***

ABSTRACT: The use of artificial intelligence systems is now a key component of European migration policy, and Fortress Europe is increasingly relying on the most innovative digital technologies for border control procedures. Regulation (EU) 2024/1689 on artificial intelligence (AI) prohibits the use of such systems, including in the context of migration governance and border controls. Article 5 of Regulation (EU) 2024/1689 prohibits the introduction, commissioning, and use of certain practices deemed «unacceptable» because they are contrary, *inter alia*, to EU values and fundamental rights as enshrined in the Charter of Fundamental Rights of the European Union. However, the regulation provides for certain exemptions from the use of these systems, which apply specifically to external border controls. This article provides an analysis of the practices prohibited under Article 5. 5 of the AI Act that are most relevant in the context under consideration and, in particular, the problems arising from the regime of exceptions to the fundamental rights of migrants to which the law gives rise by virtue of the failure to exclude from the scope of the ban certain AI systems that are increasingly used in the sector under consideration.

KEYWORDS: AI Act – border control – migration – biometric data – prohibited AI practices

***

Francesca Di Gianni – Assegnista di ricerca in Diritto dell'Unione europea, Università degli studi di Bari Aldo Moro (francesca.digianni@uniba.it)

RIVISTA DI
DIRITTI COMPARATI

Dall'emergenza percepita all'emergenza reale: la migrazione economica come sfida strutturale per l'Unione europea *

Chiara Favilli

SOMMARIO: 1. L'emergenza «percepita» quale cifra ispiratrice delle politiche di immigrazione e asilo dell'Unione europea. – 2. L'emergenza «reale»: l'inverno demografico e la carenza di manodopera. – 3. Il quadro giuridico dell'Unione europea in materia di migrazione legale. – 4. La proposta di regolamento sul bacino dei talenti. – 5. La necessità di un'agenzia dell'Unione per la gestione della migrazione legale. – 6. Conclusioni.

1. *L'emergenza «percepita» quale cifra ispiratrice delle politiche di immigrazione e asilo dell'Unione europea*

L'emergenza costituisce la cifra ispiratrice che guida l'azione dell'Unione e degli Stati membri in materia di politiche d'immigrazione e di asilo. Un'emergenza in gran parte sopravvalutata, si potrebbe dire «percepita» e che costituisce, al contempo, causa ed effetto della mancanza di misure basate su un'accurata analisi della realtà e capaci di produrre positivi effetti di medio e lungo periodo[1].

Gli atti adottati dall'Unione sono numerosi, anche quelli di natura legislativa, ma le carenze restano tuttora significative. L'immigrazione è, infatti, una materia per sua natura interdisciplinare: i settori più direttamente coinvolti sono quelli del lavoro, dell'economia e delle politiche sociali che, invece, paradossalmente sono considerate competenze solo indirettamente migratorie. Inoltre, a livello europeo, queste sono competenze deboli, risultando oggettivamente molto difficile l'adozione di politiche comuni efficaci. Questo significa che, anche laddove ci fosse la volontà politica di affrontare la questione in modo strutturale, l'Unione Europea incontrerebbe comunque forti limiti. Per di più, le misure proposte dalla Commissione europea, soprattutto le prime avanzate subito dopo

* L'articolo è stato sottoposto, in conformità al regolamento della Rivista, a *double-blind peer review*.

[1] H. De Haas, *Migrazioni: La verità oltre le ideologie. Dati alla mano*, Torino, 2024.

l'attribuzione di competenza nel 1999, sono state accolte dagli Stati membri con atteggiamenti di chiusura, se non di antagonismo, in spregio al principio di leale cooperazione, che dovrebbe invece guidare i rapporti tra l'Unione e gli Stati[2]. In aggiunta, nell'ambito del Consiglio dell'Unione europea prevalgono soprattutto le priorità definite dai Ministri dell'interno dei Paesi membri[3]. In particolare, a livello di Unione europea, tutte le misure rilevanti sono discusse e adottate in seno al Consiglio Giustizia e affari interni, nell'ambito di un'agenda politica blindata attorno ad un ventaglio di misure limitate, con altrettanto limitati margini di cambiamento all'interno di ciascun negoziato. Ecco che gli ingredienti di questa politica sono costituiti dal controllo delle frontiere, dal rilascio dei visti e dei permessi di soggiorno e dall'allontanamento di chi non è più gradito. Anche in materia di asilo è prevalsa, soprattutto nell'ultimo decennio, una strategia di contrasto all'abuso del diritto, piuttosto che di miglioramento del sistema. La riforma adottata nell'ambito del *Nuovo patto sulla migrazione e l'asilo* costituisce il trionfo di questo approccio: i dieci atti adottati il 14 maggio 2024, quasi tutti regolamenti, in gran parte sostitutivi di direttive già in vigore, esaltano l'approccio securitario sin qui perseguito dall'Unione, irrigidiscono il sistema Dublino e ostacolano l'accesso al territorio, ampliando i presupposti e i tempi del trattenimento alla frontiera dei richiedenti protezione internazionale[4]. Tra questi, sono completamente assenti misure sulla gestione della migrazione regolare per motivi economici, tant'è che, in coerenza con il suo contenuto, il Patto andrebbe ribattezzato in *Nuovo patto per il contrasto dell'abuso del diritto d'asilo, dell'immigrazione irregolare e per il controllo delle frontiere*.

2. *L'emergenza «reale»: l'inverno demografico e la carenza di manodopera*

Nella Comunicazione del 2020 di presentazione delle misure del Nuovo Patto, riecheggiando quanto scritto varie volte nei precedenti venti

[2] F. Casolari, *Leale cooperazione tra Stati membri e Unione europea*, Napoli, 2020.

[3] G. Campesi, *Polizia della frontiera. Frontex e la produzione dello spazio europeo*, Roma, 2015.

[4] F. Spitaleri, *La grande riforma del diritto dell'immigrazione e dell'asilo dell'Unione europea: un'analisi d'insieme nella prospettiva dei rapporti tra ordinamenti*, in *Eurojus*, 1, 2025, p. 255 ss.; E. Celoria - F. Rondine, *Escludere e disciplinare: linee di tendenza emergenti dal regolamento accertamenti, dal regolamento procedure e dalla direttiva accoglienza del Nuovo patto europeo sulla migrazione e l'asilo*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 1, 2025; G. Morgese (a cura di), *Il futuro del diritto e della politica migratoria europea: il Nuovo Patto e oltre*, in *Quaderni AISDUE*, fasc. spec. n. 4, 2024.

anni, la Commissione aveva ribadito che: «il calo demografico e l'invecchiamento della popolazione europea eserciteranno una pressione strutturale sul mercato del lavoro, aggravata da carenze specifiche di competenze in diverse località e settori quali la sanità, l'assistenza medica e l'agricoltura. L'agenda per le competenze per l'Europa aggiornata recentemente riconosce il contributo dei migranti che soggiornano legalmente alla riduzione delle carenze di competenze e all'aumento del dinamismo del mercato del lavoro dell'UE. […] Eppure, l'UE sta perdendo la corsa mondiale per attirare talenti. Sebbene spetti agli Stati membri decidere quante persone ammettere per motivi di lavoro, un quadro migliorato a livello di UE porrebbe gli Stati membri e le imprese nella migliore posizione possibile per attirare i talenti di cui hanno bisogno»[5].

Concetti espressi dalla stessa Commissione europea già venti anni prima, nel 2000, in occasione della prima comunicazione che aveva dedicato alla migrazione legale[6]. Ivi la Commissione aveva elaborato un proprio orientamento, prevalentemente basato su un approccio pragmatico. La Commissione europea ha infatti più volte ribadito che la politica migratoria è necessaria per gestire un fenomeno destinato a continuare nel tempo, sia per le condizioni geopolitiche dei Paesi di origine, sia per le esigenze della stessa Unione europea, caratterizzata da un calo demografico che deve essere colmato per mantenere e possibilmente accrescere il benessere economico dell'Unione. La Commissione ha più volte affermato che l'immigrazione non può essere contrastata ma che, al contrario, deve essere adeguatamente regolata[7].

[5] Commissione europea, Comunicazione COM(2000)757 del 22.11.2000 *su una politica comunitaria in materia di immigrazione*. Si vedano anche i corposi documenti: *Fitness check on EU Legislation on legal migration*, SWD(2019)1055 del 29 marzo 2019. Si vedano anche le analoghe posizioni assunte dal Parlamento europeo, *The Cost of Non-Europe in the Area of Legal Migration*, marzo 2019 e dal Comitato delle regioni, *I costi della non immigrazione e non integrazione*, doc. 2019/C 110/01 del 12 dicembre 2018.

[6] Comunicazione COM(2000)757 del 22.11.2000 *su una politica comunitaria in materia di immigrazione*. La Commissione muoveva dalla constatazione che l'immigrazione, essendo un fenomeno costante, non possa essere contrastato ma che, al contrario, vada adeguatamente regolato in modo da poterne trarre i massimi benefici; in aggiunta, secondo la Commissione le politiche di immigrazione «zero» adottate dai Paesi europei nei precedenti trenta anni non erano più adeguate considerando anche che l'andamento demografico dei Paesi dell'Unione europea e la crescente carenza di forza lavoro qualificata e non qualificata comportavano una sempre maggiore richiesta di lavoratori cittadini di Paesi terzi.

[7] *Comunicazione sulla migrazione* COM(2011)248 del 4 maggio 2011.

Sulla base di tali presupposti, la Commissione nel 2001 aveva anche presentato una proposta di direttiva sull'ingresso per motivi di lavoro[8], che mirava a regolare in modo organico l'ingresso e il soggiorno dei migranti c.d. economici, addirittura prospettando la possibilità di ingresso per ricerca di lavoro. Tuttavia, tale proposta non è mai stata approvata: lasciata in un binario morto, è stata poi definitivamente ritirata nel 2005, alla luce della netta opposizione dei Governi e delle mutate priorità nella realizzazione dello Spazio di libertà, sicurezza e giustizia concordate a partire dalla fine del 2001[9].

Più recentemente, analoghe esigenze sono evidenziate in modo analitico anche nel rapporto sul futuro della competitività europea presentato il 9 settembre 2024 da Mario Draghi, così come nel rapporto sul mercato interno, redatto a cura di Enrico Letta e presentato il 17 e 18 aprile 2024[10]. Nel Rapporto Draghi, la migrazione è collocata al centro della strategia europea sulla competitività, evidenziando come «la competitività dell'Europa dipenderà sempre più dalla sua capacità di attrarre e trattenere talenti, mentre il declino demografico e le carenze di manodopera gravano pesantemente sulle sue economie»[11]. L'attuale quadro normativo europeo in materia di migrazione legale è ritenuto profondamente inadeguato, in quanto «sottosviluppato e frammentato, lasciando l'Europa in svantaggio rispetto a paesi come Stati Uniti, Canada o Australia»[12]. Inoltre, nel rapporto si evidenzia come sia necessaria una ridefinizione della politica migratoria come politica economica e strutturale, piuttosto che come questione di sicurezza o emergenza: «[l]a politica migratoria dovrebbe essere ridefinita non solo come questione di sicurezza o risposta a emergenze, ma come

[8] *Proposta di direttiva relativa alle condizioni d'ingresso e di soggiorno dei cittadini di paesi terzi che intendono svolgere attività di lavoro subordinato o autonomo*, COM(2001)386 dell'11 luglio 2001, in GUUE C332E del 27 novembre 2001, 248-256.

[9] Il nuovo corso fu allora segnato dalla presentazione del *Libro verde sull'immigrazione per motivi economici*, in seguito al quale è stato adottato un Piano d'azione sull'immigrazione legale che è stato poi sostanzialmente confermato con il Programma di Stoccolma approvato a dicembre 2009.

[10] Si veda la pagina della Commissione europea dedicata al rapporto sulla competitività (disponibile al seguente link <https://commission.europa.eu/topics/eu-competitiveness/draghi-report_en#paragraph_47059>) e quella del Consiglio dedicata al rapporto sul mercato interno (disponibile al seguente link <https://www.consilium.europa.eu/media/ny3j24sm/much-more-than-a-market-report-by-enrico-letta.pdf>).

[11] Ivi, p. 42.

[12] Ivi, p. 43.

componente strutturale della strategia di crescita europea»[13]. Il rapporto incoraggia dunque ad adottare un approccio europeo alla migrazione del lavoro, integrato nelle priorità economiche di lungo periodo dell'Unione. Parallelamente, il Rapporto Letta colloca la migrazione e la mobilità del lavoro all'interno della stessa logica dell'integra zione europea. Il mercato unico viene definito come un «compito incompiuto» perché, a differenza di beni, servizi e capitali, la libera circolazione delle persone non è stata ancora pienamente realizzata[14]. In tale rapporto, inoltre, si sottolinea come politiche migratorie ben disegnate possano contribuire a ridurre le disparità regionali, rafforzare la resilienza sociale e stimolare la creatività in diversi settori, per giungere a proporre la creazione di una «Unione della Mobilità delle Persone», un quadro che integri la mobilità intra-UE e la migrazione da paesi terzi nella strategia del Mercato Unico[15].

In un quadro politico estremamente ideologizzato, soprattutto in tema di immigrazione, tutte queste documentate analisi e proposte rischiano di rimanere ancora senza risposta, analogamente a quanto accaduto alle proposte avanzate dalla Commissione europea sin dal 2000. È un'interessante dimostrazione di come l'inerzia delle istituzioni, combinata all'adozione di strumenti inadeguati, possa determinare la trasformazione di un fenomeno complesso e destinato a durare nel tempo in uno di carattere emergenziale.

3. *Il quadro giuridico dell'Unione europea in materia di migrazione legale*

Dopo il fallimento dell'adozione della direttiva sulla migrazione economica, la Commissione ha finito per proporre alcune normative che potremmo definire di contorno del fenomeno, ad impatto minimo sulla gestione dei flussi migratori[16]. Ciò nonostante che in base all'articolo 79 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione europea la competenza

[13] Ivi, p. 44.

[14] Rapporto sul mercato interno, cit., p. 67-68.

[15] Ivi, p. 71-74.

[16] R. Blanpain - F. Hendrickx - P. Herzfeld Olsson (eds.), *National Effects of the implementation of EU Directives on Labour Migration from Third Countries*, Alphen aan den Rijn, 2016; R. Nunin, *Le Migrazioni economiche nel Diritto dell'Unione europea*, in P. Bonetti - M. D'Onghia - P. Morozzo della Rocca - M. Savino (a cura di), *Immigrazione e lavoro: quali regole?*, Napoli, 2022, p. 467 ss.; E. Guild, *The EU's Internal Market and the Fragmentary Nature of EU Labour Migration*, in C. Costello - M. Freedland (eds.), *Migrants at Work: Immigration and Vulnerability in Labour Law*, Oxford 2014, p. 98 ss..

dell'Unione sia molto ampia, con l'unico limite stabilito al par. 4, in base al quale compete agli Stati membri di decidere il volume di ingressi di lavoratori stranieri sul proprio territorio. In base a questa disposizione, l'Unione non può allo stato attuale decidere i volumi di immigrazione economica, sui quali gli Stati membri mantengono il pieno controllo, ma può solo definire un eventuale quadro giuridico comune.

Le uniche direttive adottate riguardano i lavoratori qualificati, i ricercatori, i lavoratori stagionali e il trattamento delle persone già presenti nel territorio[17]. Esse coprono categorie specifiche, senza un approccio unitario, risultando questo un segmento dove massima è la frammentazione normativa tra gli Stati membri. Inoltre, la mobilità all'interno dell'Unione per i lavoratori migranti è circoscritta, per cui il mercato comune del lavoro è di fatto ancora molto limitato rispetto ai lavoratori migranti che non siano

[17] Si tratta della c.d. direttiva sulla Carta Blu dell'Unione europea (direttiva 2021/1883 del 20 ottobre 2021 sulle condizioni di ingresso e soggiorno dei cittadini di paesi terzi che intendano svolgere lavori altamente qualificati, e che abroga la direttiva 2009/50/Ce del Consiglio, in *GUUE* L 382/2021, p. 1 ss.) che riguarda i lavoratori altamente qualificati con il riconoscimento di una certa mobilità intra-UE; la c.d. direttiva sul permesso unico (direttiva 2011/98/Ue del 13 dicembre 2011, relativa a una procedura unica di domanda per il rilascio di un permesso unico che consente ai cittadini di paesi terzi di soggiornare e lavorare nel territorio di uno Stato membro e a un insieme comune di diritti per i lavoratori di paesi terzi che soggiornano regolarmente in uno Stato membro, in *GUUE* L 343/2011, p. 1 ss.), che stabilisce una procedura unica per il rilascio del permesso di soggiorno e lavoro, con il riconoscimento del diritto alla parità di trattamento tra lavoratori di Paesi terzi e cittadini Ue in materia di condizioni di lavoro, sicurezza sociale e accesso ai servizi pubblici; la c.d. Direttiva sui soggiornanti di lungo periodo (direttiva 2003/109/Ce del 25 novembre 2003 relativa allo status dei cittadini di paesi terzi che siano soggiornanti di lungo periodo, in *GUUE* L 16/2004, p. 44 ss.) che consente ai cittadini di Paesi terzi che hanno risieduto legalmente per almeno cinque anni in uno Stato membro di ottenere lo status di soggiornante di lungo periodo, dal quale discende il riconoscimento di diritti simili ai cittadini UE, senza tuttavia il diritto alla libertà di circolazione nell'Ue; la direttiva sui lavoratori stagionali (direttiva 2014/36/Ue del 26 febbraio 2014, sulle condizioni di ingresso e di soggiorno dei cittadini di paesi terzi per motivi di impiego in qualità di lavoratori stagionali, in *GUUE* L 94 del 28.3.2014, p. 375 ss.); la direttiva sui trasferimenti intra-societari (direttiva 2014/66/Ue del 15 maggio 2014, sulle condizioni di ingresso e soggiorno di cittadini di paesi terzi nell'ambito di trasferimenti intra-societari, in *GUUE* L 157 del 27.5.2014, p. 1 ss.) che regola il trasferimento temporaneo di dirigenti, specialisti e tirocinanti all'interno della stessa azienda da una sede extra-Ue a una filiale nell'Unione; direttiva sugli studenti e ricercatori (direttiva 2016/801/Ue dell'11 maggio 2016 relativa alle condizioni di ingresso e soggiorno dei cittadini di paesi terzi per motivi di ricerca, studio, tirocinio, volontariato, programmi di scambio di alunni o progetti educativi, e collocamento alla pari (rifusione), in *GUUE* L 132 del 21.5.2016, p. 22 ss.) che regola l'ingresso e il soggiorno di studenti, ricercatori e tirocinanti da Paesi terzi e prevede condizioni più flessibili per favorire la mobilità e il lavoro post-studio.

cittadini dell'Unione. In base al c.d. Codice frontiere Schengen, infatti, il titolare del visto di breve durata può circolare fino a 90 giorni in un periodo di 180 giorni nell'area Schengen[18]. Lo stesso diritto di circolazione è riconosciuto ai titolari di un permesso di soggiorno valido in uno Stato dell'Unione europea. Se però un cittadino di un Paese terzo desidera trasferirsi in uno Stato membro diverso da quello nel quale risiede e che gli ha rilasciato il permesso di soggiorno, deve ottenere un nuovo visto e permesso di soggiorno secondo le norme del Paese di destinazione. Lo stesso vale anche per i beneficiari di protezione internazionale. Anche al soggiornante di lungo periodo non è riconosciuto il diritto di soggiorno in altro Stato membro, potendo trasferirsi sono a condizione di rispettare le condizioni imposte dallo Stato di destinazione[19]. Analogamente, per quanto riguarda gli studenti e i ricercatori che, in base alla Direttiva 2016/801, possono trasferirsi ma sempre alle condizioni dettate dallo Stato di destinazione[20]. Solo i lavoratori altamente qualificati, secondo quanto disposto dalla direttiva 2021/883/Ue, che ha abrogato la precedente direttiva 2009/50/Ce, godono di una certa agevolazione alla circolazione, potendosi trasferire dopo i primi 12 mesi di soggiorno nello Stato membro che ha rilasciato la «Carta Blu UE» senza necessità di un nuovo visto ma sempre presentando una domanda per una nuova «Carta Blu Ue» nel nuovo Stato membro entro un mese dall'ingresso[21].

Come già anticipato, anche nell'ambito del *Nuovo Patto sulla migrazione e l'asilo*, tra i dieci atti approvati, nessuno è dedicato all'immigrazione economica. A questa, che dovrebbe costituire il cuore di ogni politica migratoria, sono state riservate azioni estremamente deboli, soprattutto rispetto alle sfide strutturali che, come si è cercato di evidenziare nel paragrafo precedente, l'Unione dovrebbe affrontare: una consultazione pubblica per individuare ulteriori misure normative e migliorare l'attrattività dell'Ue per i lavoratori migranti e la creazione di un bacino di talenti dell'Ue in parallelo alla conclusione dei partenariati coi Paesi terzi volti ad attirare talenti, per favorire il reclutamento internazionale e facilitare l'incontro tra

[18] Regolamento (Ue) 2016/399 del 9 marzo 2016, che istituisce un codice unionale relativo al regime di attraversamento delle frontiere da parte delle persone (codice frontiere Schengen) (codificazione), in *GUUE* L 77/2016, p. 1 ss.

[19] Direttiva 2003/109/Ce del 25 novembre 2003, cit., articoli 14-16.

[20] Direttiva 2016/801/Ue dell'11 maggio 2016, cit.

[21] Direttiva 2021/1883 del 20 ottobre 2021 sulle condizioni di ingresso e soggiorno dei cittadini di paesi terzi che intendano svolgere lavori altamente qualificati, e che abroga la direttiva 2009/50/Ce del Consiglio, in *GUUE* L 382/2021, p. 1 ss.

domanda e offerta di lavoro in settori specifici[22]. Lo scarto tra le esigenze dell'economia europea e questi strumenti individuati per affrontarle dimostra ancora una volta la riluttanza dei Governi degli Stati membri ad attribuire all'Unione un ruolo effettivo in questo segmento – cruciale - della politica migratoria.

4. *La proposta di regolamento sul bacino dei talenti.*

Dalle consultazioni previste nel Nuovo patto, finalmente, il 15 novembre 2023, la Commissione europea è riuscita a presentare un primo pacchetto di misure, pur se di contenuto piuttosto modesto[23]. Il pacchetto è costituito, infatti, oltre che dalla comunicazione introduttiva, da una proposta di regolamento per la creazione di un Bacino di talenti dell'Ue, su cui ci si soffermerà più ampiamente nel paragrafo seguente e da due raccomandazioni, ossia da due atti non vincolanti. Questi ultimi sono costituiti da una raccomandazione della Commissione sul riconoscimento delle qualifiche dei cittadini di Paesi terzi e da una proposta di raccomandazione del Consiglio sulle opportunità di mobilità ai fini dell'apprendimento per tutti. Nelle intenzioni della Commissione, le misure del pacchetto sulla mobilità dei talenti e delle competenze sono volte a facilitare la mobilità professionale, migliorare il riconoscimento delle qualifiche dei cittadini di Paesi terzi e potenziare le opportunità di mobilità ai fini dell'apprendimento per tutti. Ciò cercando di valorizzare il capitale umano già presente nell'Unione, con particolare attenzione a gruppi sottorappresentati e di attrarre nuovi talenti dall'estero, al fine di colmare carenze di manodopera e competenze in settori strategici.

Ancora una volta, il confronto con le misure adottate nell'ambito del Nuovo patto restituisce uno squilibrio straordinario e consente di osservare plasticamente la misura delle priorità dell'azione dell'Unione come definite dai Capi di Stato e di Governo nel Consiglio europeo. Per la disciplina dell'immigrazione regolare per motivi di lavoro, il cuore delle politiche migratorie, la Commissione ha potuto presentare solo due raccomandazioni

[22] *Infra*, nota n. 19.

[23] Il pacchetto include: una comunicazione sulla mobilità delle competenze e dei talenti, COM(2023)715; una proposta di regolamento per la creazione di un Bacino di talenti dell'Ue, COM(2023)716; una raccomandazione della Commissione sul riconoscimento delle qualifiche dei cittadini di Paesi terzi, C(2023)7700; una proposta di raccomandazione del Consiglio su opportunità di mobilità ai fini dell'apprendimento per tutti, COM(2023)719.

e una proposta di regolamento volta ad istituire una piattaforma per l'incontro tra domanda e offerta di lavoro.

Pur se poca cosa rispetto alle altre misure adottate dalle istituzioni europee, la proposta di costituire un bacino dei talenti dell'Unione europea deve essere salutata positivamente, perché costituisce una prima base per rilanciare la disciplina dell'immigrazione per motivi di lavoro da parte dell'Unione europea. Essa agisce nell'unico spazio possibile, quello del sostegno all'incontro tra domanda e offerta di lavoro, dato che la mancanza di consenso politico tra i Governi dell'Unione impedisce di adottare una disciplina dell'ingresso e del soggiorno dei cittadini di Paesi terzi.

La proposta mira, infatti, a creare un portale europeo online per l'incontro tra domanda e offerta di lavoro, nel quale le aziende stabilite negli Stati membri possono inserire le loro richieste di lavoratori e i cittadini di Paesi terzi possono candidarsi. Il successo di questo strumento dipenderà dal suo effettivo utilizzo, fermo rimanendo che la partecipazione degli Stati membri non è vincolante, bensì è volontaria. Tuttavia, una volta che abbiano deciso di partecipare, gli Stati aderenti potranno definire le proprie priorità (ad esempio indicando specifiche professioni carenti a livello nazionale) e pure mantenere la facoltà di aggiungere criteri e condizioni in linea con le loro legislazioni nazionali. Accanto alle liste nazionali, la Commissione per parte sua creerà una lista delle occupazioni carenti, ossia di quei settori e di quelle professioni comunemente carenti in molti Stati, che potrà essere aggiornato dalla Commissione attraverso l'adozione di atti delegati. La doppia lista consentirà di individuare le professioni richieste così da orientare i servizi di supporto offerti dalla piattaforma. Tuttavia, anche candidati fuori dai settori elencati potranno registrarsi, pur se con inferiori probabilità di trovare una domanda di lavoro. In sostanza, il bacino dei talenti sarà aperto a lavoratori di qualsiasi qualificazione e settore, ma con meccanismi per evidenziare e dare priorità ai collegamenti in quei campi dove la mancanza di personale è più acuta. D'altra parte, anche se l'attrazione dei talenti è una priorità in tutti i documenti ufficiali dell'Unione, il bisogno di manodopera tra gli Stati membri è molto diversificato, con alcuni Stati, tra cui l'Italia, nei quali è notevole la carenza anche di lavoratori non qualificati.

In caso di incontro tra domanda e offerta, non vi è alcun vincolo per gli Stati membri, poiché il ruolo della piattaforma sostanzialmente si esaurisce in quel momento e il datore di lavoro potrà iniziare le pratiche di richiesta del visto e successivamente di permesso di lavoro per il/la

candidata individuata, in conformità alle leggi vigenti in ogni Stato[24]. Come noto, infatti, l'Unione ha sinora armonizzato solo i presupposti per il rilascio dei visti di breve durata, fino a novanta giorni, il cui rilascio da parte della rappresentanza diplomatica di uno degli Stati membri, consente la circolazione in tutta l'area Schengen per tutta la durata del visto[25]. Altri visti di breve durata o i visti di lunga durata sono ancora totalmente disciplinati dagli Stati membri, sia nei presupposti sia nelle procedure per il loro rilascio.

Poiché la piattaforma sarà aperta a tutti i candidati residenti fuori dall'Unione, secondo la Commissione potrebbe in prospettiva contribuire a ridurre la pressione della migrazione irregolare. Tuttavia, non si può non rilevare che ciò potrà avvenire solo se l'eventuale incontro tra domanda e offerta di lavoro si tradurrà effettivamente in un visto di ingresso, vale a dire se effettivamente esisterà un canale di ingresso regolare alternativo a quello irregolare. Nel lungo periodo, l'esistenza di canali legali di ingresso potrebbe anche ridurre la pressione sui sistemi di asilo, almeno per quella parte di persone che non chiederebbero protezione se avessero un'alternativa di ingresso effettivamente praticabile. Del tutto da esplorare è il collegamento, pur enfatizzato dalla Commissione europea, con i *Talent Partnerships*, partenariati che l'Ue sta attivando con alcuni Paesi terzi per favorire la mobilità e lo sviluppo di competenze da e in tali Paesi terzi, anche con il riconoscimento delle qualifiche[26]. Il bacino dei talenti è concepito per supportare tali partenariati fungendo da strumento di collocamento lavorativo per i candidati provenienti dai Paesi partner, ai quali l'Unione intenderebbe offrire percorsi legali di ingresso per lavoro come incentivo alla collaborazione nel frenare le partenze irregolari e accettando le riammissioni delle persone destinatarie di un provvedimento di espulsione. In passato, la cooperazione coi Paesi terzi in questa materia ha sempre scontato la debolezza dell'Unione, la quale, pur forte sul piano delle risorse economiche da destinare ai Paesi terzi, non ha mai potuto offrire loro incentivi sul piano del rilascio dei visti. Difficile che questo possa essere ottenuto con la piattaforma online del bacino dei talenti, stante la

[24] Commissione europea, *Maximising the potential of the EU's workforce*, in commission.europa.eu.

[25] Regolamento n. 810/2009 che istituisce un codice comunitario dei visti, in *GUUE* L 243 del 15.9.2009, p. 1 ss.

[26] Talent partnerships, disponibile al link <https://home-affairs.ec.europa.eu/> e ivi, D. STEFANESCU, *Partnerships for Mobility at the Crossroads, Lessons Learnt from 18 Months of Implementation of EU Pilot Projects on Legal Migration*, International Centre for Migration Policy Development - Mobility Partnership Facility, Brussels, 2020.

volontarietà che la caratterizza e l'assenza di obbligo al rilascio del visto in capo agli Stati membri.

Sul piano tecnico, la piattaforma sarà integrata nel già esistente sistema Eures, volto a favorire la circolazione dei lavoratori all'interno dell'Unione europea, di cui mutuerà gli elementi già collaudati come gli standard tecnici di scambio dati, i formati dei curricula e l'interoperabilità[27]. Come per Eures, saranno coinvolti anche i centri per l'impiego degli Stati membri che avranno il compito di, tra l'altro, adottare azioni di supporto alle imprese. La piattaforma sarà poi gestita a livello centrale dalla Commissione europea con punti di contatto nazionali designati da ciascuno Stato partecipante.

Nella valutazione d'impatto della proposta, colpisce il raffronto con i sistemi canadese, australiano e neozelandese con i quali l'Unione europea dovrebbe teoricamente competere[28]. Trattasi però di sistemi statali, nei quali l'agenzia centrale è competente non solo a definire il fabbisogno interno, ma anche a determinare l'avvio della procedura per il rilascio del visto e del conseguente permesso di soggiorno. Nulla di tutto questo è possibile nell'Unione europea, dove esistono ventisette legislazioni diverse sul rilascio dei visti di lunga durata, sui permessi di soggiorno e, forse ancora più determinante, ventisette sistemi-Paese con conseguenti peculiarità in materia di alloggio, sanità, servizi alle famiglie, istruzione e livello dei salari. Differenze che, soprattutto per i lavoratori altamente qualificati, possono essere determinanti nella scelta del paese di destinazione. Quasi tutte materie, quelle appena elencate, di competenza debole dell'Unione, nelle quali tuttavia sarebbe auspicabile una maggiore integrazione nel segno dell'elevazione dello standard dei diritti applicabili.

[27] Regolamento (Ue) 2016/589 del 13 aprile 2016, relativo a una rete europea di servizi per l'impiego (Eures), all'accesso dei lavoratori ai servizi di mobilità e a una maggiore integrazione dei mercati del lavoro e che modifica i regolamenti (Ue) n. 492/2011 e (Ue) n. 1296/2013, in *GUUE* L 107/2016, p. 1 ss. Il portale Eures era già stato utilizzato per il progetto sperimentale *EU Talent Pool Pilot*, rivolto ai lavoratori sfollati dalla guerra in Ucraina e aventi protezione in base alla direttiva 2001/50/CE sulla protezione temporanea e preannunciato nella comunicazione Attirare competenze e talenti nell'Ue, COM(2022)657, del 27 aprile 2022.

[28] Commission Staff Working Document - Impact Assessment Report Accompanying the Document Proposal for a Regulation of the European Parliament and the Council establishing an EU Talent Pool, SWD(2023)717 del 15.11.2023, p. 10.

5. *La necessità di un'agenzia dell'Unione per la gestione della migrazione legale*

Nonostante che la proposta di regolamento non crei vincoli per gli Stati membri, la procedura di approvazione presenta vari profili di incertezza[29]. Il Consiglio aveva invero approvato il mandato a negoziare nei triloghi già a giugno 2024, ma è stato necessario attendere quasi un anno affinché anche il Parlamento europeo approvasse il proprio mandato a negoziare, dopo l'interruzione dovuta alle elezioni europee del 2024 e all'avvio della nuova legislatura. Peraltro, anche quando il regolamento sarà adottato, occorreranno mesi prima che il portale sia pienamente operativo, soprattutto per ultimare tutti gli adempimenti sul piano tecnico ed informatico.

Una volta che la piattaforma sarà ultimata, la proposta di regolamento prevede che essa sia gestita da un segretariato di competenza della Commissione europea e da un comitato direttivo composto dagli Stati membri partecipanti e dalle organizzazioni delle parti sociali, con il compito di fornire supporto al segretariato e di discutere l'attuazione delle procedure di immigrazione a livello nazionale. Si tratta di una struttura molto snella, forse sin troppo, considerando che il regolamento interviene su un segmento prevalentemente tecnico e senza vincoli sul piano del rilascio dei visti di ingresso, rispondendo, inoltre, ad un oggettivo bisogno delle economie europee.

La creazione della piattaforma potrebbe costituire l'occasione per razionalizzare le competenze delle diverse agenzie e organi dell'Unione che a vario titolo si occupano del mercato del lavoro e dei lavoratori stranieri. Tale razionalizzazione potrebbe essere accompagnata dalla creazione di una vera e propria agenzia dell'Unione per la migrazione economica, che si affiancherebbe a quelle già esistenti sul controllo delle frontiere (Frontex) e sull'asilo (*Euaa* - Agenzia dell'Unione per l'Asilo).

I Trattati non menzionano esplicitamente la creazione di agenzie in materia migratoria, ma la possibilità della loro istituzione è ritenuta un potere implicito derivante dalle basi giuridiche espressamente attribuite (così l'istituzione di Frontex è basata sugli articoli 77 e 79 TFUE e quella di Euaa sull'art. 78). In linea di principio, quindi, una nuova agenzia per la migrazione economica potrebbe essere istituita con un regolamento europeo, invocando l'art. 79 TFUE come base giuridica, con un mandato

[29] Al momento della stesura del presente scritto, la procedura è ancora ferma alla prima lettura: si veda quanto riportato al seguente link <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/HIS/?uri=CELEX:52023PC0716>.

giuridico coerente con le competenze dell'Unione: ad esempio facilitare l'applicazione delle norme in vigore sulle migrazioni economiche, senza intaccare le prerogative nazionali sulla determinazione dei volumi di ammissione di cittadini di paesi terzi per motivi di lavoro. L'agenzia potrebbe agire anche come osservatorio europeo sul mercato del lavoro e le migrazioni, elaborando analisi sulle carenze di manodopera nei vari settori e regioni dell'Ue e sugli andamenti dei flussi migratori economici. Potrebbe fornire pareri e consulenza alla Commissione e agli Stati membri su come orientare i flussi legali in risposta a carenze comuni.

L'agenzia potrebbe occuparsi anche del sostegno per la validazione delle competenze e qualifiche dei lavoratori stranieri, ad esempio verificando i titoli di studio o le certificazioni professionali e facilitandone il riconoscimento reciproco in tutta l'Ue anche collaborando con reti esistenti per accelerare le procedure[30]. Inutile sottolineare come negli Stati terzi presi a confronto per l'istituzione del bacino dei talenti, come Canada, Australia e Nuova Zelanda, esistano strutture amministrative a livello centrale, capaci di selezionare i profili in base alle esigenze economiche e praticamente di decidere sull'ammissione dei candidati.

6. *Conclusioni*

Le ricorrenti crisi che l'Unione europea si trova ad affrontare in materia di immigrazione e asilo hanno dimostrato l'inidoneità delle misure che l'Unione europea ha sinora adottato. Gli strumenti di controllo delle frontiere, delle persone e di contrasto dell'immigrazione irregolare non sono sufficienti: è necessario, invece, un complesso di azioni di politica economica e sociale che rimangono tuttora in larga parte di competenza nazionale e che i Governi non intendono cedere alla dimensione sovranazionale.

Inoltre, la Commissione europea, costretta a ritirare proposte innovative – come quella del 2001 sull'immigrazione per motivi di lavoro – si è mossa entro i limiti segnati da un Consiglio europeo sempre meno lungimirante e ispirato più dagli interessi dei singoli Governi che non da quello del perseguimento del benessere dei popoli europei, in coerenza con quanto disposto dall'art. 3, par. 1, del TUE.

In ultima analisi, i Governi non hanno ancora accettato che sia l'Unione, e non i singoli Stati, a guidare la costruzione di queste politiche,

[30] Si v. la rete Enic-Naric, consultabile al seguente link <www.enic-naric.net>.

consentendo alle istituzioni europee di svolgere pienamente il proprio ruolo. L'Unione europea risulta così ostacolata nell'esercizio delle proprie competenze, tant'è che, diversamente da altri settori, nei quali negli ultimi anni sono emerse misure innovative, in materia di immigrazione e asilo permane uno stallo, confermato dal contenuto delle misure riconducibili al Nuovo Patto sulla migrazione e l'asilo.

In questo contesto, la proposta di regolamento istitutiva del bacino dei talenti appare come un timido passo che, tuttavia, assume il valore di un passo da gigante se rapportato all'immobilismo seguito al ritiro della proposta del 2001. Se fosse accompagnato dall'istituzione di un'agenzia specializzata sulla migrazione economica, sul modello di Frontex o dell'Euaa, se ne potrebbero sfruttare appieno le potenzialità, contribuendo al tempo stesso a una narrazione dell'immigrazione più aderente alla realtà socioeconomica e meno condizionata dalle variabili politico-elettorali, come auspicato, sotto angolature diverse, nei rapporti Draghi e Letta.

Sebbene la mancanza di consenso politico renda questa prospettiva oggi quasi utopistica, nel medio-lungo termine alcune dinamiche potrebbero renderla meno improbabile. Le tendenze demografiche – invecchiamento della popolazione e carenza di forza lavoro in settori cruciali – stanno infatti consolidando la consapevolezza della necessità di una immigrazione economica gestita dall'Unione europea con tutti gli strumenti necessari e appropriati.

***

RIVISTA DI
DIRITTI COMPARATI

ABSTRACT: The article highlights the gap between the «perceived emergency» which drives EU migration policies towards security and control, and the «real emergency» of demographic decline and labor shortages. Despite repeated calls from the Commission and the Draghi and Letta reports, economic migration remains marginal in European policies. The proposed regulation on the EU Talent Pool represents a first, albeit weak, step in the right direction, which must be strengthened to deliver tangible results. In this perspective, the establishment of a dedicated European Agency could foster a new narrative of migration as a structural component of Europe's economies.

KEYWORDS: economic migration – EU migration policies – European Union – security and control - demographic decline

***

Chiara Favilli - Professore ordinario di Diritto dell'Unione europea, Università degli studi di Firenze (chiara.favilli@unifi.it)

RIVISTA DI
DIRITTI COMPARATI

Tutela dei migranti ambientali e proposte di adeguamento del sistema di protezione internazionale: analisi comparativa*

Paolo Iafrate

SOMMARIO 1. Introduzione. – 1.1 Inquadramento normativo della figura del migrante climatico. – 2. Definizione e Tipologie di Migrazione Ambientale. - 3. Il ruolo dell'*hard law* e della *soft law* – 3.1 Gli strumenti internazionali esistenti. – 3.2. Il migrante climatico tra pareri internazionali e giurisprudenza europea. – 3.3. Analisi Comparativa: la protezione internazionale degli sfollati climatici in America Latina. – 3.4. Approcci Nazionali a Confronto: la protezione internazionale degli sfollati climatici nell'Unione Europea. – 4. Verso un approccio multilivello e pragmatico per la protezione dei migranti ambientali in America del Nord e in Africa Orientale. – 5. Conclusioni.

1. *Introduzione*

I mutamenti climatici costituiscono una delle principali sfide del XXI secolo, incidendo in modo crescente e strutturale sui fenomeni di mobilità umana. Eventi estremi e processi ambientali a lenta insorgenza stanno profondamente alterando gli equilibri ecologici, sociali ed economici di intere regioni, spingendo un numero sempre maggiore di persone ad abbandonare i propri territori d'origine. Questi movimenti, forzati, non per scelta evidenziano le inefficienze dell'attuale quadro normativo internazionale e, collegati a paradigmi tradizionali che non contemplano i mutamenti climatici dello sfollamento forzato.

* L'articolo è stato sottoposto, in conformità al regolamento della Rivista, a *double-blind peer review*. Il contributo riprende gli studi condotti per la Conferenza nazionale Tavola Rotonda su Mutamenti climatici e flussi migratori nel contesto internazionale" organizzata il 13 maggio 2025 dalla Scuola di Perfezionamento per le Forze di Polizia e dal Centro Ricerche Economico Giuridiche (CREG) dell'Università degli Studi di Roma Tor Vergata, presso la Scuola di Perfezionamento per le Forze di Polizia.

Il presente contributo si propone di analizzare criticamente tali criticità e di esplorare, attraverso un'analisi comparativa, percorsi giuridici praticabili per colmare l'attuale vuoto di tutela dei migranti climatici. L'obiettivo non è sostenere una riforma radicale e di immediata realizzazione del sistema dell'asilo, quanto piuttosto verificare se, e in quale misura, gli strumenti esistenti – integrati da forme di protezione complementare, da un'interpretazione evolutiva delle norme sui diritti umani e dallo sviluppo di soluzioni regionali – possano offrire risposte più adeguate alle esigenze dei cosiddetti migranti ambientali.

A tal fine, l'articolo adotta un approccio giuridico-critico e comparativo. Dopo un necessario approfondimento terminologico rivolto a delineare la complessa fenomenologia delle migrazioni indotte da fattori climatici (par. 2), si esamina il quadro normativo internazionale, con un richiamo al ruolo della *soft law* e sulla giurisprudenza emergente (par. 3). L'analisi si concentra quindi su esperienze regionali significative, con focus sull'America Latina e l'Unione Europea (par. 3.3 e 3.4), e brevi cenni al Nord America e all'Africa Orientale (par. 4), al fine di individuare modelli giuridici operativi o potenzialmente replicabili. Le conclusioni (par. 5) valutano criticamente le prospettive di adeguamento del sistema alla luce di un pragmatismo ambizioso, che punti a potenziare gli strumenti esistenti in attesa di un più ampio consenso politico per soluzioni vincolanti di carattere universale.

Il mutamento climatico incide in modo crescente sui fenomeni di mobilità umana, agendo come moltiplicatore di vulnerabilità preesistenti e come fattore di pressione su territori, economie e assetti sociali.

Il presente contributo si propone, dunque, di analizzare criticamente il sistema di protezione internazionale alla luce delle migrazioni ambientali, muovendo da un inquadramento definitorio e normativo del fenomeno e soffermandosi sui limiti strutturali del diritto vigente. In una seconda parte, attraverso un'analisi comparativa, l'articolo esamina alcune esperienze regionali e nazionali – in particolare in America Latina e nell'Unione europea – al fine di individuare soluzioni giuridiche già operative o potenzialmente replicabili.

L'obiettivo non è quello di sostenere una riforma radicale e immediata del sistema dell'asilo, quanto piuttosto di verificare se e in quale misura gli strumenti esistenti, integrati da forme di protezione complementare e da un uso evolutivo delle norme sui diritti umani, possano offrire risposte più

adeguate alle esigenze di tutela delle persone costrette a migrare per cause ambientali. L'elaborato sostiene che, in assenza di una riforma radicale del sistema dei rifugiati politicamente improbabile, la via più percorribile è un approccio multidisciplinare che potenzi gli strumenti esistenti (protezione complementare, interpretazione evolutiva, soft law, soluzioni regionali). Il clima è un fattore di attrazione per i flussi migratori. A questo proposito, diversi studiosi, tra cui quelli del Consiglio consultivo tedesco sui cambiamenti climatici - *German Advisory Council on Climate*, sottolineano che: la maggior parte dei Paesi in via di sviluppo non ha le capacità e le risorse per attuare misure di adattamento efficaci. I Paesi industrializzati, in quanto principali responsabili dei cambiamenti climatici, hanno la responsabilità speciale di fornire assistenza ai Paesi in via di sviluppo per consentire loro di far fronte agli impatti dei cambiamenti climatici.

Attualmente, gli Stati industrializzati producono più dell'80% delle emissioni di gas serra e a pagarne il prezzo sono soprattutto i territori già poveri, come quelli dell'Asia meridionale, dell'Africa subsahariana e dell'America Latina. I mutamenti climatici rappresentano una delle maggiori sfide del XXI secolo, con impatti significativi sui flussi migratori globali. Questo articolo attraverso l'esame di casi studio e iniziative regionali, si evidenzia la necessità di un in inquadramento normativo internazionale specifico per i migranti climatici, che integri i principi di non-refoulement, equità intergenerazionale e responsabilità comuni ma differenziate. I cambiamenti climatici stanno generando impatti socio-ambientali senza precedenti, modificando ecosistemi, economie e assetti territoriali in tutto il mondo. Tra le conseguenze più gravi e trasversali vi è la crescente incidenza della migrazione forzata indotta da fattori ambientali. Secondo i dati dell'International Organization for Migration (IOM) 216 milioni di potenziali migranti climatici entro il 2050[1] (scenario pessimistico) contro 86 milioni (nello scenario ottimistico) e di cui 40% proviene dall'Asia meridionale. Secondo il *Global Risks Report* 2026 del *World Economic Forum* , gli eventi

[1] P. Clements, *International Climate Migrant Policy and Estimates of Climate Migration. Sustainability*, 2024, 16, 10287. https://doi.org/10.3390/su162310287, p.1 ss., 17; https://sustainability.ph/news-articles/world-bank-report-shows-increased-climate-migrants-by-2050; IPCC (Intergovernmental Panel on Climate Change), 2022: *Impacts, Adaptation, and Vulnerability," Contribution of Working Group II to the Sixth Assessment Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change* [H.-O. Pörtner, D.C. Roberts, M. Tignor, E.S. Poloczanska, K. Mintenbeck, A. Alegría, M. Craig, S. Langsdorf, S. Löschke, V. Möller, A. Okem, B. Rama (eds.)]. Cambridge University, https://www.ipcc.ch/report/ar6/wg2/

meteorologici estremi si classificano al secondo posto tra i primi 10 rischi globali a breve termine e al primo tra i primi 10 rischi globali a lungo termine (WEF, 2025). Inoltre, l'Organizzazione Mondiale della Sanità stima che tra il 2030 e il 2050, il cambiamento climatico sarà responsabile di 250.000 decessi all'anno dovuti a malnutrizione, malaria, diarrea e stress da calore[2]. Secondo il Rapporto globale (UNODC), che ha interessato 156 Paesi di tutte le regioni e sotto regioni del mondo, presentato l'11 dicembre 2024[3] a Vienna, sulla tratta di esseri umani pubblicato dall'Ufficio delle Nazioni Unite contro la droga e il crimine la tratta di bambini, la tratta per lavoro forzato e la criminalità forzata sono in aumento, poiché povertà, conflitti e cambiamenti climatici rendono più persone vulnerabili allo sfruttamento. Il rapporto registra un aumento del 25% nel numero di vittime di tratta rilevate a livello globale nel 2022 rispetto ai dati pre-pandemia del 2019. Tra il 2019 e il 2022, il numero globale di vittime rilevate per tratta a scopo di lavoro forzato è aumentato del 47%. A confermare e rafforzare questo scenario ci sono anche i dati della Banca Mondiale, contenuti nel celebre *Groundswell Report* del 2024[4], rapporto, che si concentra su tre regioni - Africa sub-sahariana, Asia meridionale e America Latina, che insieme rappresentano il 55% della popolazione del mondo in via di sviluppo - rileva che il cambiamento climatico spingerà decine di milioni di persone a migrare all'interno dei loro Paesi entro il 2050. Secondo questa analisi, in assenza di interventi climatici e di sviluppo urgenti e coordinati, si potrebbe giungere fino a 143 milioni di sfollati interni nei Paesi in via di sviluppo entro metà secolo ovvero circa il 2,8% della popolazione di queste tre regioni - potrebbero essere costrette a spostarsi all'interno dei loro Paesi per sfuggire agli impatti del cambiamento climatico, che si manifesteranno lentamente. Le aree maggiormente colpite sarebbero l'Africa subsahariana (fino a 86 milioni di persone), l'Asia

[2] *The World Economic Forum* [WEF]. (2026). *The Global Risks Report 2026* 21th Edition insight report, https://reports.weforum.org/docs/WEF_Global_Risks_Report_2026.pdf

[3] *The 2024 UNODC Global Report on Trafficking in Persons*, https://www.unodc.org/unodc/en/data-and-analysis/glotip.html

Groundswell: Preparing for Internal Climate Migration, World Bank, 2018 http://hdl.handle.net/10986/29461 License: CC BY 3.0 IGO.";

M. Duru-Bellat, *François Gemenne, Géopolitique du climat,* 2022, http://journals.openedition.org/lectures/53807 DOI : https://doi.org/10.4000/lectures.53807; C. Norrant-Romand, *Claude Allègre: L'imposture climatique ou la fausse écologie*, *Territoire en mouvement* Revue de géographie et aménagement, 2017.

meridionale (fino a 40 milioni) e l'America Latina (fino a 17 milioni), regioni già segnate da fragilità economiche, conflitti e carenze infrastrutturali. I fattori che determinano la migrazione climatica sono molteplici e spesso interconnessi. L'obiettivo del contributo non è sostenere la creazione di una nuova categoria di "rifugiati climatici", bensì individuare dei possibili percorsi giuridici per estendere la protezione attraverso l'uso degli strumenti normativi già disponibili: dalla protezione sussidiaria e temporanea, alla *soft law*, fino alle esperienze regionali più avanzate."

L'elaborato adotta un approccio giuridico-critico e comparativo, mediante una distinzione tra analisi del quadro normativo esistente, valutazione delle principali posizioni dottrinali e considerazioni de *iure condendo*, connesse ai limiti di sostenibilità politico-giuridica dell'attuale contesto internazionale.

1.1. Inquadramento normativo della figura del migrante climatico

I migranti climatici, infatti, non rientrano nella definizione giuridica di "rifugiati" stabilita dalla Convenzione di Ginevra del 1951, che riconosce protezione internazionale solo a coloro che fuggono da persecuzioni per motivi politici, religiosi o etnici. Questa lacuna crea un vuoto di tutela per milioni di persone che si trovano in fuga non per scelta, ma per necessità. Di conseguenza, è fondamentale avviare un percorso di riforma del sistema di protezione internazionale, che tenga conto delle nuove realtà ambientali e sociali. In particolare, occorre riconoscere formalmente il diritto alla protezione per i migranti ambientali, creare meccanismi di prevenzione, adattamento e resilienza nei territori più a rischio, e promuovere politiche di sviluppo sostenibile che affrontino le cause profonde della migrazione climatica. La cooperazione internazionale, il coinvolgimento delle comunità locali e la centralità dei diritti umani devono essere i pilastri di ogni strategia. In definitiva, i migranti climatici rappresentano non solo una sfida umanitaria, ma anche un "campanello d'allarme" per la nostra incapacità di affrontare in modo equo e lungimirante i cambiamenti che stiamo attraversando. La Convenzione relativa allo status dei rifugiati del 1951, insieme al Protocollo del 1967, costituisce il pilastro del diritto internazionale in materia di asilo. Secondo l'articolo 1(A)(2) della Convenzione, il rifugiato è una persona che, "a causa del fondato timore di essere perseguitato per motivi di razza,

religione, nazionalità, appartenenza a un determinato gruppo sociale o opinioni politiche", si trova fuori dal proprio Paese e non può farvi ritorno. L'assenza di un riconoscimento esplicito dei migranti ambientali nella Convenzione del 1951 relativa allo status dei rifugiati continua a impedire un'applicazione sistematica di tali principi. Per quanto riguarda il regime migratorio internazionale, la situazione della protezione legale degli sfollati climatici è ancora più complicata a causa delle difficoltà menzionate. Il dibattito principale a questo proposito ruota attorno alla Convenzione di Ginevra relativa allo status dei rifugiati (1951) e al relativo Protocollo di New York (1967). Questa Convenzione è nata a seguito della Seconda Guerra Mondiale con l'obiettivo di fornire protezione e assistenza alle vittime di sfollamenti forzati o di persecuzioni dovute a conflitti armati. Pochi anni dopo, a causa dell'emergere di nuovi conflitti nel mondo, il Protocollo di New York ha modificato la Convenzione al fine di eliminare alcune restrizioni spaziali e temporali e di ampliare la definizione di rifugiato a qualsiasi persona che: per timore fondato di essere perseguitato per motivi di razza, religione, nazionalità, appartenenza ad un determinato gruppo sociale o per le sue opinioni politiche, si trova fuori dal Paese di cui è cittadino e non può o non vuole, a causa di tale timore, avvalersi della protezione di tale Paese; o che, privo di cittadinanza e trovandosi, a seguito di tali eventi, fuori dal paese in cui aveva residenza abituale, non può o, a causa di tale timore, non vuole ritornarvi (Convenzione relativa allo status dei rifugiati, 1951)[5]. In questo senso, la Convenzione di Ginevra è uno strumento vincolante che contempla situazioni di "violazioni, o rischio di violazioni dei […] diritti umani di prima generazione" tra le quali si trovano diritti civili quali come diritto alla vita, alla libertà, alla sicurezza, all'integrità, ecc.; e diritti politici come il diritto di voto, di associazione, di difesa, tra gli altri il Patto internazionale sui diritti civili e politici del 3 gennaio 1966[6]. Al riguardo, il concetto giuridico di non-

[5] La Convenzione prevedeva restrizioni temporali e spaziali poiché concedeva lo status di rifugiato solo a coloro che fuggivano dagli "fatti accaduti prima del 1° gennaio 1951" e appartenenti al continente europeo.

[6] Patto Internazionale sui Diritti Economici, Sociali e Culturali (1966), adottato dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite il 16 dicembre 1966, entrato in vigore in Italia con Legge N. 881 del 25 Ottobre 1977 (Gazzetta Ufficiale N. 333 S.O. Del 7 Dicembre 1977), https://fidu.it/wp-content/uploads/2017/03/PATTO-INTERNAZIONALE-SUI-DIRITTI-ECONOMICI-SOCIALI-E-CULTURALI-1966-.pdf. Una considerevole giurisprudenza riguarda specificamente i danni ambientali che portano a violazioni del

refoulement di cui all'art.33[7] delineato dalla medesima Convenzione mira a impedire che un rifugiato sia costretto a tornare nel proprio Paese. Il termine appare essere stato elevato al livello di diritto internazionale consuetudinario e prevede l'obbligo giuridico per tutti gli Stati di far rispettare tale diritto[8]. Secondo il diritto internazionale dei diritti umani, il principio di non-refoulement implica l'obbligo di non espellere una persona, indipendentemente dal suo status, quando vi siano fondati motivi di ritenere che essa rischi di essere soggetta a gravi violazioni dei diritti umani, tra cui la tortura o altre pene o trattamenti crudeli, inumani o degradanti[9]. Sul punto esistono numerosi trattati internazionali sui diritti umani che sono rilevanti per garantire protezione alle persone sfollate oltre i confini internazionali a causa dei cambiamenti climatici. Inoltre, il diritto penale transnazionale affronta le azioni penali legate alla migrazione, in particolare la Convenzione delle Nazioni Unite contro la criminalità organizzata transnazionale, il Protocollo contro il traffico di migranti via terra, via mare e via aria, allegato alla Convenzione delle Nazioni Unite contro la criminalità organizzata transnazionale, e il Protocollo per prevenire, reprimere e punire la tratta di

diritto dei popoli indigeni a godere della propria cultura ai sensi dell'art. 27 del Patto internazionale sui diritti civili e politici (1966). Articolo 27: "Negli Stati in cui esistono minoranze etniche, religiose o linguistiche, alle persone appartenenti a tali minoranze non sarà negato il diritto, in comunità con gli altri membri del loro gruppo, di godere della propria cultura, di professare e praticare la propria religione o di usare la propria lingua".

[7] Convenzione relativa allo Status dei Rifugiati - Ginevra1951, https://www.unhcr.org/it/media/convenzione-ginevra-1951-pdf, a Convenzione è stata ratificata da 149 Stati. Nel continente americano, 28 Stati fanno parte della

Convenzione e 30 fanno parte del Protocollo (UNHCR, 2011). Art.33: Divieto d'espulsione e di rinvio al confine 1. Nessuno Stato Contraente espellerà o respingerà, in qualsiasi modo, un rifugiato verso i confini d i territori in cui la sua vita o la sua libertà sarebbero minacciate a motivo della sua razza, della sua religione, della sua cittadinanza, della sua appartenenza a un gruppo sociale o delle sue opinioni politiche. 2. La presente disposizione non può tuttavia essere fatta valere da un rifugiato se per motivi seri egli debba essere considerato un pericolo per la sicurezza del paese in cui risiede oppure costituisca, a causa di una condanna definitiva per un crimine o un delitto particolarmente grave, una minaccia per la collettività di detto paese.

[8] L.Nishimura, *Climate Change Migrants': Impediments to a Protection Framework and the Need to Incorporate Migration into Climate Change Adaptation Strategies*, International Journal of Refugee Law, Volume 27, Issue 1, March 2015, p.107 ss., 134

[9] Convenzione contro la tortura e altre pene o trattamenti crudeli, inumani o degradanti del 10 dicembre 1984, Risoluzione 39/46 dell'Assemblea generale, Entrata in vigore: 26 giugno 1987, Cfr. Artt.3,7 e 16, https://www.ohchr.org/en/instruments-mechanisms/instruments/convention-against-torture-and-other-cruel-inhuman-or-degrading

persone, in particolare donne e bambini, allegato alla Convenzione delle Nazioni Unite contro la criminalità organizzata transnazionale. Questa definizione, elaborata in un contesto storico segnato dalla Seconda guerra mondiale e dalla Guerra fredda, si mostra oggi inadeguata a far fronte ai mutati scenari globali. In particolare, essa non contempla motivazioni ambientali come cause valide per il riconoscimento dello status di rifugiato. Questo limite ha portato a un'esclusione sistematica dei migranti ambientali dal sistema di protezione internazionale, nonostante la loro vulnerabilità spesso estrema. Premessi questi brevi cenni alla luce di questa dicotomia tra realtà emergente e regressione normativa, il presente contributo si propone di analizzare criticamente le opzioni per colmare il vuoto di protezione dei migranti ambientali. Il percorso di analisi si articola in tre momenti principali. In primo luogo, si procederà a un necessario sforzo definitorio, esaminando le criticità terminologiche e le tipologie di migrazione ambientale, per poi passare in rassegna il quadro normativo internazionale esistente. Particolare attenzione sarà dedicata al ruolo degli strumenti di *soft law* e alla giurisprudenza emergente, al fine di valutarne la capacità di orientare un'evoluzione interpretativa del diritto vigente.

In una seconda parte, attraverso un'analisi comparativa, l'articolo esaminerà esperienze regionali e nazionali significative, con focus sull'America Latina e l'Unione Europea, e brevi cenni al Nord America e all'Africa. L'obiettivo è individuare soluzioni giuridiche già operative, come visti umanitari o forme di protezione complementare, che possano offrire modelli replicabili. Infine, le conclusioni valuteranno criticamente le proposte di riforma alla luce della sostenibilità politico-giur idica.

2. Definizione e Tipologie di Migrazione Ambientale

Nel presente paragrafo andremo ad esaminare quali sono gli impedimenti principali alla definizione di politiche efficaci per la protezione dei migranti ambientali, stante l'assenza di una terminologia condivisa e giuridicamente vincolante.

L'assenza di una terminologia giuridica vincolante costituisce uno degli ostacoli alla costruzione di un quadro di protezione per i migranti ambientali. La terminologia in uso – "rifugiati climatici", "profughi ambientali", "sfollati climatici" – riflette non solo un'incertezza semantica,

ma approcci concettuali e politici notevolmente differenti. Il termine "rifugiato climatico" rischia di generare aspettative irrealistiche rispetto ai principi delineati dalla Convenzione di Ginevra del 1951[10].

In tale contesto, il contributo dell'Organizzazione Internazionale per le Migrazioni (IOM) nel proporre una classificazione descrittiva basata su temporalità, volontarietà e dimensione spaziale resta fondamentale per inquadrare operativamente il fenomeno. Attualmente, non esiste termine giuridico di "migrante ambientale" nel diritto internazionale, ciò determina confusione non solo tra i decisori politici, ma anche tra operatori umanitari, ricercatori e mondo del volontariato. Le espressioni utilizzate nel dibattito – come "rifugiati climatici", "profughi ambientali", "sfollati climatici" o "migranti per cause ambientali" – riflettono approcci concettuali divergenti e rispecchiano prospettive differenti sulla natura della migrazione, sulle responsabilità degli Stati e sul tipo di protezione da garantire. Il termine "rifugiato climatico" richiama esplicitamente la Convenzione di Ginevra del 1951, ma allo stesso tempo rischia di creare aspettative giuridiche che, nella maggior parte dei casi, non trovano riscontro nella normativa vigente. D'altra parte, definizioni più generiche come "migrante ambientale" tendono a diluire la gravità della situazione vissuta da molte persone costrette a fuggire da eventi estremi o da trasformazioni ambientali lente ma devastanti, rendendo più difficile il riconoscimento di forme concrete di protezione internazionale. Questa ambiguità terminologica contribuisce a una paralisi normativa e istituzionale, rendendo complessa l'adozione di strumenti giuridici specifici e l'attivazione di meccanismi di supporto coerenti. In un contesto globale segnato dal mutamento climatico e dalla crescente frequenza di disastri ambientali, la chiarezza concettuale e definitoria rappresenta un passaggio imprescindibile per garantire risposte efficaci, coordinate e giuste. Al riguardo, l'Organizzazione Internazionale per le Migrazioni (IOM), nel suo rapporto del 2014[11], propone una classificazione utile per inquadrare il

[10] J.McAdam, *Climate Change, Forced Migration, and International Law*, Oxford, 2012; online edn, Oxford Academic, 24 May 2012), https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780199587087.001.0001

[11] Climate Change 2014: *Impacts, Adaptation, and Vulnerability. Part A: Global and Sectoral Aspects. Contribution of Working Group II to the Fifth Assessment Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change* [Field, C.B., V.R. Barros, D.J. Dokken, K.J. Mach, M.D. Mastrandrea, T.E. Bilir, M. Chatterjee, K.L. Ebi, Y.O. Estrada, R.C. Genova, B. Girma, E.S. Kissel, A.N. Levy, S. MacCracken, P.R. Mastrandrea, and L.L.White (eds.)].

fenomeno secondo tre assi principali: a) temporalità, la distinzione tra migrazione temporanea e migrazione permanente si fonda sulla durata dello spostamento. Le migrazioni temporanee avvengono in seguito a eventi climatici acuti, come alluvioni, uragani o incendi boschivi. In questi casi, il ritorno nella zona di origine è in teoria possibile, una volta ristabilite condizioni minime di sicurezza. Al contrario, le migrazioni permanenti si verificano quando l'ambiente di origine è divenuto inabitabile in modo irreversibile, come nel caso dell'innalzamento del livello del mare in isole basse del Pacifico (Tuvalu, Kiribati), o della desertificazione avanzata nel Sahel. La distinzione[12] ha un impatto significativo sulla tipologia di risposta che i governi devono adottare, tra soluzioni temporanee e programmi di reinsediamento strutturale, nonché in relazione alla volontarietà tra migrazione forzata e volontaria. La migrazione forzata avviene in risposta a disastri ambientali improvvisi, che mettono in pericolo immediato la vita umana e impongono una fuga repentina (es. tsunami, frane, cicloni). La migrazione volontaria è più difficile da definire e si riferisce a movimenti innescati da processi ambientali lenti, come la riduzione della fertilità del territorio e l'inquinamento dell'acqua. In questi casi, lo spostamento è frutto di una decisione complessa, che coinvolge considerazioni economiche, sociali e culturali. Tuttavia, anche le cosiddette migrazioni "volontarie" spesso si verificano in assenza di alternative reali, rendendo sfumato il confine tra volontarietà e necessità. Un ulteriore criterio proposto dall'IOM[13] riguarda la dimensione spaziale, ovvero la distinzione tra migrazione interna (all'interno dei confini nazionali) e migrazione transfrontaliera (verso un altro Stato)[14]. La maggior parte dei migranti ambientali si sposta entro i confini del proprio

Cambridge University Press, Cambridge, United Kingdom and New York, NY, USA, p.1132; A.Robert McLeman, *On the Origins of Environmental Migration, 20 Fordham Envtl*. L. Rev, 2009, p.403, R.Obokata, L.Veronis, R.McLeman *Empirical research on international environmental migration: a systematic review. Popul Environ*. 2014;36(1), pp.111 ss., 135. doi: 10.1007/s11111-014-0210-7. PMID: 25132701; PMCID: PMC4131126; G.White, *Climate Change and Migration, Security and Borders in a Warming World*, Oxford University Press, Inc, 2011, p.13 ss, 26.

[12] International Organization for Migration (IOM), *Climate change, Migration and Critical* international security considerations, IOM Migration Research Series N°42, 2015; IOM, Migration, Environment and Climate change. Assessing the Evidence, 2009, p. 15.

[13] R.Beyer, A.Milan, *Climate Change and Human Mobility: Quantitative evidence on global historical trends and future projections*, 2023.

[14] S. Dini, S.Fine, A,Pécoud, *Rethinking the International Organization for Migration. Geopolitics*, 30(4), 2025, pp.1525–1552. https://doi.org/10.1080/14650045.2025.2480316

Paese, spesso dalle aree rurali alle aree urbane, sovraccaricando le infrastrutture già fragili delle città. Tuttavia, in contesti particolarmente colpiti o privi di capacità di risposta nazionale, si assiste a spostamenti oltreconfine. Quest'ultimo movimento è il caso delle popolazioni costiere del Bangladesh, che migrano verso l'India, o di pastori del Ciad che si spostano verso il Sudan in cerca di risorse[15]. Queste distinzioni concettuali aiutano a delineare la varietà dei percorsi migratori, ma non sono prive di limiti. I requisiti indicati sono dinamici: una migrazione inizialmente temporanea può trasformarsi in permanente; un movimento interno può evolvere in transfrontaliero; una decisione apparentemente volontaria può derivare da pressioni ambientali crescenti e sistemiche. Di conseguenza, è urgente avviare un processo internazionale concertato per armonizzare la terminologia e costruire una classificazione funzionale, capace di guidare l'intervento normativo e operativo a livello globale. La definizione terminologica non è solo un esercizio semantico, ma una scelta politica che orienta l'intervento normativo, la percezione pubblica e la solidarietà internazionale. Questa classificazione è utile per comprendere la complessità del fenomeno e per orientare le strategie di protezione e adattamento. Tuttavia, la mancanza di un lessico giuridico uniforme genera confusione normativa e ostacola lo sviluppo di politiche coerenti. Questa ambiguità riflette un più ampio dibattito dottrinale sulle strategie di risposta. Da un lato, una dottrina "massimalista" [16] (es. Biermann[17], Myers[18]) sostiene la necessità di un nuovo quadro giuridico vincolante, sia attraverso un protocollo aggiuntivo alla Convenzione di Ginevra sia mediante una Convenzione ad hoc, per riconoscere formalmente la categoria dei "rifugiati climatici". Dall'altro lato, una dottrina "minimalista" o pragmatica (es. Kälin[19], McAdam nelle sue analisi più recenti) ritiene che l'introduzione di nuove categorie giuridiche sia difficilmente realizzabile a

[15] A Diallo, Y. Renou, *Climate Change and Migration: The Emerging Structure of a Scientific Field and the Process of Formulating* Public Policy. Mondes en développement, No 172(4), 2015, p.87 ss., 107

[16] A.Hussain, *Status' of Climate Refugees – Need for a Revised Legal Framework* (November 1, 2019)

[17] F.Biermann, I.Boas, *Protecting Climate Refugees: The Case for a Global Protocol, Environment: Science and Policy for Sustainable Development*, 50:6, 2008, pp.8 ss., 17

[18] N.Myers, *Environmental refugees: a growing phenomenon of the 21st century.* Philos Trans R Soc Lond B Biol Sci. 2002 Apr 29;357(1420), p.609 ss., 613.

[19] W.Kälin, N.Schrepfer, *Protecting People Crossing Borders in the Context of Climate Change Normative Gaps and Possible Approaches*, Research Paper No.24, UN High Commissioner for Refugees (UNHCR), February 2012,

livello politico e potenzialmente dannosa per il regime di protezione esistente. Quest'ultima scuola di pensiero privilegia invece l'evoluzione interpretativa degli strumenti vigenti, il potenziamento delle protezioni complementari e regionali, e l'uso strategico della *soft law*.

Come evidenziano Walter Kälin e Nina Schrepfer (2012)[20], questa ambiguità concettuale contribuisce a lasciare milioni di persone in una "zona grigia" della protezione, privi di strumenti legali chiari per far valere i propri diritti. Inoltre, l'uso del termine "rifugiato climatico", sebbene efficace nel sensibilizzare l'opinione pubblica, è giuridicamente improprio, poiché la definizione di "rifugiato" sancita dalla Convenzione di Ginevra del 1951 non contempla motivazioni ambientali. Il rischio, secondo McAdam (2012)[21], è quello di generare aspettative irrealistiche e, al tempo stesso, rifiuti sistematici delle richieste di asilo presentate con questa connotazione. In questo contesto, risulta urgente avviare un lavoro di concerto a livello internazionale per costruire una definizione operativa condivisa, capace di distinguere con precisione le diverse forme di migrazione indotte da fattori ambientali e climatici, e di fornire la base per un nuovo quadro normativo fondato sui diritti umani, sulla protezione differenziata e sull'equità ambientale[22]. La

[20] W.Kälin, N.Schrepfer, *Protecting People Crossing Borders in the Context of Climate Change Normative Gaps and Possible Approaches, Research Paper* No.24, UN High Commissioner for Refugees (UNHCR), February 2012.

[21] J.McAdam, *Climate Change, Forced Migration, and International Law*, Oxford, 2012; online edn, Oxford Academic, 24 May 2012), https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780199587087.001.0001

[22] La migrazione ambientale è un fenomeno complesso, influenzato da una pluralità di fattori interconnessi. Sebbene le cause possano variare sensibilmente da un contesto all'altro, è possibile individuare tre macro-categorie di driver principali, che agiscono spesso in combinazione: eventi climatici estremi (45% delle migrazioni): si tratta di fenomeni improvvisi e di grande intensità, come uragani, cicloni, inondazioni, incendi boschivi, ondate di calore e frane. Questi eventi hanno un impatto immediato e devastante sulle comunità locali, distruggendo abitazioni, infrastrutture e mezzi di sussistenza. Ad esempio, l'uragano Haiyan che ha colpito le Filippine nel 2013 ha causato lo sfollamento di oltre 4 milioni di persone. In Mozambico, i cicloni Idai e Kenneth (2019) hanno provocato centinaia di vittime e la distruzione di intere città, generando migrazioni interne massicce. In contesti simili, la migrazione è spesso forzata, improvvisa e disorganizzata. Processi a lenta insorgenza (35%): questi includono fenomeni progressivi e cumulativi come la desertificazione, l'innalzamento del livello del mare, la salinizzazione dei suoli, l'erosione costiera e la riduzione della fertilità agricola. A differenza degli eventi estremi, i processi lenti tendono ad agire nel tempo, erodendo gradualmente le condizioni di abitabilità e di sussistenza delle comunità. Le isole del Pacifico, come Tuvalu e Kiribati,

connessione tra sicurezza e ambiente è evidente anche nel documento di attuazione della Strategia europea di sicurezza del 2008, che individua nel degrado ambientale e nella competizione per le risorse naturali un fattore di aumento dei conflitti, più specificamente nei Paesi colpiti da estrema povertà e caratterizzati da una bassa crescita demografica. Al riguardo, il 3 giugno 2009, l'Assemblea Generale delle Nazioni Unite ha adottato una risoluzione sul cambiamento climatico. Come osserva McAdam (2012)[23], l'attuale regime giuridico internazionale, costruito attorno alla Convenzione di Ginevra del 1951[24], è inadatto a gestire le nuove forme di mobilità forzata legate a cause ambientali. La definizione di rifugiato, vincolata a forme di persecuzione politica, religiosa o sociale, esclude chi fugge da disastri naturali, degrado ambientale o emergenze climatiche. Di conseguenza, i sistemi di asilo esistenti risultano inefficaci e anacronistici rispetto alle sfide del XXI secolo. A tal proposito il 19 dicembre 2018, l'Assemblea generale delle Nazioni Unite ha adottato il Patto di Marrakech o *Global Compact for Safe, Orderly and Regular Migration*. Sebbene questo testo riconosca che "gli eventi meteorologici estremi e altri disastri climatici possono svolgere un ruolo nell'incitare lo spostamento e la migrazione", rimane un testo non giuridicamente vincolante, rendendo impossibile garantire che gli strumenti di protezione previsti vengano effettivamente attuati dagli Stati.

sono tra i casi più emblematici: l'innalzamento del mare sta sommergendo terreni agricoli e fonti di acqua dolce, rendendo inevitabile il trasferimento della popolazione. Anche in aree dell'Africa sub sahariana, la desertificazione sta riducendo le risorse agricole, innescando spostamenti interni e regionali. Conflitti indotti dal clima (20%): i cambiamenti climatici agiscono come moltiplicatori di rischio, aggravando le tensioni esistenti e contribuendo allo scoppio di conflitti per l'accesso a risorse scarse, come acqua e terre fertili. In un'ottica preventiva, l'analisi dei fattori di rischio può inoltre supportare l'identificazione delle aree ad alta esposizione e la pianificazione di strategie di adattamento e resilienza territoriale.

[23] J.McAdam, *Climate Change, Forced Migration, and International Law,* Oxford University Press, 2012; B.Terminski, *Environmentally-induced displacement: theoretical frameworks and current challenges*.2012, p.5 ss., 10, Lüttich: Center for Ethnic and Migration Studies at Université de Liège.

[24] C.H. James *The Structure of Entitlement under the Refugee Convention. In The Rights of Refugees* Under International Law, 2nd ed., 2021, p.173 ss., 311.

*3. Il ruolo dell'*hard law *e della* soft law

La letteratura giuridica sulle migrazioni indotte da fattori ambientali ha ampiamente evidenziato come una qualificazione esclusivamente formale degli strumenti giuridici disponibili rischi di occultarne la reale portata normativa.

La governance climatica globale si basa su un modello ibrido in cui strumenti di *soft law* orientano il comportamento degli Stati, mentre la *hard law* assicura vincolatività, controllo e tutela giurisdizionale."

In particolare, in relazione al ruolo dell'*hard law* è opportuno sottolineare che dopo la Convenzione di Ginevra del 1951, l'Organizzazione dell'Unità Africana (OUA) ha ampliato la definizione di rifugiato per offrire l'opportunità di includervi anche le persone sfollate oltre i confini internazionali a causa dei cambiamenti climatici. In particolare, nella Convenzione dell'OUA (Organizzazione dell'Unità Africana) del 1969[25], nell'articolo 1 paragrafo 2 troviamo l'inclusione tra i rifugiati di coloro che "a causa di aggressione esterna, occupazione, dominio straniero o gravi turbamenti dell'ordine pubblico in tutto o in una parte del Paese di origine o di cittadinanza, è obbligata ad abbandonare la propria residenza abituale per cercare rifugio in un altro luogo fuori del Paese di origine o di cittadinanza". La nozione di eventi che turbano gravemente l'ordine pubblico potrebbe essere ben interpretata come un evento legato al mutamento climatico. Tuttavia, non tutti gli eventi legati al cambiamento climatico potrebbero essere definiti come turbativi dell'ordine pubblico; alcuni potrebbero avere effetti individuali, che potrebbero non far scattare il concetto collettivo di ordine pubblico. Inoltre, al di là dei limiti di questi accordi regionali, lo status di rifugiato di tali persone verrebbe ricondotto alla definizione più restrittiva della Convenzione relativa allo status dei rifugiati. Successivamente, nel 2009 a livello di hard law viene sottoscritta la Convenzione di Kampala, accordo

[25] Convenzione dell'OUA che regola gli aspetti specifici dei problemi dei rifugiati in Africa, adottata dall'Assemblea dei Capi di Stato e di Governo nella sua sesta sessione ordinaria, Addis Abeba, 10 settembre 1969, Art. 1 comma 2, Il termine "rifugiato" si applica anche a chiunque, a causa di aggressioni esterne, occupazione, dominazione straniera o eventi che turbino gravemente l'ordine pubblico in una parte o nell'intero Paese di origine o di nazionalità, sia costretto a lasciare il luogo di residenza abituale per cercare rifugio in un altro luogo al di fuori del Paese di origine o di nazionalità.https://www.unhcr.org/media/oau-convention-governing-specific-aspects-refugee-problems-africa-adopted-assembly-heads

vincolante tra gli stati africani per la tutela degli sfollati, adottata dall'Unione Africana, che rappresenta il primo trattato regionale legalmente vincolante al mondo a riconoscere il ruolo dei disastri naturali e del degrado ambientale nello sfollamento interno. Essa impone agli Stati africani obblighi concreti per prevenire gli spostamenti forzati e proteggere gli sfollati interni. Sebbene limitata alla regione africana, costituisce un modello replicabile e un precedente importante per sviluppare strumenti simili in altri contesti geografici.

A livello regionale in relazione al ruolo della *soft law* è da segnalare l'esistenza della Dichiarazione di Cartagena (1984)[26]. Questo strumento è stato adottato con l'obiettivo di contemplare casi di violenza avvenuti a seguito di conflitti armati, dovuti principalmente alla situazione che viveva la popolazione centroamericana durante quel decennio. La Dichiarazione estende la definizione di rifugiato al fine di fornire protezione a quelle persone che sono costrette a lasciare i loro paesi di origine perché "[...] la loro vita, sicurezza o libertà sono state minacciate da una violenza diffusa, da aggressioni straniere, da conflitti, violazioni massicce dei diritti umani o gravi alterazioni dell'ordine pubblico". L'accordo citato include un approccio basato sui diritti umani in grado di accogliere gli sfollati climatici. Tuttavia non è uno strumento giuridicamente vincolante, quindi ogni Stato è libero o meno di adottarlo e di stabilire la propria procedura per concedere questo status. Per questo motivo diversi gruppi per i diritti umani, accademici e rappresentanti della società civile chiedono il riconoscimento della categoria giuridica di "rifugiato climatico". Tuttavia c'è molta riluttanza da parte degli

[26] Dichiarazione di Cartagena sui Rifugiati, Adottata dal colloquio sulla protezione internazionale dei rifugiati in America Centrale, Messico e Panama: problemi giuridici ed umanitari, Cartagena De Indias, 19-22 Novembre 1984, 3. *Riaffermare* che, data l'esperienza acquisita in seguito all'afflusso in massa di rifugiati nella regione centro-americana, diventa necessario prevedere l'estensione del concetto di rifugiato, tenendo eventualmente conto, ed in funzione delle caratteristiche della situazione nella regione, del precedente della Convenzione dell'OUA (art. 1, para 2) e della dottrina seguita nei rapporti della commissione interamericana dei diritti umani. In tal modo, la definizione o il concetto di rifugiato, di cui raccomandare l'applicazione nella regione, potrebbe non soltanto inglobare gli elementi della Convenzione del 1951 e del Protocollo del 1967, ma anche estendersi alle persone fuggite dal loro paese perché la loro vita, la loro sicurezza e la loro libertà erano minacciate da una violenza generalizzata, un'aggressione straniera, conflitti interni, una violazione massiccia dei diritti dell'uomo o altre circostanze che abbiano gravemente turbato l'ordine pubblico; https://www.unhcr.org/it/media/dichiarazione-di-cartagena-del-1984-pdf

Stati e delle Organizzazioni Internazionali al riguardo. Secondo parte della dottrina minoritaria è necessario riformare la Convenzione di Ginevra sullo status dei rifugiati o creare un nuovo trattato internazionale che contempli questi casi di sfollamento e stabilisca norme vincolanti[27]. Secondo la dottrina maggioritaria invece tale previsione potrebbe danneggiare i progressi già compiuti nel regime dei rifugiati conseguentemente la proposta più favorevole sarebbe stabilire accordi o principi guida a livello regionale o nazionale. Quest'ultimo è quello che ha avuto la maggiore consenso nel diritto internazionale e ha promosso i più recenti progressi in questo senso[28]. I Principi Guida sugli sfollamenti interni (1998) approvati dalla Commissione delle Nazioni Unite sui Diritti Umani (UNHRC) ne sono un esempio. Quest'ultimi hanno l'obiettivo di fornire assistenza legale e protezione alle persone che migrano all'interno dei propri paesi[29]. Questo strumento, a differenza dei precedenti, fa espressa menzione delle migrazioni climatiche, poiché definisce sfollati interni quelle persone o gruppi di persone che: sono stati costretti o obbligati a fuggire o a fuggire dalla propria abitazione o dal luogo di residenza abituale, in particolare a causa o per evitare gli effetti di un conflitto armato, di situazioni di violenza generalizzata, di violazioni dei diritti umani o disastri naturali o causati dall'uomo e che non hanno attraversato un confine statale riconosciuto a livello internazionale.

In relazione al ruolo della *soft law* il *Global Compact for Migration* riconosce espressamente il nesso tra cambiamento climatico, degrado ambientale e mobilità umana, invitando gli Stati a sviluppare strategie di adattamento, canali di migrazione regolare e forme di protezione umanitaria.

---

[27] F.P. Beatriz, *Las migraciones climáticas ante el ordenamiento jurídico internacional*, Editorial Aranzadi, Pamplona, 2019, p.249; V. Valencia, Hernando, Diccionario Spada Derechos Humanos. Preface of Baltasar Garzón. Editions Espasa Calpe, Madrid, 2003, p. 143; S.B.Pentinat , *Dossier: Refugiados ambientales: Estatuto Jurídico de Protección Internacional de los refugiados ambientales.* Rev. Int. Mob. Hum., Brasilia, Ano XIX, n. 36, January/June, 2011

[28] J.Draper, *Climate change and displacement: Towards a pluralist approach. European Journal of Political Theory*, 23(1), 2022, p.44 ss., 64, , R. Mcleman, *Climate-related migration and its linkages to vulnerability, adaptation, and socioeconomic inequality: evidence from recent examples* in Research *Handbook On Climate, Change, Migration And The Law*Series Editor: Jonathan Verschuuren, Tilburg University, the Netherlandspp, 29-32; J.Morrissey, *Rethinking the 'Debate on Environmental Refugees': from 'Maximilists and Minimalists' to 'Proponents and Critics'*, in Journal of Political Ecology, 2012, 19, p. 36 ss., 49.

[29] Representative of the Secretary-General, Mr. Francis M. Deng, *Report of the Representative of the Secretary-General, Mr. Francis M. Deng, submitted pursuant to Commission resolution 1997/39. Addendum: 1998 Guiding Principles on Internal Displacement*, E/CN.4/1998/53/Add.2, UN Commission on Human Rights, 11 February 1998.

La sua rilevanza giuridica va dunque valutata non tanto in termini di immediata applicabilità, quanto come strumento interpretativo e programmatico, idoneo a orientare l'azione statale e a rafforzare approcci cooperativi alla governance delle migrazioni.

Ciò non implica, tuttavia, una sopravvalutazione della *soft law*. L'assenza di meccanismi di monitoraggio e di enforcement limita l'effettività di tali strumenti e ne determina un'attuazione disomogenea. Ne consegue che il loro contributo alla tutela dei migranti ambientali deve essere letto in chiave complementare rispetto agli obblighi derivanti dal diritto internazionale dei diritti umani e, in particolare, dal principio di non-refoulement, piuttosto che come un'alternativa agli strumenti giuridicamente vincolanti esistenti. Al riguardo, l'Agenda per la protezione degli sfollati transfrontalieri nel contesto dei disastri e dei cambiamenti climatici emanata dall'Iniziativa Nansen nel 2015[30] è uno dei più grandi risultati nella sfera internazionale in relazione alla protezione degli sfollati climatici. Questa iniziativa, nata dalla preoccupazione degli Stati riguardo agli effetti sociali dei cambiamenti climatici, stabilisce una serie di raccomandazioni per affrontare il fenomeno della migrazione climatica transfrontaliera, quali: rivedere le leggi o le politiche nazionali sugli sfollamenti interni [...] [e] sulla gestione del rischio di catastrofi [...]. Incorporare [...] considerazioni di sostegno e protezione per gli sfollati interni [...]. Generare [...] progetti e programmi per l'assistenza umanitaria, la riabilitazione, il recupero e la ricostruzione nel contesto dei disastri [...]. Garantire che le persone interessate siano informate, consultate e partecipino ai processi pertinenti […]. Enfatizzare il ripristino dei mezzi di sussistenza e dei servizi di base. [...] Incorporare [...] misure che supportino soluzioni durevoli [...] e consentano agli sfollati interni di resistere meglio ai futuri rischi naturali, al degrado ambientale e agli effetti negativi del cambiamento *climatico*. Questo documento sottolinea che "le politiche per affrontare i processi migratori umani nel contesto dei disastri naturali devono essere molto varie e dipendere sia dal tipo di mobilità umana sia dal rischio che colpisce i territori locali", riconoscendo le disuguaglianze che si intrecciano e determinano in

[30] The Nansen Initiative Global Consultation, Geneva, 12-13 Ottobre 2015, https://disasterdisplacement.org/wp-content/uploads/2015/02/GLOBAL-CONSULTATION-REPORT.pdf; J.McAdam, *From the Nansen initiative to the platform on disaster displacement: shaping international approaches to climate change, disasters and displacement)* (2016) 39(4) UNSW Law Journal p.1518 ss., 1522; S.Pinnington, *Book Review: Climate Change and Displacement: Multidisciplinary Perspectives*, by J. McAdam (ed), Osgoode Hall Law Journal 49.1 , 2011, p.167 ss., 171

gran parte queste situazioni. Di talché, identifica pratiche efficaci che gli Stati possono incorporare nelle proprie leggi e politiche.

Il *Global Compact for Safe, Orderly and Regular Migration*[31] (2018) approvato dall'Assemblea Generale dell'ONU, questo Patto globale non vincolante rappresenta uno degli sforzi più completi per affrontare la migrazione in tutte le sue forme[32]. L'Obiettivo 2 del Compact mira esplicitamente a minimizzare gli effetti negativi dei cambiamenti climatici e dei disastri ambientali sulla migrazione. Tra le azioni previste, vi sono l'elaborazione di strategie di adattamento, la pianificazione di migrazioni regolari, e il supporto a comunità colpite da eventi climatici estremi. Tuttavia, l'assenza di un meccanismo coercitivo ne limita l'efficacia. Anche il *Sendai Framework for Disaster Risk Reduction* (2015–2030)[33] accordo globale adottato durante la Terza Conferenza mondiale delle Nazioni Unite sulla riduzione del rischio di catastrofi, tenutasi a Sendai, in Giappone, il 18 marzo 2015, anche se non specificamente incentrato sulla migrazione riconosce il legame tra rischio di disastri, vulnerabilità climatica e spostamenti umani. In particolare, delinea sette obiettivi chiari e quattro priorità d'azione nel Quadro di Sendai per prevenire nuovi rischi di catastrofe e ridurre quelli esistenti: (i) comprendere il rischio di catastrofe; (ii) rafforzare la *governance* del rischio di catastrofe per gestirlo; (iii) investire nella riduzione delle catastrofi per la resilienza e; (iv) migliorare la preparazione alle catastrofi per una risposta efficace e per "ricostruire meglio" nella ripresa, nella riabilitazione e nella ricostruzione.

L'analisi del quadro normativo internazionale rivela una tensione strutturale tra l'inadeguatezza degli strumenti giuridici vincolanti (*hard law*) e il potenziale degli strumenti non vincolanti (*soft law*). La Convenzione di

[31] Resolution adopted by the General Assembly on 19 December 2018 [without reference to a Main Committee (A/73/L.66)] 73/195, Global Compact for Safe, Orderly and Regular Migration,, https://docs.un.org/en/A/RES/73/195

[32] Sulla funzione della soft law nello sviluppo progressivo del diritto internazionale, Cfr E. Shelton, ***Soft Law*,** in D. Armstrong (ed.), *Routledge Handbook of International Law*, Routledge, 2008, p.19 ss., 22;

K. W. Abbott – D. Snidal, *Hard and Soft Law in International Governance*, *International Organization*, 2000, p. 421.

[33] Sendai Framework for Disaster Risk Reduction 2015-2030, https://www.uncclearn.org/resources/library/sendai-framework-for-disaster-risk-reduction-2015-2030/, A.Aitsi-Selmi, S.Egawa, H. Sasaki, *The Sendai Framework for Disaster Risk Reduction: Renewing the Global Commitment to People's Resilience, Health, and Well-being*. Int J Disaster Risk Sci 6, 2015, p.164 ss., 176.

Ginevra del 1951, pilastro del diritto internazionale dei rifugiati, è ancorata a un paradigma persecutorio individuale che ne preclude l'applicazione alle migrazioni indotte da cause ambientali, sistemiche e spesso collettive. Tale limite intrinseco è solo parzialmente superato da strumenti regionali come la Convenzione dell'OUA del 1969 o la Dichiarazione di Cartagena del 1984, che pur avendo ampliato la definizione di rifugiato includendo "gravi turbamenti dell'ordine pubblico", non sono concepiti per affrontare specificamente l'eziologia climatica dello sfollamento.

La letteratura giuridica ha a lungo dibattuto sulla strategia più efficace per colmare il vuoto di tutela. Di talchè innanzi a questa rigidità del *hard law*, la dottrina internazionalistica ha progressivamente rivalutato il ruolo normativo della *soft law*, soprattutto in settori, come quello migratorio[34] e ambientale, caratterizzati da alta sensibilità politica e dalla resistenza degli Stati ad assumere nuovi obblighi vincolanti. Per converso rispetto a una visione riduttiva priva di efficacia giuridica, una parte significativa della letteratura[35] (Shelton, Boyle[36]; Abbott[37] e Snidal[38]) riconosce alla *soft law* una funzione fondamentale nello "sviluppo progressivo" del diritto internazionale. In questa prospettiva, strumenti non vincolanti possono generare aspettative normative, orientare l'interpretazione giurisprudenziale, influenzare le prassi burocratiche e, infine, preparare la base per la successiva cristallizzazione di norme consuetudinarie o convenzionali[39].

Ebbene, applicando tale quadro teorico, documenti come i Principi Guida sugli Sfollati Interni (1998), l'Agenda dell'Iniziativa Nansen (2015) e il Global Compact for Migration (2018) non possono essere liquidati come atti

[34] K.W. Abbott, S. Duncan, *Hard and Soft Law in International Governance* , International Organization, Vol. 54, 2000, p.421 ss., 424.

[35] D. Shelton, *Commitment and Compliance: The Role of Non-Binding Norms in the International Legal System*. Oxford University Press, 2008, p.6 ss., 11.

[36] N.S.Ghaleigh, A.Boyle, *Climate Change And International Law Beyond* The UNFCCC (March 19, 2021). Edinburgh School of Law Research Paper No. 2020/06, p.6 ss., 7; A.N. Pronto, *Some Thoughts on the Making of International Law,* European Journal of International Law, Volume 19, Issue 3, June 2008, p.601 ss., 616,

[37] K.WAbbott, *The Transnational Regime Complex for Climate Change. Environment and Planning C: Government and Policy,* 30(4), p.571 ss., 590.

[38] T.Stavland, *Great Power Cooperation on Climate Change: A Defensive Realist Perspective*, 2022, p.3 ss., 7; Grieco, J.Grieco, R.Power, D.Snidal, *The relative-gains problem for international cooperation. American Political Science Review*. 87(3), 1993, p.506.

[39] B.Docherty, T.Giannini, *Confronting a Rising Tide: A Proposal for a Convention on Climate Change Refugees,* 33 Harv. Envtl. L. Rev. 349 (2009), p.367 ss., 371.

meramente politici. Infatti, essi delineano piuttosto un framework normativo di riferimento che, pur nella sua non vincolatività, sta gradualmente modellando un linguaggio comune, identificando best practices e legittimando politiche nazionali più inclusive. Il Global Compact, in particolare, riconoscendo esplicitamente il nesso clima-migrazioni, agisce come potente strumento interpretativo e programmatico, spingendo gli Stati verso strategie di adattamento e canali di ingresso regolare.

Tuttavia, un'analisi critica non può sopravvalutare la *soft law*. La sua efficacia è intrinsecamente limitata dalla mancanza di meccanismi coercitivi di *enforcement* e dal conseguente rischio di un'attuazione disomogenea e selettiva. Il suo contributo deve quindi essere valutato in chiave complementare e propedeutica: esso non sostituisce la necessità di obblighi giuridicamente vincolanti, ma può creare le condizioni politiche e normative per il loro eventuale emergere. Conseguentemente, strumenti come il *Sendai Framework for Disaster Risk Reduction* e le conclusioni delle COP (dagli Accordi di Cancun all'Accordo di Parigi) che integrano la mobilità umana nell'agenda climatica, rappresentano elementi essenziali di un quadro normativo ancora in via di composizione[40] In tale contesto, la soft law assume un rilievo particolare, soprattutto in settori – come quello migratorio – caratterizzati da un'elevata sensibilità politica e da una persistente riluttanza degli Stati ad assumere obblighi giuridicamente vincolanti.

L'obiettivo è di conseguire una riduzione sostanziale del rischio di catastrofi e delle perdite di vite umane, mezzi di sussistenza e salute, nonché delle risorse economiche, fisiche, sociali, culturali e ambientali di persone, aziende, comunità e Paesi nei prossimi 15 anni.

Ciò posto passiamo ad esaminare quali sono gli strumenti internazionali esistenti a tutela dei flussi migratori indotti dai mutamenti climatici.

[40] A.Zimmermann, Andreas, F. Machts, J. Dörschner (eds), *The 1951 Convention Relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol: A Commentary*, Oxford Commentaries on International Law, 2011; online edn, Oxford Law Pro).

3.1 Gli strumenti internazionali esistenti

In relazione ai progressi nel regime ambientale internazionale[41], dal 2010 le Conferenze delle Parti (COP) della Convenzione quadro delle Nazioni Unite sui cambiamenti climatici hanno iniziato a incorporare la questione delle migrazioni climatiche nella loro agenda. In primo luogo, alla COP16 sono stati adottati gli Accordi di Cancun, in cui è stato stabilito l'obiettivo di creare Piani Nazionali di Adattamento contro il cambiamento climatico "come mezzo per determinare le esigenze di adattamento a medio e lungo termine e sviluppare e applicare strategie e programmi che rispondano a tali esigenze"[42]. In questo modo è stato riconosciuto per la prima volta il legame tra cambiamento climatico e mobilità stabilendo la necessità di "[adottare] misure per migliorare la comprensione, coordinamento e cooperazione in materia di sfollamento, migrazione e ricollocamento pianificato come conseguenza del cambiamento climatico […]". Da allora e negli anni successivi, un nuovo accordo vincolante che darebbe continuità al Protocollo di Kyoto del 1997[43] e stabilito il Meccanismo di Varsavia[44], il cui compito era quello di anticipare le perdite e i danni connessi con le conseguenze del cambiamento climatico. Il primo accordo vincolante è stato adottato alla COP21 nel 2015 cambiamenti climatici, l'Accordo di Parigi, che stabiliva l'obiettivo di limitare l'aumento della

[41] J.Knox, H., Linking *Human Rights and Climate Change at the United Nations*. Harvard Environmental Law Review, Vol. 33, 2009, Wake Forest Univ. Legal Studies Paper No. 1457793, pp. 483-484, https://ssrn.com/abstract=1457793

[42] *Report of the Conference of the Parties on its sixteenth session, held in Cancun from 29 November to 10 December 2010*, https://unfccc.int/resource/docs/2010/cop16/eng/07a01.pdf

[43] Protocollo di Kyoto sui cambiamenti climatici, Decisione 2002/358/CE del Consiglio, del 25 aprile 2002, relativa all'approvazione, in nome della Comunità europea, del Protocollo di Kyoto alla Convenzione quadro delle Nazioni Unite sui cambiamenti climatici e l'esecuzione congiunta degli impegni che ne derivano, https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=LEGISSUM:l28060&frontOfficeSuffix=%2F

[44] *Warsaw International Mechanism for Loss and Damage associated with Climate Change Impacts*(WIM) è stato istituito durante la Conferenza delle Parti (COP) di Varsavia nel 2013, https://unfccc.int/topics/adaptation-and-resilience/workstreams/loss-and-damage/warsaw-international-mechanism

temperatura inferiore a 2°C[45]. Inoltre, quest'ultimo ha sottolineato gli effetti sociali del cambiamento climatico e ha portato alla creazione di un gruppo di lavoro sullo sfollamento, responsabile della generazione di raccomandazioni "per evitare, ridurre [...] e affrontare il sfollamenti legati agli effetti negativi del cambiamento climatico". Quanto sopra rappresenta un progresso significativo per il diritto internazionale poiché la preoccupazione degli sfollati climatici è integrata nell'agenda ambientale internazionale e vengono stabilite linee guida per una migliore comprensione del problema, nonché per la creazione di un piano d'azione globale. In linea con l'Accordo di Parigi, la comunità internazionale ha la responsabilità di reperire i finanziamenti necessari e il supporto tecnico e umanitario per assistere coloro che sono sfollati oltre i confini nazionali a causa dei cambiamenti climatici e tutelare i loro diritti. Ebbene, nel contesto internazionale a livello normativo nonostante l'assenza di un quadro giuridico vincolante, esistono diversi strumenti normativi e *policy frameworks* a livello internazionale e regionale che menzionano espressamente o indirettamente la migrazione ambientale[46]. Quest'ultimi rappresentano dei punti di partenza importanti per la futura costruzione di un sistema di protezione efficace e codificato. Tuttavia, il loro carattere non vincolante o limitato nella portata ne riduce l'efficacia e l'universalità applicativa. Gli Stati membri possono agire in autonomia nell'introduzione di misure temporanee o complementari alla protezione internazionale classica. Alcuni Paesi come vedremo nei successivi paragrafi hanno già adottato formule di protezione umanitaria per cause diverse dalla persecuzione politica o religiosa, includendo tra queste anche fattori ambientali. Ebbene, sarebbe utile promuovere delle linee guida condivise a livello europeo, pur nel rispetto della sussidiarietà, per evitare trattamenti disomogenei tra i vari Stati membri e garantire protezione efficace alle persone in fuga da crisi ambientali. Queste strategie devono rispettare la dignità, l'identità culturale e i diritti territoriali delle popolazioni coinvolte, evitando logiche di espropriazione o marginalizzazione. Il caso delle isole

[45] *United Nations Framework Convention on Climate Change* (UNFCCC). Paris Agreement [Conference of the Parties]. Decision 1/CP.21, 2015, https://unfccc.int/process-and-meetings/the-paris-agreement

[46] A. Ricci, *Senegal in fuga. Terre arse, mari esausti e l'esodo climatico*, Rivista Giuridica dell'Ambiente, RGA On line, 2025, https://rgaonline.it/articoli/senegal-in-fuga-terre-arse-mari-esausti-e-lesodo-climatico/

Carteret[47] rappresenta un esempio utile di migrazione proattiva e partecipata. Gli isolani sono tra i primi gruppi documentati a subire una ricollocazione climatica guidata dalla comunità. Il loro contesto culturale e giuridico – in particolare l'intersezione tra regime fondiario matrilineare e tradizioni orali – li rende un caso giuridicamente valido per analizzare le lacune del diritto internazionale in materia di continuità culturale. Le interpretazioni giurisprudenziali e la giurisprudenza illustrano ulteriormente le sfide legate alla tutela del patrimonio culturale per le comunità sfollate. La gestione da parte dell'Alta Corte di Bougainville delle controversie territoriali relative al trasferimento degli isolani di Carteret è indicativa sia dei progressi che dei limiti nel riconoscimento dei legami culturali con la terra. Nel caso n. 345 dell'Alta Corte di Bougainville[48], la Corte ha affrontato una controversia sull'assegnazione di terreni agli isolani di Carteret reinsediati, in cui i ricorrenti chiedevano il riconoscimento dei loro diritti consuetudinari sulle terre appena assegnate. In particolare, l'autorità giudicante ha riconosciuto il significato culturale legato ai terreni tradizionali, sottolineando il legame ancestrale degli isolani con la loro terra d'origine. Dal loro punto di vista, qualsiasi trasferimento forzato o incentivato di terreni, anche per scopi umanitari, può essere interpretato come una dislocazione culturale. Gli attuali regimi giuridici, fondati sull'esclusività territoriale e su modelli di proprietà fissi, faticano a conciliare tali relazioni ontologiche sovrapposte con la terra. Tuttavia, la sentenza è stata formulata in modo restrittivo, concentrandosi prevalentemente sui diritti fondiari senza affrontare adeguatamente le più ampie implicazioni dello spostamento per il patrimonio culturale immateriale, come i rituali tradizionali, le storie orali e le pratiche comunitarie. Questo caso sottolinea i limiti degli attuali sistemi giuridici nel preservare in modo completo il patrimonio culturale, poiché il riconoscimento della proprietà

[47] Le Isole Carteret, parte della Regione Autonoma di Bougainville in Papua Nuova Guinea, sono composte da sei piccoli isolotti: Han, Huene, Iangain, Iolasa, Piul e Yavomo. Questo atollo, composto da sei piccoli isolotti situati nel Pacifico, ospita una popolazione di circa 1.322 persone, la maggior parte delle quali di origine melanesiana. Gli abitanti parlano principalmente halia, tok pisin e inglese, e le loro pratiche religiose sono dominate dal cattolicesimo romano. Nonostante le piccole dimensioni della popolazione, la profondità culturale e la struttura comunitaria degli isolani di Carteret riflettono un legame di lunga data sia con il loro ambiente naturale che con le usanze tradizionali.

[48] AJ Regan. *Autonomy and conflict resolution in Bougainville, Papua New Guinea*. In: Ghai Y, Woodman S, eds. Practising Self-Government: A Comparative Study of Autonomous Regions. Law in Context. Cambridge University Press; 2013, p.412.

terriera non si estende necessariamente alla garanzia della continuità delle pratiche culturali che sono spesso indissolubilmente legate a quella terra. L'integrazione sistematica della dimensione migratoria nei Piani Nazionali di Adattamento Climatico (NAP), nei documenti strategici di cooperazione allo sviluppo e nelle politiche di riduzione del rischio di disastro. Il panorama degli strumenti internazionali pertinenti è frammentato ma in costante evoluzione. Di conseguenza, accanto ai pilastri del diritto dei rifugiati e dei diritti umani, si è sviluppato un insieme di strumenti settoriali che, direttamente o indirettamente, affrontano il nesso clima-migrazione. Il regime della Convenzione Quadro delle Nazioni Unite sui Cambiamenti Climatici (UNFCCC) ha gradualmente incorporato la questione, a partire dal riconoscimento del legame nei cancelli Accordi di Cancun (COP16) fino all'istituzione del Meccanismo di Varsavia su Perdite e Danni e al richiamo agli sfollati nell'Accordo di Parigi. Questi testi, sebbene non concepiti come strumenti di protezione migratoria, forniscono una base istituzionale importante e legittimano l'integrazione della dimensione migratoria nei Piani Nazionali di Adattamento (NAP).

Parallelamente, strumenti come la Convenzione di Kampala dell'Unione Africana del 2009 dimostrano che è possibile instaurare regimi vincolanti a livello regionale che riconoscano esplicitamente i disastri naturali e il degrado ambientale come cause di sfollamento. Tale modello, pur territorialmente limitato, offre un precedente giuridico significativo e replicabile.

Tuttavia, la sfida principale risiede nella coordinazione tra questi diversi livelli e strumenti (hard law regionale, soft law globale, regime climatico, diritto umanitario). Il caso delle Isole Carteret e la complessa questione del reinsediamento comunitario pongono, altresì, interrogativi profondi sulla capacità degli attuali quadri giuridici – spesso basati su concetti occidentali di proprietà – di tutelare il patrimonio culturale immateriale e i diritti fondiari consuetudinari delle comunità indigene colpite. Questi casi limite evidenziano che qualsiasi futuro strumento di protezione dovrà essere intersezionale, riconoscendo non solo la vulnerabilità ambientale, ma anche quelle culturale, sociale ed economica. Le migrazioni ambientali devono essere riconosciute dunque come una forma di adattamento, da sostenere con risorse finanziarie, programmi di *capacity building* e partenariati tra Paesi. Premesse queste considerazioni, si procede ad esaminare i provvedimenti a

tutela del migrante climatico adottati dal Comitato per i Diritti Umani delle Nazioni Unite e dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo (CEDU).

3.2 Il migrante climatico tra pareri internazionali e giurisprudenza europea

La giurisprudenza internazionale, nel suo insieme, delinea un percorso ambiguo ma significativo: da un lato, riconosce il nesso tra degrado ambientale estremo e violazione dei diritti umani fondamentali (diritto alla vita, vita familiare); dall'altro, richiede una soglia probatoria altissima (rischio imminente, individualizzato) che ne limita l'applicazione ai soli casi più estremi. Ciò suggerisce che la via contenziosa, pur fondamentale per uno sviluppo evolutivo del diritto, non può essere considerata la risposta sistemica al fenomeno. La giurisprudenza contribuisce a chiarire i confini degli obblighi statali e a legittimare una lettura estensiva del principio di non-refoulement, ma lascia ampi margini di discrezionalità agli Stati e non offre soluzioni generalizzabili per la protezione dei migranti ambientali. Vi sono alcune circostanze in cui i governi nazionali hanno garantito determinati livelli di protezione alle persone sfollate all'estero a causa dei cambiamenti climatici. L'analisi della giurisprudenza internazionale e regionale in materia di migrazioni indotte da fattori ambientali restituisce un quadro ancora frammentario, ma non privo di elementi evolutivi. In particolare, essa fornisce argomenti per un'interpretazione più estensiva della protezione sussidiaria e del principio di non-refoulement come nel caso *Teitiota v. New Zealand* (UN Human Rights Committee del 7 gennaio 2020, 2020[49]). *Ioane Teitiota*[50], cittadino di Kiribati, aveva richiesto asilo sostenendo che la crescente insalubrità del proprio Paese, dovuta all'innalzamento del livello del mare, rendeva impossibile garantire la sopravvivenza della propria famiglia. La Nuova Zelanda ha rigettato la sua richiesta, e successivamente anche il Comitato per i Diritti Umani delle Nazioni Unite ha confermato la decisione, pur riconoscendo che, in casi estremi, il ritorno in un Paese devastato da disastri ambientali potrebbe costituire una violazione del diritto alla vita,

[49] *UN Human Rights Committee Views Adopted on Teitiota Communication, Reporter Info*: CCPR/C/127/D/2728/2016,https://climatecasechart.com/wp-content/uploads/non-us-case-documents/2020/20200107_CCPRC127D27282016_opinion.pdf

[50] S. Domaine, *Cambiamenti climatici e diritti umani: il divieto di refoulement in Teitiota c. Nuova Zelanda in Federalismi*, FOCUS Human Rights N. 23 - 27/07/2020, p.33 ss., 35; S.Nespor, *I Rifugiati ambientali*, in Federalismi, Journal of Italian, Community and Comparative Public Law, n.4/2007

garantito dall'articolo 6 del Patto Internazionale sui Diritti Civili e Politici (ICCPR). In particolare, il Comitato ONU, nella decisione pubblicata nel gennaio 2020, rileva che lo Stato può essere ritenuto responsabile di violazione del diritto alla vita quando, pur non avendo posto in essere alcuna condotta calcolata per provocare un evento ragionevolmente prevedibile, non è in grado di dimostrare di aver adottato tutte le misure possibili per salvaguardare la vita di coloro che sono sotto la sua giurisdizione (come ad esempio garantire il diritto al cibo, all'acqua, al riparo, ecc.), per far fronte a condizioni generali che possono creare una seria minaccia al godimento del diritto alla vita, come il degrado ambientale, il cambiamento climatico e lo sviluppo non sostenibile, o non ha adottato misure per ridurre al minimo gli effetti e i rischi di un fenomeno naturale inaspettato e violento. Questo provvedimento ha rappresentato una svolta importante nel dibattito internazionale, aprendo la possibilità che, in futuro, i disastri ambientali possano costituire una base giuridica per la protezione internazionale, almeno in casi limite.

Nel 2022, il Comitato è intervenuto in un caso simile che riguardava una denuncia congiunta di otto cittadini australiani e sei dei loro figli. Tutti sono residenti di Boigu, Poruma, Warraber e Masig[51], quattro piccole isole basse nella regione dello Stretto di Torres in Australia. I residenti hanno affermato che i loro diritti erano stati violati perché l'Australia non era riuscita ad adattarsi al cambiamento climatico, anche migliorando le dighe marine sulle isole e riducendo le emissioni di gas serra. A questo proposito, il Comitato ha rilevato che l'incapacità dell'Australia di proteggere adeguatamente gli isolani dello Stretto di Torres dagli impatti negativi del cambiamento climatico ha violato l'articolo 6 del Patto internazionale sui diritti civili e politici (1966), vale a dire il diritto degli isolani dello Stretto di Torres a godere della cultura e della vita familiare. Di conseguenza, il Comitato ha invitato l'Australia a risarcire gli isolani per i danni subiti, a

[51] *D.Billy and others v Australia* (Torres Strait Islanders Petition), Reporter Info: CCPR/C/135/D/3624/2019, https://climatecasechart.com/non-us-case/petition-of-torres-strait-islanders-to-the-united-nations-human-rights-committee-alleging-violations-stemming-from-australias-inaction-on-climate-change/; Australia violated Torres Strait Islanders' rights to enjoy culture and family life, UN Committee finds, https://www.ohchr.org/en/press-releases/2022/09/australia-violated-torres-strait-islanders-rights-enjoy-culture-and-family; https://humanrights.gov.au/sites/default/files/content/social_justice/nt_report/ntreport08/pdf/casestudy1.pdf

impegnarsi in consultazioni significative con le loro comunità per valutare le loro esigenze e ad adottare misure per continuare a garantire l'esistenza sicura delle comunità sulle loro isole. In conclusione, la Convenzione di Ginevra rimane uno strumento fondamentale, ma insufficiente per rispondere alle sfide poste dalle migrazioni ambientali. Occorre quindi riflettere sulla possibilità di un aggiornamento o, in alternativa, di strumenti giuridici paralleli e complementari capaci di garantire tutela effettiva alle persone in fuga da condizioni di degrado ecologico e disastri naturali sempre più frequenti e devastanti. Nella vicenda in esame il Comitato per i diritti umani delle Nazioni Unite pur respingendo il ricorso nel merito, ha affermato che il degrado ambientale e gli effetti del cambiamento climatico possono, in determinate circostanze, incidere sul contenuto del diritto alla vita ai sensi dell'art. 6 del Patto internazionale sui diritti civili e politici e, conseguentemente, attivare il principio di non-refoulement. Tale affermazione, sebbene formulata in termini prudenziali e ancorata a soglie di rischio particolarmente elevate, segna un riconoscimento esplicito della rilevanza giuridica dei fattori ambientali nel contesto della protezione internazionale.

Tuttavia, la portata innovativa di Teitiota resta limitata dalla scelta del Comitato di richiedere un rischio imminente e individualizzato, difficilmente riscontrabile nelle situazioni di degrado ambientale progressivo. Ne deriva una tutela essenzialmente residuale, idonea a operare solo in casi estremi e incapace di rispondere in modo sistematico alle dinamiche di mobilità legate ai processi climatici a lenta insorgenza.

Un'impostazione analoga emerge dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo. Sebbene la Corte abbia progressivamente integrato la dimensione ambientale nell'interpretazione degli artt. 2 e 8 CEDU, essa continua a considerare il danno ambientale prevalentemente come un elemento contestuale nella valutazione delle violazioni dei diritti fondamentali, senza riconoscere un autonomo obbligo di protezione contro il respingimento per cause climatiche. Anche in questo caso, la soglia di gravità richiesta per attivare la tutela convenzionale risulta particolarmente elevata.

Nel loro insieme, tali pronunce evidenziano come il contenzioso internazionale svolga una funzione prevalentemente interpretativa ed evolutiva, ma non sia ancora in grado di colmare il vuoto di tutela esistente.

Va inoltre sottolineato come la giurisprudenza in materia resti frammentaria e disomogenea: mentre la Corte Europea dei Dritti dell'Uomo

(d'ora in poi CEDU), iniziano a riconoscere elementi ambientali nei procedimenti d'asilo, la maggior parte delle decisioni si attiene a interpretazioni restrittive della Convenzione. In particolare, la sentenza *Sufi ed Elmi*[52] della CEDU. Quarta sezione, nella sentenza del 28 giugno 2011, *Sufi e Elmi contro Regno Unito* (ricorsi nn. 8319/07 - 11449/07)[53] afferma che se le condizioni umanitarie in Somalia fossero interamente e prevalentemente attribuibili alla povertà o alla mancanza di risorse statali per far fronte a un fenomeno naturale, allora si potrebbe sostenere (come in N. contro Regno Unito) che tali condizioni potrebbero essere considerate in violazione dell'articolo 3 della CEDU solo in casi estremamente eccezionali. Tuttavia, nella valutazione della Corte, le condizioni in Somalia, sebbene aggravate dalla siccità, sono dovute principalmente alle azioni dirette o indirette delle parti in conflitto e al rifiuto di al- Shabaab di consentire alle agenzie internazionali di operare nelle aree sotto il suo controllo.

Inoltre, le recenti sentenze nel caso *Duarte Agostinho e altri c. Portogallo* e, soprattutto, *Verein KlimaSeniorinnen Schweiz c. Svizzera* (2024) rafforzano il nesso tra obblighi climatici degli Stati e tutela dei diritti umani, aprendo potenziali scenari futuri per rivendicazioni legate agli impatti climatici sulla mobilità.

Tuttavia, la giurisprudenza delineata impone una soglia probatoria altissima (rischio "imminente" e "individualizzato"), rendendo la tutela giurisdizionale essenzialmente residuale e inaccessibile alla maggioranza dei migranti climatici, le cui vulnerabilità derivano da processi lenti e collettivi. Essa svolge dunque una funzione prevalentemente interpretativa ed evolutiva, chiarendo i confini degli obblighi statali e legittimando letture più ampie del non-refoulement, tuttavia non può essere considerata la risposta sistemica al vuoto di tutela. La strada principale per la protezione resta quella

[52] E.Parisciani, *Migranti in fuga da situazioni di Conflitto e violenza indiscriminata e Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo: il caso Sufi e Elmi* (Migrants Fleeing Situations of Armed Conflict and Indiscriminate Violence and the European Convention on Human Rights: *The Sufi and Elmi* ECtHR Judgment, 2013; E.Ferragina, D.A.L Quagliarotti., *L'ambiente. Cambiamenti climatici e processi di desertificazione nel Mediterraneo, in Rapporto sulle economie del Mediterraneo*, edizione 2006, a cura di P. Malanima, il Mulino, Bologna 2006, p. 194.

[53] Corte EDU, 28 giugno 2011, ric.8319/07 e 11449/07, *Sufi And Elmi V. The United Kingdom, Fourth Section*, Https://Hudoc.Echr.Coe.Int/Fre#{%22itemid%22:[%22001-105434%22]}

politica e normativa, di cui la giurisprudenza può al massimo facilitare il cammino.

In particolare, nella sentenza CEDU *Duarte Agostinho*[54] e altri contro Portogallo (2020) Ricorso n. 39371/2020 del 9 aprile 2024, dinanzi alla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo il ricorrente ha sollevato i diritti sanciti dall'articolo 2 e dall'articolo 8 nel contesto dei Paesi che vengono meno alle loro responsabilità climatiche. Ciò sarà particolarmente vero se la Corte riconoscerà un diritto a un ambiente sano distinto dagli articoli 2 e 8, come richiesto dal Commissario per i diritti umani del Consiglio d'Europa. A seconda della sentenza questo potrebbe avere importanti implicazioni per le future rivendicazioni di diritti climatici ai sensi della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, dato che la l'autorità giudiziaria si è precedentemente pronunciata su misure di immigrazione tra cui espulsione, ricongiungimento familiare, condizioni di asilo ed espulsione collettiva. Per converso nella Sentenza del 9 aprile 2024, (ricorso n. 53600/20), la CEDU nel caso *Verein Climate-friendly Switzerland (The Senior Women for Climate Association Protection Switzerland - Elderly for Climate Switzerland)*[55] e altri c. Svizzera ha altresì condannato la Svizzera per violazione dei diritti umani in materia ambientale[56]. Secondo i giudici di Strasburgo, la Svizzera non ha adottato le misure necessarie per contenere il riscaldamento globale, in palese violazione dell'articolo 8 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo, vale a dire il diritto al rispetto della vita privata e familiare, in quanto non ha adottato strumenti adeguati per modificare gli effetti dei cambiamenti climatici, compresi quelli per raggiungere l'obiettivo del 2030 fissato dall'Accordo di Parigi. La seconda violazione, di natura procedurale ai sensi dell'art. 6 § 1, riguarda il fatto che le autorità giudiziarie svizzere non hanno ritenuto necessario esaminare il merito della questione climatica oggetto del ricorso, rifiutandosi di prendere in considerazione le prove scientifiche relative ai cambiamenti climatici. In Italia, la Corte costituzionale,

[54]Corte EDU, 9 aprile 2024, ricorso n. 39371/20, *Duarte Agostinho e al. c. Portugal e 32 al.* https://hudoc.echr.coe.int/eng/#{%22itemid%22:[%22002-14303%22]}

[55] Corte EDU, 9 aprile 2024, ric. 53600/20, *Verein KlimaSeniorinnen Schweiz and others v. Switzerland* (communicated case) - https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22002-13212%22]}

[56] N. Napoletanto, *Cambiamento climatico e Corte europea dei diritti umani* European Papers, Vol. 9, 2024, No 3, pp. 1487-1496, https://www.europeanpapers.eu/europeanforum/cambiamento-climatico-e-corte-europea-diritti-umani

con sentenza n. 105/2024[57], depositata il 13 giugno 2024, ha stabilito che alla luce di quanto previsto dall'art. 9 della Costituzione, ha ritenuto illegittima anche la mancata previsione nell'art. 104-bis, comma 1-bis.1, quinto periodo, delle norme di attuazione del codice di procedura penale, come introdotto dal decreto legislativo 5 gennaio 2023, n. 2 (Misure urgenti per gli impianti di interesse strategico nazionale), di un termine massimo di 36 mesi per l'operatività delle cosiddette "misure di bilanciamento" che il Governo, in caso di sequestro di impianti necessari ad assicurare la continuità produttiva degli impianti di interesse strategico nazionale, può adottare a tutela degli interessi economici nazionali e di salvaguardia dell'occupazione valutare la legittimità costituzionale, la Corte ha richiamato la sentenza CEDU *Verein Climate-friendly Switzerland* (Associazione Senior Donne per la Protezione del Clima Svizzera - Anziani per il Clima Svizzera)[58] e altri c. Svizzera ricorso n. 53600/20 al comma 539, ha evidenziato che la recente riforma costituzionale del 2022 ha attribuito espressa ed autonoma rilevanza, nel nuovo testo dell'art. 9, alla tutela dell'ambiente, della biodiversità e degli ecosistemi, anche nell'interesse delle generazioni future.

L'esame della giurisprudenza internazionale ed europea delinea un percorso ambivalente ma significativo. Da un lato, i casi *Teitiota* e *Billy* et al., su clima e diritti umani, riconoscono il nesso tra degrado ambientale estremo e violazione dei diritti fondamentali (ad esempio una violazione del diritto alla vita - art. 6 ICCPR), sottolineando un'applicazione estensiva del principio di non-refoulement. In particolare, nel caso *Billy* et al. vs. *Australia* (2022), il Comitato ha riconosciuto l'inadempimento degli obblighi positivi di uno Stato nel proteggere i propri cittadini (in quel caso, gli isolani dello Stretto di Torres) dagli impatti climatici, violando il diritto alla vita e alla vita familiare.

Le recenti sentenze della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo (d'ora in poi CEDU) invece hanno mostrato analogamente un'evoluzione prudente. Infatti, pur non avendo ancora riconosciuto un autonomo diritto all'asilo per cause climatiche, la Corte ha progressivamente integrato le considerazioni ambientali nell'interpretazione degli articoli 2 (diritto alla vita) e 8 (rispetto

[57] Cost.13 giugno 2024, n.105
M. Greco, *Il diritto costituzionale dell'ambiente dopo la riforma: alcune conferme e qualche (inattesa) novità nella sentenza della Corte costituzionale n. 105/2024* in Diritti Comparati, 2024.

[58] E. Guarna *Assanti, Verein KlimaSeniorinnen and others v. Switzerland:* una conferma del ruolo fondamentale dei diritti umani per la tutela del clima, in Diritti comparati, 18 aprile 2024

della vita privata e familiare) della Convenzione. Le sentenze CEDU come *Sufi ed Elmi vs. Regno Unito* hanno altresì stabilito che le condizioni ambientali degradate, se aggravate da conflitti o incapacità statale, possono rilevare nella valutazione del rischio di trattamenti inumani o degradanti

Dall'altro, le pronunce impongono una soglia probatoria altissima (rischio imminente e individualizzato), rendendo questa via giurisdizionale di fatto inaccessibile per la maggioranza dei migranti climatici, le cui vulnerabilità sono spesso collettive e derivano da processi lenti.

Conseguentemente il contenzioso, pur fondamentale per un'evoluzione interpretativa del diritto, non può essere considerato la risposta sistemica al fenomeno. Piuttosto, esso fornisce argomenti potenti per sostenere due direttrici di riforma politica e normativa: 1) la necessità di armonizzare e rendere più accessibili a livello regionale le forme di protezione complementare (sussidiaria, umanitaria, temporanea) per chi fugge da disastri ambientali; 2) l'opportunità per i giudici nazionali di utilizzare gli standard contenuti negli strumenti di soft law (ad esempio, la definizione di "disastro" del *Sendai Framework*) come parametri interpretativi per applicare in modo più uniforme e generoso le clausole di protezione già esistenti". In altri termini le decisioni esaminate, se lette in modo sistematico, consentono di individuare alcune linee di tendenza rilevanti, pur evidenziando i limiti strutturali degli strumenti contenziosi attualmente disponibili.

Ciò posto si procede nei prossimi paragrafi ad una analisi comparativa al fine di individuare gli strumenti normativi a tutela dei migranti climatici, adottati in America Latina, in Europa con un breve riferimento all'America del Nord.

3.3. *Analisi Comparativa: la protezione internazionale degli sfollati climatici in America Latina*

L'accordo di libera mobilità dell'America Centrale consente la libera circolazione delle persone tra i confini di Guatemala, Nicaragua, El Salvador e Honduras, senza visti o passaporti e con limitate restrizioni doganali e migratorie. Questo progetto di integrazione risale al 14 ottobre 1951, quando Guatemala, Honduras, El Salvador, Nicaragua, Costa Rica e Panama fondarono l'Organizzazione degli Stati Centroamericani (ODECA). Quest'ultima ottenne progressi significativi e gettò le basi per l'integrazione

economica, sociale e politica della regione. In particolare, all'inizio degli anni Novanta, con l'entrata in vigore del Protocollo di Tegucigalpa alla Carta dell'ODECA, firmato nella capitale honduregna il 13 dicembre 1991, venne creato il Sistema di Integrazione Centroamericana (d'ora in poi SICA), che rappresenta il quadro politico e istituzionale per l'integrazione. La definizione di integrazione proposto dal Protocollo di Tegucigalpa, e sancito dal SICA, include diversi campi dell'attività umana, integrandosi a vicenda e promuovendo sinergie e un'azione globale. Si tratta di un processo sistemico, successivamente concretizzato nell'Alleanza per lo Sviluppo Sostenibile del 1994. Quest'ultimo costituisce un quadro basato su quattro pilastri: politico, socioculturale, economico e gestione sostenibile delle risorse naturali. Il concetto di non respingimento è stato confermato anche dalla Corte interamericana dei diritti dell'uomo in un parere consultivo, in cui ha affermato che l'espressione di protezione internazionale dovrebbe essere applicata, tra l'altro, "a qualsiasi persona straniera sulla base di obblighi internazionali in materia di diritti umani, e in particolare del principio di non respingimento, nonché della protezione complementare o di altre forme di protezione umanitaria". Più precisamente la Corte interamericana dei diritti dell'uomo, nel Parere consultivo OC-21/14 del 19 agosto 2014[59], richiesto dalla_Repubblica Argentina, dalla Repubblica Federale del Brasile, dalla Repubblica del Paraguay e dalla Repubblica Orientale dell'Uruguay sui diritti e le garanzie dei minori nel contesto della migrazione e/o della Repubblica Orientale dell'Uruguay sui diritti e le garanzie dei minori nel contesto della migrazione e/o che necessitano di protezione internazionale ha osservato che nella normativa internazionale manca una disciplina che regoli e tuteli i migranti ambientali come categoria a sé stante. Ciò che rileva è il mutamento considerevole delle condizioni climatiche rispetto al 1951, quando sicuramente l'entità degli spostamenti per cause ambientali era molto inferiore[60]. In relazione alle questioni relative alla Convenzione sui diritti

[59] *Inter-American Court Of Human Rights Advisory Opinion* Oc-21/14 Of August 19, 2014, Requested By The *Argentine Republic, The Federative Republic Of Brazil, The Republic Of Paraguay And The Oriental Republic Of Uruguay Rights And Guarantees Of Children* In The Context Of Migration And/Or In Need Of International Protection https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_21_eng.pdf

[60] *Inter-American Court Of Human Rights Advisory* Opinion Oc-21/14 Of August 19, 2014, par.211 -213. Nell'ambito del sistema interamericano, questo principio è rafforzato dal riconoscimento del diritto di ogni individuo a chiedere e ricevere asilo, dapprima

dell'infanzia del 20 novembre 1989[61], la Corte interamericana dei diritti umani ha individuato le circostanze particolari delle persone minorenni che erano membri di comunità indigene quando sono stati sfollati, volontariamente o forzatamente, fuori dal loro territorio e dalla loro comunità, indicando che le misure di protezione devono essere adottate e attuate tenendo conto del loro contesto culturale[62]. A livello regionale, l'Accordo regionale di Escazú sull'accesso alle informazioni, la partecipazione pubblica e l'accesso alla

nell'articolo XXVII della Dichiarazione americana e poi nell'articolo 22(7) della Convenzione americana. Di conseguenza, il principio di non respingimento deriva dagli obblighi fondamentali di rispettare e garantire i diritti di cui all'articolo 1(1) della Convenzione, assunti in relazione a ciascuno dei diritti tutelati e, in questo caso, con riguardo al diritto di ogni individuo a chiedere e ricevere asilo. Inoltre, in base a questo principio, gli Stati sono tenuti a non respingere ("refouler") o espellere una persona – richiedente asilo o rifugiato – verso uno Stato in cui la sua vita o la sua libertà possano essere minacciate a causa di persecuzione per motivi specifici o a causa di violenza generalizzata, aggressione straniera, conflitti interni, violazioni massicce dei diritti umani o altre circostanze che abbiano seriamente turbato l'ordine pubblico, né verso uno Stato terzo da cui la persona possa successivamente essere respinta nello Stato in cui ha subito tale rischio – una situazione che è stata definita "respingimento indiretto".

Tuttavia, avendo riconosciuto che il diritto dei rifugiati è stato il ramo pionieristico del diritto internazionale nell'adottare il principio di non respingimento, è anche importante notare che, oltre a includere il diritto di cercare e ricevere asilo, la Convenzione americana contiene una disposizione esplicita sul non respingimento. In quest'ottica e al fine di rispondere a tale quesito, la Corte analizzerà, in primo luogo, l'interpretazione dell'articolo 22(8) della Convenzione americana al fine di chiarire se tale disposizione corrisponda al principio di non respingimento, come sviluppato nei paragrafi precedenti, e poi esaminerà altre disposizioni convenzionali associate al principio di non respingimento. Nell'interpretazione di tali disposizioni, la Corte terrà conto anche di altre fonti di diritto internazionale pertinenti, pp.83-86.

[61] *Convention on the Rights of the Child*, 20 November 1989, https://www.ohchr.org/en/instruments-mechanisms/instruments/convention-rights-child

[62] *Inter-American Court Of Human Rights Advisory Opinion* Oc-21/14 Of August 19, 2014, par.123, Nel caso dei minori migranti, e in particolare di quelli non accompagnati o separati dalla famiglia, il diritto di essere ascoltati è particolarmente rilevante. Inoltre, qualsiasi dichiarazione di un minore deve essere soggetta alle corrispondenti misure procedurali di protezione, tra cui la possibilità di non rilasciare dichiarazioni, l'assistenza di un legale e la possibilità di rendere la dichiarazione davanti all'autorità legalmente autorizzata a riceverla. A questo proposito, per assicurare il diritto all'ascolto, gli Stati devono garantire che il procedimento si svolga in un ambiente che non sia intimidatorio, ostile, insensibile o inadeguato all'età del minore e che il personale incaricato di ricevere la dichiarazione sia adeguatamente formato, in modo che il minore si senta rispettato e sicuro nell'esprimere le proprie opinioni in un ambiente fisico, mentale ed emotivo appropriato, p.48.

giustizia in materia ambientale in America Latina e nei Caraibi include la preoccupazione per le ripercussioni sociali del cambiamento climatico sulle persone vulnerabili. Pertanto, sebbene l'Accordo[63] non faccia esplicito riferimento alla questione della migrazione climatica, in questo quadro si apre la possibilità di migliorare la comprensione di questo fenomeno e generare progressi riguardo alla protezione delle condizioni climatiche degli sfollati nella regione.

In relazione alla normativa dell'America Latina, possiamo richiamare gli strumenti di tutela adottati da Argentina e Bolivia. Nel 2010, l'Argentina ha adottato il Decreto n.616[64] per estendere la protezione della Legge Generale sul Riconoscimento e la Protezione dei Rifugiati (2006) a quelle persone che "non possono ritornare nei loro Paesi di origine a causa delle condizioni umanitarie prevalenti o a causa delle conseguenze generate da eventi naturali" o disastri ambientali causati dall'uomo"[65]. Allo stesso modo, la normativa argentina stabilisce l'applicabilità del principio di non respingimento per questi casi. In questo modo, il legislatore contempla la possibilità di garantire agli sfollati climatici la protezione ottenuta dallo status di rifugiato. Al riguardo, è opportuno osservare che l'Argentina, nel 2022, ha introdotto un meccanismo che consente l'ingresso e il soggiorno temporaneo di persone colpite da disastri climatici. Questa misura riconosce l'esigenza immediata di protezione umanitaria senza incorrere nei rigidi criteri previsti per l'asilo politico. Il visto può essere prorogato in base alla persistenza della condizione di vulnerabilità nel Paese di origine, Il particolare, la Direzione Nazionale delle Migrazioni (DNM) dell'Argentina ha adottato uno strumento

[63] *Regional Agreement on Access to Information, Public Participation and Justice in Environmental Matters in Latin America and the Caribbean Escazú*, 4 March 2018, https://treaties.un.org/pages/viewdetails.aspx?src=treaty&mtdsg_no=xxvii-18&chapter=27&clang=_en

[64] Argentina: Ley No. 26.165 de 2006, Ley general e reconocimiento y protección al refugiado, en su texto reformado de 2024.

[65] Il principio di non respingimento è stabilito dall'art. 22 della Convenzione americana sui diritti umani e stabilisce che "in nessun caso uno straniero può essere espulso o rinviato in un altro Paese, sia esso o meno il suo Paese d'origine, dove il suo diritto alla vita o alla libertà personale rischia di essere violato a causa della sua razza, della sua nazionalità, della sua religione, della sua condizione sociale o delle sue opinioni politiche" (Convenzione americana sui diritti umani), *Convención Americana Sobre Derechos Humanos (Suscrita en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969, en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos*), https://www.cidh.oas.org/Basicos/Spanish/Basicos2.htm

che mira a fornire protezione umanitaria, ricollocamenti pianificati e soluzioni durature ai cittadini e ai residenti degli Stati Uniti del Messico, dell'America Centrale e dei Caraibi sfollati a causa di disastri socio-naturali. Più precisamente il Programma Speciale di Visti Umanitari e Ambientali offre protezione umanitaria, ricollocamento pianificato e soluzioni durature a cittadini e residenti degli Stati Uniti del Messico, dell'America Centrale e dei Caraibi sfollati a causa di calamità socio-naturali. Il programma citato prevede il rilascio di un permesso di soggiorno e un visto temporaneo ai sensi della sottocategoria umanitaria prevista dall'articolo 23, comma m), della Legge n. 25.871[66], con un soggiorno autorizzato di tre anni, al termine del quale i

[66] Ley 25.871 *Política Migratoria Argentina. Derechos y obligaciones de los extranjeros. Atribuciones del Estado. Admisión de extranjeros a la República Argentina y sus excepciones. Ingreso y egreso de personas. Obligaciones de los medios de transporte internacional. Permanencia de los extranjeros. Legalidad e ilegalidad de la permanencia. Régimen de los recursos. Competencia. Tasas. Argentinos en el exterior. Autoridad de aplicación. Disposiciones complementarias y transitorias*, Articolo 23. — Sono considerati "residenti temporanei" tutti gli stranieri che, alle condizioni stabilite dalla normativa, entrano nel Paese nelle seguenti sottocategorie:

a) Lavoratore migrante: colui che entra nel Paese per esercitare un'attività lecita e retribuita, con autorizzazione a rimanere nel Paese per un massimo di tre (3) anni, prorogabile, con ingressi e uscite multipli, con permesso di lavorare in un rapporto di dipendenza;

b) Renditore: colui che sostiene il suo soggiorno nel Paese con risorse proprie apportate dall'estero, dai redditi da essi prodotti o da qualsiasi altro reddito lecito proveniente da fonti esterne. Può essere concesso un periodo di residenza fino a tre (3) anni, prorogabile, con ingressi e uscite multipli;

c) Pensionato: Chiunque percepisca una pensione da un governo, da organizzazioni internazionali o da aziende private per servizi resi all'estero, di importo tale da consentirgli di disporre di un reddito finanziario regolare e permanente nel Paese. Può essere concesso un periodo di residenza fino a tre (3) anni, prorogabile, con ingressi e uscite multipli;

d) Investitore: Chiunque contribuisca con il proprio patrimonio allo svolgimento di attività di interesse per il Paese. Può essere concesso un periodo di residenza fino a tre (3) anni, prorogabile, con ingressi e uscite multipli;

e) Scienziati e personale specializzato: Coloro che si dedicano ad attività scientifiche, di ricerca, tecniche o di consulenza, assunti da enti pubblici o privati per svolgere lavori nella loro specialità. Allo stesso modo, dirigenti, tecnici e personale amministrativo di enti pubblici o privati stranieri di natura commerciale o industriale, trasferiti dall'estero per ricoprire posizioni specifiche nelle loro aziende e che percepiscono compensi o stipendi nella Repubblica Argentina. Può essere concesso un periodo di residenza fino a tre (3) anni, prorogabile, con ingressi e uscite multipli;

(f) Atleti e artisti: assunti da persone fisiche o giuridiche che svolgono attività nel Paese in base alla loro specializzazione. Può essere concesso un periodo di residenza fino a tre (3) anni, prorogabile, con ingressi e uscite multipli;

(g) Membri religiosi di culti ufficialmente riconosciuti, con status legale rilasciato dal Ministero degli Affari Esteri, del Commercio Internazionale e del Culto, che entrano nel Paese esclusivamente per svolgere attività legate al proprio culto. Può essere concesso un periodo di residenza fino a tre (3) anni, prorogabile, con ingressi e uscite multipli;

(h) Pazienti sottoposti a cure mediche: per affrontare problemi di salute presso strutture sanitarie pubbliche o private, con autorizzazione a rimanere nel Paese per un anno, prorogabile, con ingressi e uscite multipli. Nel caso di minori, persone disabili o persone malate che, a causa dell'importanza della loro patologia, devono rimanere con accompagnatori, tale autorizzazione sarà estesa ai loro familiari stretti, al rappresentante legale o al tutore;

(i) Accademici: per coloro che entrano nel Paese in virtù di accordi accademici stipulati tra istituti di istruzione superiore in settori specializzati, sotto la responsabilità del centro di istruzione superiore contraente. La sua validità avrà una durata massima di un (1) anno, prorogabile per un periodo identico ciascuno, con autorizzazione per ingressi e uscite multiple; (

j) Studenti: coloro che entrano nel Paese per intraprendere studi secondari, terziari, universitari o specializzati riconosciuti, come studenti regolari in istituti di istruzione pubblici o privati ufficialmente riconosciuti, con autorizzazione a rimanere nel Paese per due (2) anni, prorogabile, con ingressi e uscite multiple. L'interessato deve dimostrare l'iscrizione all'istituto scolastico dove proseguirà gli studi e, per i successivi rinnovi, la certificazione del suo status di studente regolare;

k) Richiedenti asilo e rifugiati: A coloro ai quali viene riconosciuto lo status di rifugiati o richiedenti asilo verrà concessa l'autorizzazione a risiedere nel Paese per un periodo di due (2) anni, prorogabile tante volte quanto l'autorità responsabile dell'asilo e del rifugio riterrà necessario, tenendo conto delle circostanze determinate dalla legislazione vigente in materia;

l) Nazionalità: Cittadini nativi degli Stati membri del Mercosur, Cile e Bolivia, con autorizzazione a rimanere nel Paese per due (2) anni, prorogabile con ingressi e uscite multiple; (Nota informativa : Ai sensi dell'art. 1 della Disposizione n. 29.929/2004della Direzione Nazionale delle Migrazioni BO 21/9/2004, si ritiene che il dettaglio dei paesi inclusi in questo paragrafo sia meramente illustrativo e che debbano essere considerati inclusi tutti gli Stati membri e associati del Mercato Comune del Sud (Mercosur).

m) Motivi umanitari: stranieri che invocano motivi umanitari che giustificano, a giudizio della Direzione Nazionale delle Migrazioni, un trattamento speciale;

n) Speciali: coloro che entrano nel paese per motivi non contemplati nei paragrafi precedenti e che sono considerati di interesse per il Ministero dell'Interno e il Ministero degli Affari Esteri, del Commercio Internazionale e del Culto.

ñ) Ricongiungimento familiare: essere coniuge, genitore o figlio di cittadino argentino nativo, naturalizzato o facoltativo; o essere il coniuge, il genitore o il figlio unico di età inferiore a diciotto (18) anni, non emancipato o maggiorenne con capacità diverse, di un residente permanente o temporaneo, con autorizzazione a rimanere nel Paese per un massimo di tre (3) anni o per il periodo di tempo autorizzato al suo familiare residente temporaneo, prorogabile, con ingressi e uscite multipli. Per concederlo, l'autorità per l'immigrazione deve tenere conto dell'ambito del diritto al ricongiungimento familiare stabilito dall'articolo 10 della presente legge. (Sezione incorporata dall'art. 6 del Decreto n. 366/2025 BO 29/5/2025. In vigore: dal giorno della sua pubblicazione nel bollettino ufficiale.) https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/92016/actualizacion.

beneficiari potranno convertire il loro status di immigrazione in residenza permanente. Il programma oltre a esentarli dal pagamento delle tasse di immigrazione, garantisce a coloro che desiderano ricollocarsi in Argentina l'accesso all'alloggio, al cibo e il supporto per un anno, attraverso la sponsorizzazione di un'organizzazione della società civile che collabora alla loro integrazione nella società civile[67].

In Bolivia, invece la Legge sulla Migrazione del 2013[68] include un titolo specifico sulla migrazione dovuta ai cambiamenti climatici e stabilisce all'articolo 65[69] che il Consiglio Nazionale della Migrazione "coordinerà le politiche pubbliche che rendono possibile l'ammissione delle popolazioni sfollate a causa degli effetti climatici, quando c'è rischio o minaccia alla vita, e sia dovuto a cause naturali o a disastri ambientali, nucleari, chimici o legati alla carestia" (*Asamblea Legislativa Plurinacional,* 2013[70]). Inoltre, il Consiglio Nazionale della Migrazione è stato sollecitato a sostenere le misure necessarie per proteggere gli sfollati climatici e a cooperare con altri Stati sulla questione[71].

Nel 2017, il Brasile ha approvato la legge 13.445/2017, che stabilisce la possibilità di concedere visti umanitari alle persone che lasciano i loro paesi

---

[67] Per coordinare e attuare il Programma, è stato creato un Gruppo di lavoro sul Programma dei visti ambientali umanitari, con la partecipazione e il coordinamento dei seguenti soggetti interessati: la Direzione nazionale delle migrazioni, la Direzione generale degli affari consolari del Ministero degli affari esteri, l'OIM, l'UNHCR, il Comitato internazionale della Croce Rossa, la Rete argentina per il patrocinio comunitario dei rifugiati e la Commissione episcopale per la pastorale dei migranti e degli itineranti.

[68] *Bolivia: Ley No. 370 de 2013 - Ley de Migración*, https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2014/9556.pdf

[69] Titolo XI Migrazioni dovute al cambiamento climatico, Capitolo Unico Articolo 65. (Migrazioni Dovute Al Cambiamento Climatico). il Consiglio Nazionale per le Migrazioni promuoverà la firma di convenzioni e accordi internazionali sul cambiamento climatico e le questioni ambientali con i diversi stati, per la protezione dei boliviani colpiti; allo stesso modo, coordinerà le politiche pubbliche che rendono fattibile, se necessario, l'ammissione delle popolazioni sfollate a causa degli effetti climatici, quando c'è rischio o minaccia per la vita, e sono dovuti a cause naturali o disastri ambientali, nucleari, chimici o carestie.

[70] *XVI Informe a la Asamblea Legislativa Plurinacional*, https://www.defensoria.gob.bo/uploads/files/xvi-informe-a-la-asamblea-legislativa-plurinacional-2013.pdf

[71] *Desplazamiento por razones climáticas, una aproximación desde los derechos de las mujeres, 2024, Instituto para las Mujeres en la Migración*, AC (IMUMI), https://imumi.org/attachments/2024/Desplazamiento_por_razones_clim%C3%A1ticas_una_aproximacion_desde_los_derechos_de_las_mujeres.pdf

di origine a causa di gravi situazioni di "instabilità istituzionale, conflitto armato, catastrofi e disastri ambientali o violazione dei loro diritti. Il visto umanitario di cui all'articolo 14[72] può essere concesso agli stranieri in situazioni di vulnerabilità, quali rifugiati e apolidi, compresi potenzialmente gli sfollati per motivi ambientali, tuttavia la sua portata è limitata poiché può essere revocato in qualsiasi momento[73]. Anche la Legge quadro sul cambiamento climatico Legge n. 13445 del 2018 fa riferimento alle migrazioni ambientali, sottolineando l'importanza di "[assistere e prevenire] la migrazione forzata causata dagli effetti del cambiamento climatico, […] [e di] evitare l'aumento della pressione sulle infrastrutture urbane e servizi, l'aumento della possibilità di conflitti sociali e […] il detrimento degli indicatori sanitari, educativi e sociali". Lo scopo della Legge è quello di regolamentare le disposizioni stabilite dalla legge n. 30754, Legge quadro sui cambiamenti climatici, per la pianificazione, il coordinamento, l'esecuzione, il monitoraggio, la valutazione, la rendicontazione e la diffusione di politiche pubbliche per la gestione integrale dei cambiamenti climatici, volte a servire i cittadini, che cercano di ridurre la vulnerabilità del Paese agli effetti dei cambiamenti climatici, sfruttare le opportunità di sviluppo a basse emissioni di carbonio e rispettare gli impegni internazionali assunti dallo Stato nell'ambito della Convenzione quadro delle Nazioni Unite sui cambiamenti climatici[74]. Per completezza espositiva è opportuno osservare che anche El Salvador con la Legge Speciale n.286 del 2019 sulla Migrazione e l'Immigrazione ha previsto la possibilità di ammettere nel paese le persone che ritiene opportune in caso di "disastri antropici, epidemie, fenomeni

[72] Art. 14. Un visto temporaneo può essere concesso a un immigrato che arriva in Brasile con l'intenzione di stabilirvi la residenza per un periodo di tempo determinato e che soddisfa almeno una delle seguenti condizioni:

§ 3º Il visto temporaneo per accoglienza umanitaria può essere concesso ad un apolide o ad un cittadino di un Paese che si trovi in una situazione di grave o imminente instabilità istituzionale, conflitto armato, grave calamità, disastro ambientale o grave violazione dei diritti umani o del diritto internazionale umanitario, o in altri casi, in conformità con il regolamento.

[73] *Brasil:Lei Nº 13.445, de 24 de maio de 2017 - Institui a Lei de Migração*, https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13445.htm

[74] *Decreto Supremo que aprueba el Reglamento de la Ley Nº 30754, Ley Marco sobre Cambio Climático*, https://sinia.minam.gob.pe/sites/default/files/sinia/archivos/public/docs/1842032-2.pdf

naturali, [o] questioni umanitarie"[75]. Inoltre, altri Paesi dell'America Latina come Messico, Guatemala, Honduras, Ecuador, Panama, Costa Rica, Colombia, Cile e Uruguay hanno implementano le misure per gestire il rischio di catastrofi e prendersi cura degli sfollati all'interno dei loro confini, con la possibilità di rilasciare visti umanitari per consentire l'ingresso temporaneo di persone provenienti da Paesi in situazioni di disastro[76].

3.4 Approcci nazionali a confronto: la protezione internazionale degli sfollati climatici nell'Unione Europea

L'Unione Europea applica un sistema comune europeo di asilo e utilizza la definizione di rifugiato contenuta nella Convenzione relativa allo status dei rifugiati, ma non dispone di una disposizione per le persone sfollate attraverso i confini internazionali a causa dei cambiamenti climatici. In ambito europeo, si registra attualmente l'assenza di una normativa specifica volta a garantire la tutela giuridica dei migranti ambientali. Tali individui, infatti, non sono contemplati nel Sistema europeo comune di asilo (CEAS). In particolare, la Direttiva 2001/55/CE[77], riguardante la concessione della protezione temporanea in caso di afflusso massiccio di sfollati, non contempla espressamente i migranti ambientali tra i beneficiari della tutela prevista, riservando tale status a coloro che fuggono da conflitti armati o da situazioni di violenza generalizzata. Infatti, come previsto all'articolo 2[78] la

[75] *El Salvador: Decreto No. 286 de 2019 - Ley Especial de Migración y Extranjería*, 25 Abril 2019, https://www.refworld.org/es/leg/legis/pleg/2019/es/149133

[76] D. Cantor, *Leyes, políticas y prácticas en materia de protección temporal humanitaria de extranjeros en el contexto de desastres. Documento de referencia. Ginebra: Nansen Initiative*, 2015, p. 19 ss., 20, https://disasterdisplacement.org/wp-content/uploads/2015/07/200715_FINAL_BACKGROUND_PAPER_LATIN_AMERICA_SP_screen.pdf; *The Nansen Conference: Climate Change and Displacement in the 21st Century,* Norwegian Refugee Council/Internal Displacement Monitoring Centre (NRC/IDMC), Oslo, 7 giugno 2011, in specie p. 5

[77] Direttiva 2001/55/CE del Consiglio, del 20 luglio 2001, sulle norme minime per la concessione della protezione temporanea in caso di afflusso massiccio di sfollati e sulla promozione dell'equilibrio degli sforzi tra gli Stati membri che ricevono gli sfollati e subiscono le conseguenze dell'accoglienza degli stessi, https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/ALL/?uri=celex:32001L0055

[78] L'articolo 2 della suddetta direttiva definisce lo 'sfollato' come un cittadino di un paese terzo o un apolide costretto ad abbandonare la propria regione d'origine a causa

Direttiva richiama il principio di non respingimento e riconosce l'interesse superiore del minore, in linea con la Convenzione sui diritti dell'infanzia. Nonostante questa lacuna, si ritiene teoricamente possibile estendere l'applicazione della protezione temporanea ai migranti ambientali qualora si verifichino circostanze straordinarie, come disastri naturali o eventi climatici estremi, che impediscano il ritorno sicuro nei Paesi d'origine. Tuttavia, tale estensione non è mai stata attuata prima del 2022, quando, in seguito al conflitto in Ucraina, il Consiglio dell'Unione Europea ha attivato la protezione temporanea ai sensi della Direttiva 2001/55/CE. Secondo il Relatore speciale sulla promozione e la protezione dei diritti umani nel contesto del cambiamento climatico dell'ONU, rileva come la protezione temporanea, non sarebbe adeguata per coloro che sono sfollati in modo permanente a causa di eventi a lenta insorgenza[79]. Premessi questi brevi cenni sulla protezione temporanea si procede a richiamare la normativa adottata da Svezia, Finlandia e Italia a tutela dei migranti climatici[80]. La Svezia con la *Swedish Aliens Act* 2005/716 (Capitolo 4 Rifugiati e altre persone bisognose di protezione, sez. A2) pubblicata il 30 dicembre 2009 ha previsto una tutela per la persona che a causa di un disastro ambientale non è in grado di tornare nel paese d'origine. La Finlandia nell'*Aliens Act* 301/2004 invece ha stabilito un permesso di soggiorno per motivi umanitari per colui che non può ritornare a causa di «calamità naturali o situazioni di sicurezza insufficienti determinate da conflitti armati interni o internazionali o assenza di diritti umani, come ribadito dalla anche sezione 109 dell'Atto, che prevede specificamente la protezione almeno temporanea per gli *environmentally displaced persons* e per chi non può rimpatriare per via di un conflitto. In particolare, la legge finlandese, come quella svedese prevede la possibilità di richiedere sia l'asilo che la protezione sussidiaria (nota in Svezia come "protezione alternativa"). La protezione per le persone in fuga da disastri ambientali prima del 2014, è stata inclusa nella protezione sussidiaria. Tuttavia, una legge successiva ha istituito

di conflitti armati o violenza endemica, escludendo implicitamente i disastri ambientali come motivo legittimo di migrazione. La nozione di "afflusso massiccio", inoltre, risulta ambigua e lascia spazio a interpretazioni flessibili da parte degli Stati membri.

[79] A/78/255, Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of human rights in the context of climate change, Ian Fry, 2023, https://www.ohchr.org/en/documents/thematic-reports/a78255-report-special-rapporteur-promotion-and-protection-human-rights.

[80] P.Iafrate, *Climate Change and Migratory Flows*, Democrazia e Diritti Sociali, 2023, pp.115-129

una categoria separata di protezione chiamata "altre esigenze di protezione", similare alla legge svedese. Nel 2016 la legge, prevede: il diritto alla tutela del cittadino straniero che, in circostanze che non rientrano nell'ambito di applicazione dell'asilo o della protezione sussidiaria, si trova al di fuori del suo paese d'origine, perché (1) ha bisogno di protezione a causa di un conflitto armato esterno o interno nel Paese d'origine o al timore fondato timore di gravi abusi, oppure (2) non può rientrare nel suo Paese d'origine a causa di un disastro ambientale. Queste "persone altrimenti bisognose di protezione" e i loro familiari hanno diritto a un permesso di soggiorno. La legge svedese antecedentemente al 2016, a differenza di quella finlandese, era assoggettata nella prassi ad alcune limitazioni. Il legislatore limitava il termine "disastro ambientale" ai disastri improvvisi (la disposizione era originariamente destinata a catastrofi come quella di Chernobyl), non quelli ad insorgenza lenta. Infatti, uno sfollato poteva invocare la sua protezione solo se non poteva migrare all'interno dei confini del Paese di origine. Per converso, a seguito dell'aumento dei flussi migratori in Europa con oltre 1 milione di persone che hanno fatto ingresso nel 2015, le politiche migratorie progressiste hanno subito una forte pressione, e gli Stati membri Svezia e Finlandia hanno adottato politiche più restrittive. In particolare, il Parlamento finlandese ha abrogato le disposizioni sulla protezione umanitaria nella primavera del 2016, determinando ripercussioni negative, sia sulle richieste di permesso umanitario pendenti che su quelle accolte. I cittadini stranieri titolari del permesso di soggiorno per motivi umanitari potevano rimanere in Finlandia solo se avevano qualche altro motivo per restare come studio o lavoro. La protezione temporanea ai sensi dell'articolo 109 invece non è stata abrogata. Nel contempo la Svezia ha previsto un'abrogazione temporanea, dal 20 luglio 2016 al 19 luglio 2019. In base a questa sospensione temporanea, le persone altrimenti bisognose di protezione (compresi i migranti ambientali) non avevano più diritto a un permesso di soggiorno, mentre le persone cui è stato concesso lo status di rifugiato o lo status di protezione alternativa sono ammissibili solo per i permessi di soggiorno temporanei. In Italia, con il decreto Decreto-legge 113/2018 conv in Legge n.132/2018, è stato istituito il permesso di soggiorno per calamità naturale successivamente modificato dalla Legge n.50/2023. Il Permesso di Soggiorno per Calamità in Italia, è previsto all'art. 20bis del D.lgs n.286/1998, Testo Unico Immigrazione solo per eventi "straordinari e contingenti". Sul punto con l'ordinanza n. 5022/2021 la Corte di Cassazione, II Sezione Civile ha stabilito che, ai fini

del riconoscimento della protezione umanitaria, il concetto di "nucleo ineliminabile costitutivo dello statuto della dignità personale" costituisce il limite minimo essenziale al di sotto del quale non è rispettato il diritto individuale alla vita e all'esistenza dignitosa del richiedente asilo. Ad avviso della Cassazione, tale limite deve essere valutato dal giudice di merito non soltanto con riferimento all'esistenza di una situazione di conflitto armato, ma anche in caso di disastro ambientale, di cambiamento climatico e nell'ipotesi di insostenibile sfruttamento delle risorse naturali nel Paese di origine dello straniero. In altre parole il giudice di legittimità ha riconosciuto che il degrado ambientale può integrare una violazione dei diritti umani, aprendo alla protezione sussidiaria[81]. Attualmente la normativa italiana prevede il titolo di soggiorno per motivi di calamità naturali abbia una durata di sei mesi e sia rinnovabile nel caso in cui permangono le condizioni di grave calamità, ma non vi è la possibilità di conversione in un permesso di soggiorno per motivi di lavoro. Ciò detto, nel prossimo paragrafo si procede ad una breve analisi delle forme di tutela adottate nei confronti dei migranti climatici in America del Nord e in Africa Orientale.

4. Verso un approccio multilivello e pragmatico per la protezione dei migranti ambientali in America del Nord e in Africa Orientale

Gli Stati Uniti offrono lo status di protezione temporanea ai cittadini stranieri residenti e consiste nell'autorizzazione temporanea a rimanere in situazioni speciali determinate dal Segretario per la Sicurezza Interna, ovvero a causa di condizioni nel paese che impediscono temporaneamente ai cittadini di fare ritorno in sicurezza, o nell'ipotesi in cui il paese non è in grado di gestire adeguatamente il rimpatrio dei propri cittadini. Lo status di protezione temporanea si applica solo ai cittadini di 15 paesi, Afghanistan, Camerun, El Salvador, Etiopia, Haiti, Honduras, Myanmar, Nepal, Nicaragua, Somalia, Sudan del Sud, Sudan, Repubblica Araba Siriana, Ucraina, Venezuela, Bolivia

[81] Cass.Civ.sez.II,24 febbraio 2021, ordinanza n.5022 https://giuridica.net/wp-content/uploads/2021/03/Cassazione_ordinanza_5022_03_2021.pdf

e Yemen. In particolare, gli Stati Uniti[82] hanno concesso lo status di protezione temporanea ai cittadini dell'Honduras, a causa del disastro ambientale e del sostanziale sconvolgimento delle condizioni di vita causati dall'uragano Mitch, così come a quelli del Nicaragua. Il permesso di soggiorno ha una durata di sei mesi, con possibilità di rinnovo prima della scadenza. Gli Stati Uniti ritengono che in base agli obblighi internazionali in materia di diritti umani la protezione internazionale non può essere estesa alle persone in fuga dagli impatti dei cambiamenti climatici. Tuttavia, per gli Stati Uniti hanno un interesse nazionale nel creare un nuovo percorso legale per le persone che dimostrano di essere in fuga da minacce gravi e credibili alla loro vita o integrità fisica, anche a seguito degli impatti diretti o indiretti dei cambiamenti climatici. Questo nuovo percorso legale dovrebbe non dovrebbe compromettere i percorsi di protezione esistenti verso gli Stati Uniti, inclusi l'asilo e il reinsediamento dei rifugiati.

In Canada, invece vengono applicate delle misure speciali nel caso di alcuni gravi disastri; tra questi, il tifone Haiyan nelle Filippine nel 2013 a coloro che possono dimostrare il loro legame con il disastro ambientale e hanno familiari stretti nel Paese[83]. Secondo uno studio del Parlamento Canadese "*Climate Change and Forced Migration: Canada's Role*[84]", la mancanza di disposizioni nell'attuale sistema di immigrazione canadese per l'ammissione di persone sfollate per motivi direttamente correlati al cambiamento climatico è coerente con il diritto internazionale, che non riconosce tali persone come rifugiati. Più precisamente, per i migranti climatici, il rimpatrio o

[82] Gli Stati Uniti interpretano i propri obblighi di non-refoulement rigorosamente in conformità alle disposizioni pertinenti della Convenzione sui Rifugiati del 1951 (e del relativo Protocollo del 1967) e della Convenzione contro la Tortura (CAT). Non accettano che il Patto Internazionale sui Diritti Civili e Politici (ICCPR), di cui gli Stati Uniti sono parte, includa obblighi che vietano il refoulement, né interpretano il divieto di privazione arbitraria della vita previsto dall'articolo 6 come un dovere positivo di proteggere la vita di fronte a tutte le possibili minacce esterne, Cfr *Report On The Impact Ofclimate Change Onmigration* October 2021 a Report By The White House, p.18-20, https://bidenwhitehouse.archives.gov/wp-content/uploads/2021/10/Report-on-the-Impact-of-Climate-Change-on-Migration.pdf

[83] *Canada, Immigration and Refugee Protection Act of 2001*, https://perma.cc/EYW7M5Ey.

[84] *Climate Change and Forced Migration: Canada's Role, Publication* No. 2010-04-E 9 February 2010, Revised 1 February 2013, Penny Becklumb, Industry, Infrastructure and Resources Division Parliamentary Information and Research Service, https://publications.gc.ca/collections/collection_2016/bdp-lop/bp/YM32-2-2010-04-eng.pdf

l'integrazione locale possono essere delle buone opzioni, poiché a differenza dei rifugiati tradizionali, i migranti climatici godrebbero tecnicamente della tutela dei migranti che verranno reinsediati a causa degli effetti del cambiamento climatico. Tuttavia, sembra certo che quest'ultimo sarà fonte di ulteriore pressione sul programma canadese di immigrazione umanitaria, che dovrà espandersi, con molta probabilità in modo sostanziale, nei prossimi decenni. In particolare, in alcuni casi, il Canada e altri paesi potrebbero prendere in considerazione la possibilità di fornire assistenza allo sviluppo – per rafforzare le difese costiere o reinsediare i migranti climatici in nuove aree all'interno dei propri paesi. La dottrina e i rapporti parlamentari canadesi sottolineano come, in assenza di un riconoscimento giuridico formale, la pressione migratoria climatica dovrà essere gestita attraverso un'espansione dei programmi umanitari e di reinsediamento, nonché attraverso il sostegno allo sviluppo e all'adattamento nei paesi di origine.

In Africa orientale, si registra un approccio regionale più innovativo e preventivo il Protocollo sulla libera circolazione delle persone nell'ambito dell'Autorità intergovernativa per lo sviluppo regionale è stato creato per affrontare le problematiche della siccità e della desertificazione[85]. I Paesi membri dell'Autorità intergovernativa per lo sviluppo includono Gibuti, Eritrea, Etiopia, Kenya, Somalia, Sudan del Sud, Sudan e Uganda. Il Protocollo sulla libera circolazione delle persone nell'ambito dell'Autorità Intergovernativa per lo Sviluppo (IGAD), sebbene non ancora pienamente in vigore, è stato esplicitamente concepito per affrontare le migrazioni indotte da siccità e desertificazione. In base al nuovo Protocollo che dovrà integrare in vigore, le persone in fuga da calamità naturali potranno cercare rifugio in un Paese vicino e non saranno obbligate a farvi ritorno, finché non saranno in condizioni di sicurezza. Questo strumento rappresenta un modello avanzato di protezione regionale ex-ante, che riconosce la migrazione come strategia di adattamento e cerca di governarla attraverso la cooperazione, offrendo un prezioso contraltare agli approcci emergenziali e discrezionali

[85] *Protocol to the Treaty Establishing the African Economic Community relating to Free Movement of Persons, Right of Residence and Right of Establishment*, 29 January 2018, Addis Abeba, Etiopia, https://au.int/sites/default/files/treaties/36403-treaty-protocol_on_free_movement_of_persons_in_africa_e.pdf; *El Sahel: escenario de la crisis climática y migratoria. Una mirada interdisciplinar*, 2024, pp.64-67, https://www.casafrica.es/sites/default/files/contents/document/0._libro_migraciones_climaticas_y_sahel_para_maqueta.pdf

osservati in altre regioni. Ciò include coloro che attraversano un confine in previsione di una calamità, durante o a seguito di una calamità.

5. Conclusioni

Il crescente impatto dei cambiamenti climatici sulle migrazioni umane impone una revisione profonda e strutturale degli strumenti normativi internazionali esistenti. I migranti ambientali rappresentano una categoria in costante espansione, espressione delle nuove vulnerabilità globali legate alla crisi climatica, ma restano ancora privi di un riconoscimento giuridico formale e universale. L'analisi condotta conferma che il diritto internazionale dei rifugiati, fondato sul paradigma della persecuzione individuale, è concettualmente inadeguato a rispondere a fenomeni di mobilità forzata di matrice collettiva e sistemica. Tuttavia, in un contesto geopolitico segnato da multilateralismo in crisi, la ricerca di soluzioni non può limitarsi a proposte politicamente irrealizzabili. È necessario abbandonare l'alternativa mobile tra riforma radicale e immobilismo, unendo piuttosto un pragmatismo ambizioso che agisca su tre piani complementari e sinergici. Questa lacuna normativa mina la possibilità di protezione effettiva per milioni di persone, esponendole a rischi ulteriori di marginalizzazione, sfruttamento e violazione dei diritti fondamentali. Il diritto internazionale è ancora ancorato a un modello novecentesco di protezione, centrato sulla figura del rifugiato perseguitato per ragioni politiche, e mostra gravi difficoltà ad adattarsi alle nuove sfide antropoceniche. I mutamenti climatici rappresentano una sfida globale che richiede risposte coordinate e innovative. L'adeguamento del sistema di protezione internazionale deve includere l'estensione della definizione di rifugiato, la creazione di un protocollo aggiuntivo alla Convenzione di Ginevra e l'integrazione con l'Agenda 2030. Le iniziative regionali e i casi studio dimostrano che è possibile garantire protezione ai migranti climatici, ma è necessaria una maggiore cooperazione internazionale. Ebbene, per affrontare questa emergenza etica e giuridica, si rendono necessari interventi urgenti e coordinati a livello globale, che possano colmare le attuali lacune attraverso: l'adozione di una Convenzione internazionale specifica sui migranti ambientali rappresenta una delle proposte più rilevanti e urgenti nel panorama giuridico e politico internazionale. Attualmente, non esiste un quadro normativo vincolante e universalmente riconosciuto che disciplini in

modo chiaro e coerente la condizione delle persone costrette a migrare a causa di eventi ambientali, climatici o disastri naturali. Questo vuoto giuridico genera incertezza, assenza di protezione e risposte frammentarie a livello nazionale e regionale. Una Convenzione internazionale ad hoc dovrebbe innanzitutto offrire una definizione giuridica condivisa di migrante ambientale, distinguendolo da rifugiati, sfollati interni e migranti economici, ma riconoscendo al tempo stesso le sovrapposizioni tra questi status. Tale definizione dovrebbe tener conto della pluralità di situazioni: dai disastri naturali improvvisi (come uragani, inondazioni, terremoti), agli effetti lenti e progressivi del cambiamento climatico (desertificazione, innalzamento del livello del mare, perdita di biodiversità, siccità prolungata). Oltre alla definizione, la Convenzione dovrebbe stabilire criteri di identificazione basati su valutazioni ambientali, socioeconomiche e culturali, garantendo l'adozione di strumenti efficaci per il monitoraggio e la previsione dei flussi migratori ambientali, anche attraverso la cooperazione scientifica e tecnologica tra Stati. Più precisamente, fondamentale sarebbe l'inclusione di diritti specifici per i migranti ambientali, come il diritto alla protezione, all'assistenza umanitaria, al non respingimento, all'accesso a procedure giuste e trasparenti, e alla possibilità di ricostruire una vita dignitosa nei Paesi di destinazione, transito o ritorno. Questo implica anche il riconoscimento del diritto a rimanere, tramite l'adozione di misure di adattamento climatico nei territori d'origine. Un aspetto innovativo e imprescindibile della Convenzione dovrebbe essere il suo approccio intersezionale. Le vulnerabilità connesse alla migrazione ambientale non sono neutre: colpiscono in maniera diseguale gruppi diversi in base al genere, all'età, alla condizione economica, all'appartenenza etnica, alla disabilità. L'analisi condotta nel presente contributo mostra come l'attuale sistema di protezione internazionale non sia strutturalmente concepito per rispondere in modo organico alle migrazioni indotte da fattori ambientali. Il paradigma su cui si fonda il diritto internazionale dei rifugiati, incentrato sulla persecuzione individuale, risulta solo parzialmente compatibile con fenomeni di mobilità forzata che derivano da cause collettive, diffuse e spesso progressive. Ciò nondimeno, l'assenza di una categoria giuridica unitaria di "migrante climatico" non implica l'inutilizzabilità degli strumenti esistenti. Al contrario, l'analisi degli strumenti di *soft law*, della giurisprudenza internazionale e delle esperienze comparate suggerisce che margini di tutela significativi possano essere individuati attraverso un approccio incrementale e integrato.

In questa prospettiva, piuttosto che auspicare l'adozione di un protocollo addizionale alla Convenzione di Ginevra – ipotesi che, nel contesto politico attuale, appare difficilmente realizzabile e giuridicamente fragile – risulta più sostenibile valorizzare soluzioni pragmatiche già sperimentate o potenzialmente implementabili. Tra queste rientrano: il rafforzamento e l'armonizzazione delle forme di protezione complementare a livello regionale; un'interpretazione evolutiva del principio di non-refoulement alla luce degli obblighi derivanti dal diritto internazionale dei diritti umani; e una maggiore integrazione tra diritto dell'ambiente, diritto delle migrazioni e tutela dei diritti fondamentali. L'analisi fin qui condotta conferma che il diritto internazionale dei rifugiati, fondato sul paradigma della persecuzione individuale, è concettualmente e operativamente inadeguato a rispondere a fenomeni di mobilità forzata di matrice collettiva, sistemica e progressiva come quelli indotti dalla crisi climatica. Tuttavia, la constatazione di questa carenza normativa non deve condurre a soluzioni giuridicamente fragili o politicamente ingenue. In un contesto geopolitico segnato da multilateralismo in crisi e da politiche migratorie prevalentemente restrittive, proposte come l'adozione di un protocollo aggiuntivo alla Convenzione di Ginevra del 1951 o la negoziazione di una nuova convenzione internazionale ad hoc, seppur concettualmente ambiziose, appaiono di difficile realizzazione nel breve e medio termine, rischiando di configurarsi come un *wishful thinking*.

La proposta di un eventuale strumento convenzionale specificamente dedicato alla tutela dei migranti ambientali non viene qui prospettata come soluzione percorribile nell'immediato, bensì come ipotesi *de iure condendo*, giuridicamente collegata nel lungo periodo, alla luce politiche restrittive degli Stati. L'analisi comparata degli strumenti di *soft law*, della giurisprudenza emergente e delle esperienze regionali suggerisce un approccio multidisciplinare che, senza mettere in discussione il sistema di asilo, ne potenzia le capacità di risposta attraverso l'utilizzo degli strumenti esistenti e la promozione di nuove sinergie.

Le esperienze comparate analizzate dimostrano che tali approcci consentono di offrire livelli di protezione più adeguati alle persone costrette a migrare per cause ambientali, senza mettere in discussione l'impianto del sistema dell'asilo né richiedere riforme strutturali di difficile realizzazione. In tal senso, la sfida giuridica posta dalle migrazioni ambientali richiede meno soluzioni simboliche e più coerenza normativa, interpretazione sistemica e utilizzo pieno degli strumenti già disponibili nell'ordinamento internazionale.

Un approccio intersezionale consentirebbe di riconoscere queste diseguaglianze e di strutturare interventi più mirati, equi ed efficaci, evitando che la protezione offerta si trasformi in un nuovo terreno di esclusione.

Infine, la Convenzione dovrebbe fondarsi su un principio cardine del diritto internazionale ambientale: la responsabilità comune ma differenziata. Questo requisito riconosce che tutti gli Stati condividono la responsabilità nella lotta al cambiamento climatico e nella gestione dei suoi effetti, ma con livelli di responsabilità diversi, a seconda del contributo storico all'inquinamento globale e della capacità economica e tecnologica. Conseguentemente, applicare questo principio alla protezione dei migranti ambientali significa esigere che i Paesi più ricchi e industrializzati si assumano un ruolo guida, sia nel finanziare politiche di adattamento e resilienza nei Paesi vulnerabili, sia nel garantire canali di protezione e reinsediamento adeguati. In sintesi, l'adozione di una Convenzione internazionale specifica sui migranti ambientali costituirebbe un passo fondamentale verso una governance globale più equa, inclusiva e sostenibile dei fenomeni migratori, in linea con gli obiettivi dell'Agenda 2030 e con i principi universali dei diritti umani. Il rafforzamento della protezione sussidiaria e temporanea per i migranti ambientali Nel contesto attuale, caratterizzato da un'accelerazione dei cambiamenti climatici e da un aumento delle catastrofi ambientali, si rende sempre più urgente un aggiornamento del sistema di protezione internazionale per includere in modo esplicito i cosiddetti migranti ambientali. Queste persone sono costrette a lasciare i propri territori a causa di eventi naturali estremi (come inondazioni, desertificazione, uragani, innalzamento del livello del mare) o per il degrado ambientale progressivo che rende invivibile il proprio habitat. Un primo passo fondamentale riguarda il rafforzamento della protezione sussidiaria e temporanea, sia a livello regionale (UE) sia a livello nazionale. L'obiettivo è ampliare le categorie di beneficiari di protezione, andando oltre la tradizionale figura del rifugiato, e rispondere alle esigenze di nuove vulnerabilità emergenti. In definitiva, fondare le politiche migratorie ambientali su diritti umani, equità climatica e solidarietà internazionale significa rimettere al centro l'umanità e la giustizia. Quest'ultima è la via più coerente con i valori democratici e con gli obiettivi

dello sviluppo sostenibile (Agenda 2030)[86], e rappresenta la base su cui costruire una risposta globale giusta e resiliente alla sfida migratoria del nostro tempo. Occorre superare la frammentarietà delle iniziative attuali e costruire un quadro giuridico e operativo stabile, che includa la migrazione ambientale come parte integrante della risposta alla crisi climatica[87]. La comunità internazionale è chiamata ad agire con visione, responsabilità e determinazione, per evitare che milioni di persone restino senza voce, senza status e senza futuro. Come ha precisato la sentenza della Corte Costituzionale n. 170 del 1984[88], che, nel campo riservato alla loro competenza, le norme europee direttamente applicabili prevalgono rispetto alle norme nazionali, anche se di rango legislativo, senza tuttavia produrre, nel caso che queste ultime siano incompatibili con esse, effetti estintivi. Più precisamente, l'eventuale conflitto fra il diritto europeo produce un effetto di disapplicazione di quest'ultima, seppure nei limiti di tempo e nell'ambito materiale entro cui le competenze comunitarie sono legittimate a svolgersi. In altri termini tutti i soggetti competenti nel nostro ordinamento a dare esecuzione alle leggi (e agli atti aventi forza o valore di legge) tanto se dotati di poteri di dichiarazione del diritto, come gli organi giurisdizionali, quanto se privi di tali poteri, come gli organi amministrativi - sono giuridicamente tenuti a disapplicare le norme interne incompatibili con le norme stabilite dagli artt. 52 e 59 del Trattato C.E.E. nell'interpretazione datane dalla Corte di giustizia europea. (Corte cost., 11 luglio 1989, n. 389[89]). I governi nazionali dovrebbero

[86] Resolution adopted by the General Assembly on 25 September 2015, [without reference to a Main Committee (A/70/L.1)] 70/1. Transforming our world: the 2030 Agenda for Sustainable Development, https://docs.un.org/en/A/RES/70/1;https://commission.europa.eu/strategy-and-policy/sustainable-development-goals/eu-and-united-nations-common-goals-sustainable-future_en

[87] P.Iafrate, *Catturati dentro i confini: il caso degli sfollati interni e il suo impatto sui diritti umani* nel Volume, Ospiti Indesiderati, Il diritto d'asilo a 70 anni dalla Convenzione Onu sui rifugiati, a cura di Benedetto Coccia e Antonio Ricci, progetto di ricerca promosso da Istituto di Studi Politici "S. Pio V" e realizzato da Centro Studi e Ricerche, Roma, 2022 pp.90-94; P.Fargue, *Emerging demographic patterns across the Mediterranean and theri implication for migration through 2030*, Migration Policy Institute, Washington, 2008, pp.15-26.

[88] Cost. 5 giugno 1984, n.170, https://www.cortecostituzionale.it/actionSchedaPronuncia.do?anno=1984&numero=170

[89] Cost. 4 luglio 1989, n.389, https://www.cortecostituzionale.it/actionSchedaPronuncia.do?param_ecli=ECLI:IT:COST:1989:389

essere incoraggiati a sviluppare una legislazione nazionale che preveda visti umanitari per le persone sfollate oltre i confini internazionali a causa dei cambiamenti climatici. Più precisamente secondo il Relatore Speciale ONU 18 aprile 2023 A/HRC/53/34[90], vi è una carenza di tutela giuridica per queste persone e formula una serie di raccomandazioni su come colmare tale lacuna, tra cui la sua raccomandazione per l'elaborazione di un protocollo facoltativo alla Convenzione relativa allo status dei rifugiati per proteggere i diritti umani delle persone sfollate oltre i confini internazionali a causa dei cambiamenti climatici. Ad integrazione di quanto enunciato le esperienze regionali analizzate – dai visti umanitari in America Latina al Protocollo sulla libera circolazione dell'IGAD in Africa Orientale – dimostrano l'importanza di questi modelli proposti come laboratori normativi replicabili. Al riguardo, è altresì fondamentale integrare sistematicamente la dimensione migratoria nella pianificazione climatica (Piani Nazionali di Adattamento) e nelle politiche di cooperazione allo sviluppo, riconoscendo la migrazione come una strategia di adattamento legittima e creando canali di migrazione regolare e sicura.

Gli strumenti di *soft law* (Agenda Nansen, Sendai Framework, Global Compact for Migration) forniscono un linguaggio comune, standard operativi e un quadro programmatico che possono e devono essere utilizzati dalle Corti nazionali e internazionali per un'interpretazione evolutiva del principio di non-refoulement e degli obblighi in materia di diritti umani, colmando il vuoto normativo attraverso una giurisprudenza "*bottom-up*".

La questione dei migranti ambientali rappresenta una delle più grandi sfide giuridiche, etiche e politiche del XXI secolo, affrontarla richiede una trasformazione del paradigma della protezione internazionale, capace di includere le nuove realtà determinate dalla crisi climatica. La comunità internazionale è chiamata ad agire con visione, responsabilità e determinazione, per evitare che milioni di persone restino senza voce, senza status e senza futuro. Inoltre, per garantire protezione alle persone sfollate oltre i confini internazionali a causa dei cambiamenti climatici si potrebbe applicare alle persone sfollate oltre i confini internazionali la Direttiva

[90] A/HRC/53/34: Providing legal options to protect the human rights of persons displaced across international borders due to climate change https://docs.un.org/en/A/HRC/53/34; P Iafrate, *L'impatto del cambiamento climatico sui flussi migratori nel Mediterraneo*, Democrazia e Diritti Sociali, 2022, pp. 107-123

55/2001 UE[91] (protezione temporanea) che non sarebbe adeguata per coloro che sono sfollati in modo permanente a causa di eventi collegati ad un progressivo deterioramento dell'ambiente. L'altra possibilità è delineata dalla Direttiva 2011/95/UE (cd. Direttiva Qualifiche) che definisce le condizioni per il riconoscimento della protezione internazionale, distinguendo tra status di rifugiato e protezione sussidiaria. Quest'ultima può essere concessa a chi rischia di subire danni gravi in caso di ritorno nel proprio Paese, anche in assenza di persecuzione diretta. Al riguardo è auspicabile un'interpretazione evolutiva e più ampia di questa Direttiva, tale da includere le conseguenze del degrado ambientale e dei cambiamenti climatici come forme di "danno grave" ma serve una codificazione più chiara e uniforme per riconoscere il legame tra cambiamenti climatici e protezione sussidiaria. Inoltre, sarebbe opportuno valutare l'adozione di una disciplina comune che armonizzi a livello europeo gli strumenti di protezione temporanea o umanitaria per disastri ambientali, ispirandosi alle migliori prassi nazionali (come la giurisprudenza italiana o i modelli scandinavi pre-2016).

Questo lavoro interpretativo è essenziale per preparare il terreno culturale e giuridico a eventuali sviluppi vincolanti. In altri termini un quadro giuridico internazionale vincolante specifico potrà essere considerata non come un'astrazione, ma come l'orizzonte politico necessario per garantire uniformità, certezza del diritto e piena realizzazione dei principi di equità climatica e responsabilità comuni ma differenziate. Il lavoro sugli strumenti complementari e sulla *soft law* non è in alternativa a questo obiettivo finale, ma ne costituisce la indispensabile premessa, costruendo la legittimità politica e normativa per il suo eventuale conseguimento.

La sfida posta dalle migrazioni ambientali richiede meno soluzioni simboliche e una maggiore coerenza nell'utilizzo degli strumenti già disponibili. Un approccio pragmatico, intersezionale e multilivello, fondato sui diritti umani e sulla solidarietà internazionale, non solo è possibile, ma costituisce l'unica via praticabile per offrire protezione concreta ai milioni di persone il cui volto umano è il più evidente testimone delle ingiustizie della crisi climatica. La comunità internazionale è chiamata ad agire con

[91] P.Iafrate, *Climate Change and Migratory Flows*, Democrazia e Diritti Sociali, 2023, p.115 ss., 129; A.Baldwin, C Methmann., and D. Rothe, *Securitizing "climate refugees": the futurology of climate-induced migration*, Critical Studies on Security, 2014 2(2): 121–130; R BRONEN, *Climate-induced displacement of Alaska Native communities. Brookings—LSE Project on Internal Displacement. The Brookings Institution*, Washington, 2016, p.17ss. 24,

determinazione, visione e realismo, per evitare che a un vuoto ambientale si sommi, inaccettabilmente, un vuoto di tutela.

***

ABSTRACT: This contribution stems from the urgent need to systematically and consciously address the growing phenomenon of environmental migration, a reality that is becoming increasingly evident as a result of global climatic transformations that are profoundly altering the ecological, social and economic balance of the globe. Extreme events such as floods, prolonged droughts, desertification, rising sea levels and the progressive degradation of ecosystems are driving an increasing number of people to leave their homelands, often in conditions of extreme vulnerability and without adequate legal protection. The objective of this work is twofold: on the one hand, it aims to offer a critical and up-to-date analysis of the current international protection system in relation to the specific needs of environmental migrants, highlighting its main gaps and criticalities; on the other hand, it intends to formulate concrete and operational recommendations for its adaptation, so that the international community can equip itself with more inclusive, effective and coherent legal instruments in the contemporary era. Particular attention will be paid to the distinction between different types of environmentally induced mobility, to the complexity of the link between climate change and migration, and to the comparison of regulatory experiences already activated at the regional level. This contribution stems from the urgent need to systematically and consciously address the growing phenomenon of environmental migration, a reality that is becoming increasingly evident as a result of global climatic transformations that are profoundly altering the ecological, social and economic balance of the globe. Extreme events such as floods, prolonged droughts, desertification, rising sea levels and degradation The article is therefore proposed as a scientific contribution promoting a sustainable vision in respect of human rights in order to identify a form of international protection through comparative analysis, capable of recognising and protecting the rights of those who are forced to migrate for climatic reasons not by choice, but by necessity.

KEYWORDS: human rights - climate migration - international convention - European Union - Latin America

***

RIVISTA DI
DIRITTI COMPARATI

Paolo Iafrate – Docente a contratto di "Regolamentazioni nazionale ed europea in materia di immigrazione", CREG (Centro di Ricerche Economiche e Giuridiche), Università degli Studi di Roma "Tor Vergata" (paolo.iafrate@uniroma2.it)

RIVISTA DI
DIRITTI COMPARATI

Il quadro giuridico europeo sulla sorveglianza biometrica*

Giuseppina Pizzolante

SOMMARIO: 1. Introduzione. L'applicazione delle tecnologie biometriche nell'Unione europea. – 2. L'uso della sorveglianza biometrica in materia di migrazione, asilo e controllo delle frontiere. – 3. Il difficile bilanciamento tra i diversi interessi e valori sottesi alle norme che disciplinano la sorveglianza biometrica. – 4. La sorveglianza biometrica nei settori della migrazione, dell'asilo e del controllo delle frontiere e i sistemi di intelligenza artificiale "ad alto rischio". – 5. La sorveglianza biometrica e le pratiche di intelligenza artificiale vietate per rischio inaccettabile: i sistemi di categorizzazione biometrica e l'identificazione biometrica remota in tempo reale. – 6. Il quadro giuridico della biometria: un delicato equilibrio tra innovazione e protezione dei dati. – 7. La sorveglianza biometrica e la tutela dei diritti fondamentali. – 8. Considerazioni conclusive.

1. Introduzione. L'applicazione delle tecnologie biometriche nell'Unione europea

L'impiego della tecnologia nei processi di migrazione, asilo e controllo delle frontiere sta diventando sempre più comune nei Paesi europei che cercano di definire nuovi modelli per il controllo dei confini e degli individui che li attraversano. I territori ai margini dell'Europa sono divenuti di conseguenza il banco di prova per sperimentare le più avanzate tecniche di sorveglianza.

Le applicazioni tecnologiche riguardano diversi ambiti, quali l'analisi dei dati, il processo decisionale e la sicurezza, con l'obiettivo dichiarato di rendere più efficiente la gestione delle migrazioni ma con l'intento più realistico di prevenire l'attraversamento delle frontiere da parte dei migranti considerati "indesiderabili". Le nuove tecnologie al servizio delle frontiere, ad esempio, al fine di impedire l'ingresso irregolare nel territorio UE, si indirizzano, tra l'altro, verso la previsione dei percorsi che i migranti intraprenderanno. Così, l'Agenzia dell'Unione europea per l'asilo (EUAA) ha sviluppato il Sistema di allarme rapido e di preparazione (Early warning and Preparedness System - EPS) che viene impiegato per intercettare i flussi

* L'articolo è stato sottoposto, in conformità al regolamento della Rivista, a *double-blind peer review*.

migratori verso l'UE, fornendo informazioni aggiornate per la pianificazione e l'azione. Il sistema predisposto, attraverso un algoritmo di apprendimento automatico, rielabora costantemente gli indicatori, nonché i dati estratti da *database* contenenti resoconti di *media* globali, come il progetto GDELT e l'Armed Conflict Location and Event Dataset[1], anticipando gli eventi che potrebbero dare origine a spostamenti su larga scala e stimando il successivo numero di domande di asilo nell'UE.

Attraverso la sorveglianza biometrica, la mobilità umana è sia controllata, sia soggetta a valutazione del rischio, con la conseguenza che essa incide prepotentemente nella sfera privata se solo si pensi che le sofferenze patite dai migranti in mare sono certamente attribuibili all'inadeguatezza delle operazioni di salvataggio ma anche alle rotte migratorie illegali che molti di essi sono costretti ad intraprendere proprio per eludere "la tecnologia"[2]. La sorveglianza biometrica asseconda inoltre il desiderio degli Stati membri di controllare e gestire le operazioni di frontiera ben oltre i confini UE allo scopo di esternalizzare il più possibile anche la violenza.

Come è noto, la biometria è una tecnologia che consente di identificare un individuo in base alle sue caratteristiche fisiche, biologiche e comportamentali, mediante dati unici e immodificabili che includono elementi quali DNA, impronte digitali, sagoma del viso, forma della mano, analisi dell'iride, riconoscimento vocale.

A partire dal 2012, le reti neurali e gli algoritmi di apprendimento automatico hanno compiuto enormi progressi nell'elaborazione delle informazioni, soprattutto nel riconoscimento delle immagini[3], determinando una rapida crescita dell'uso della biometria nella sorveglianza. Essa, oltre a garantire semplicità nell'utilizzo, offre maggiore tracciabilità e sicurezza specie nel caso di autenticazione multimodale in cui convergono più tecnologie biometriche combinate tra loro. La mappa delle tecnologie biometriche applicate alla sicurezza può essere suddivisa in due ampie

[1] Si veda J. Napierała - J. Hilton - J.J. Forster - M. Carammia - J. Bijak, *Toward an Early Warning System for Monitoring Asylum-Related Migration Flows in Europe*, in *International Migration Review*, 2021, p. 33 ss.; C. Melachrinos - M. Carammia – T. Wilkin, *An Innovative Framework for Analysing Asylum-Related Migration*, in *Harnessing Data Innovation for Migration Policy: A Handbook for Practitioners*, in publications.iom.int, 2022, p. 54 ss.

[2] D. Ozkul, *Automating Immigration and Asylum: The Uses of New Technologies in Migration and Asylum Governance in Europe*, Refugee Studies Centre, University of Oxford, 23 January 2023; F. Delioglu, *Technology at the Borders: Surveillance, Control and Resistance in EU Migration Governance*, in *Balsillie Papers*, 2025.

[3] V.J. Schmidhuber, *Annotated History of Modern AI and Deep Learning*, in *Technical Report IDSIA*, people.idsia.ch, 29 dicembre 2022.

categorie: le applicazioni di autenticazione e le applicazioni di sorveglianza. La sorveglianza biometrica remota, sottocategoria di queste ultime, utilizza identificatori biometrici in uno spazio pubblico, in modo continuo e permanente, servendosi del confronto con i dati contenuti in una banca dati[4].

Questo modello di sorveglianza, in cui gli individui sono monitorati attraverso *feed* audio e video elaborati algoritmicamente, desta particolari preoccupazioni poiché può facilmente trasformarsi in sorveglianza lesiva dei diritti umani[5]. Giova citare a questo riguardo la risoluzione del 6 ottobre 2021[6], con cui il Parlamento europeo, pur riconoscendo i benefici di alcune applicazioni di intelligenza artificiale (d'ora innanzi anche IA) per le autorità di contrasto e giudiziarie, ha sottolineato i rischi per i diritti fondamentali e le democrazie, e dunque ha rimarcato il divieto di trattamento dei dati biometrici, comprese le immagini facciali, per finalità di applicazione della legge, tale da determinare sorveglianza di massa negli spazi accessibili al pubblico.

Appare certamente importante conoscere i diversi utilizzi della sorveglianza biometrica perché ciascuna specifica configurazione tecnologica tra dispositivi di rilevamento, dati biometrici e strumenti di elaborazione algoritmica consente applicazioni radicalmente diverse e può quindi avere differenti tipi di impatto sui diritti fondamentali degli individui[7]. La Commissione europea, seguendo un approccio "a piramide" confluito poi nel regolamento sull'intelligenza artificiale[8], ha precisato che il pericolo

[4] Si veda, da ultimo, la definizione di "sistema di identificazione biometrica remota" contenuta nell'art. 3, n. 41 del regolamento (UE) 2024/1689 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 giugno 2024, che stabilisce regole armonizzate sull'intelligenza artificiale e modifica i regolamenti (CE) n. 300/2008, (UE) n. 167/2013, (UE) n. 168/2013, (UE) 2018/858, (UE) 2018/1139 e (UE) 2019/2144 e le direttive 2014/90/UE, (UE) 2016/797 e (UE) 2020/1828 (regolamento sull'intelligenza artificiale), d'ora innanzi anche regolamento sull'IA. Su questo regolamento si veda P. Voigt - N. Hullen, *The EU AI Act: Answers to frequently asked questions*, Berlin, 2024.

[5] Sul rispetto dei diritti umani fondamentali si veda per tutti U. Villani, *Istituzioni di diritto dell'Unione europea*, VII ed., Bari, 2024, p. 62 ss.

[6] Risoluzione del Parlamento europeo del 6 ottobre 2021 sull'intelligenza artificiale nel diritto penale e il suo utilizzo da parte delle autorità di polizia e giudiziarie in ambito penale (2020/2016(INI)), paragrafi 30-31.

[7] V., di recente, F. Seatzu, *Assessing the Council of Europe's AI Convention: Challenges and Prospects for Protecting Human Rights and Democracy in the Age of AI*, in *Studi sull'integrazione europea*, 1/2025, p. 9 ss.

[8] V. *infra* paragrafi 4 e 5. V. M. Ho-Dac, *The EU AI Act and the challenge of protecting fundamental rights*, in *Common Market Law Review*, 2025, p. 1299 ss., in cui si esamina il

per le libertà democratiche varia notevolmente a seconda dei sistemi e delle applicazioni in questione[9]: alcuni modelli comportano un elevato rischio di violare i diritti fondamentali e pertanto non dovrebbero mai essere consentiti come nel caso dei sistemi che distorcono il comportamento di un individuo con tecniche subliminali o sfruttando vulnerabilità specifiche al fine talvolta di contemplare l'attribuzione di un punteggio sociale; altri sistemi, ad esempio quelli utilizzati in ambito lavorativo per le assunzioni o, in ambito finanziario, per valutare l'affidabilità creditizia, realizzano applicazioni "ad alto rischio" che possono essere utilizzate in determinate circostanze e con garanzie predeterminate; ulteriori modelli infine, come il caso delle *chatbot*, prevedendo usi più elementari delle tecnologie, andrebbero sottoposti soltanto a requisiti minimi di trasparenza.

La valutazione giuridica dei differenti modelli non può quindi prescindere da una comprensione dettagliata del funzionamento e degli usi delle tecnologie sottostanti. Oggetto della nostra indagine saranno gli impieghi della sorveglianza biometrica a cui gli Stati membri UE si affidano nelle loro attività relative a migrazione, asilo e gestione delle frontiere.

D'altro canto, la digitalizzazione delle frontiere rientra nell'obiettivo dell'UE di rendere più efficiente e automatizzato il tracciamento delle persone alle frontiere interne ed esterne. In particolare, a partire dal 2007[10], l'UE ha finanziato diversi progetti al fine di sperimentare meccanismi di controllo automatizzato, di identificazione e verifica biometrica, e di raccolta e analisi dei dati in materia migratoria. Nella stessa risoluzione del 6 ottobre 2021, testé citata[11], il Parlamento europeo ha espresso profonda preoccupazione per i progetti di ricerca che diffondono l'IA alle frontiere

concetto di rischio introdotto da questo regolamento che combina il classico approccio volto alla sicurezza dei prodotti con una nuova versione di rischio che trae origine dalla tutela internazionale dei diritti umani.

[9] Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, Promuovere un approccio europeo all'intelligenza artificiale, Bruxelles, 21 aprile 2021, COM(2021) 205 final, par. 4.

[10] Le "*smart borders*" presuppongono una gestione moderna, efficace ed efficiente delle frontiere esterne, volta a realizzare un equilibrio tra agevolazioni per i viaggiatori e sicurezza interna. In questo quadro rientra il sistema di ingressi/uscite (EES).

[11] Risoluzione del Parlamento europeo del 6 ottobre 2021, cit., paragrafi 30-31. Il programma di finanziamenti della Commissione Eu, Horizon 2020, ha promosso con 1,3 miliardi di euro numerosi progetti per il controllo dei confini come il progetto iBorderCtrl, avviato nel 2016 che, con un supporto di circa 5 milioni di euro, ha sviluppato tecnologie di riconoscimento facciale e *lie detection* fomentando aspre polemiche sul rispetto dei diritti fondamentali. Ciononostante, questa esperienza è stata trasfusa nel 2018 nel progetto TRESSPASS.

esterne, come il progetto iBorderCtrl, un "sistema intelligente di rilevamento delle menzogne" invitando la Commissione a interrompere il finanziamento della ricerca o la diffusione della biometria qualora essa finisse col realizzare una sorveglianza di massa indiscriminata nei luoghi pubblici[12].

La generosità dei fondi europei per progetti di questo tipo ha corroborato, nei fatti, l'approccio securitario delle politiche migratorie sopra evidenziato. Così, oggi, gli Stati membri UE dispongono di *database* contenenti impronte digitali, immagini facciali e profili del DNA che possono essere consultati tramite gli algoritmi informatici; ma, se, per un verso, la politica di migrazione e asilo intende rafforzare le frontiere esterne, al contempo, mira a raggiungere una migliore cooperazione tra le autorità di contrasto al fine di favorire l'accesso allo spazio Schengen ai cittadini degli Stati terzi ritenuti in buona fede e quindi la libera circolazione all'interno dell'area Schengen. Emergono allora le esigenze di bilanciamento, dovendosi contemperare l'obiettivo della sicurezza con i diritti fondamentali[13].

Il quadro giuridico di riferimento europeo della sorveglianza biometrica in relazione a migrazione e asilo è rappresentato dalla legislazione primaria in materia di diritti fondamentali, dunque, dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo (CEDU) e dalla Carta dei diritti fondamentali dell'UE[14]. Tra le norme "di base", in materia di sorveglianza biometrica, va annoverato il regolamento sull'intelligenza artificiale. Ulteriore importante riferimento è il quadro giuridico relativo alla protezione dei dati ovvero il regolamento generale sulla protezione dei dati (d'ora innanzi anche RGPD)[15] e la direttiva 2016/680 del 27 aprile 2016

[12] Il sistema, attraverso un'analisi basata sull'IA di 38 micro-gesti, permette di tracciare il profilo dei viaggiatori sulla base di un'intervista computerizzata effettuata con la webcam del passeggero prima del viaggio.

[13] Per un inquadramento generale, v. per tutti B. Nascimbene, *Il mercato unico digitale è una nuova frontiera dell'integrazione europea?*, in *rivista.eurojus.it*, 3/2005, p. 105 ss.

[14] V., per tutti, U. Villani, *Dalla Dichiarazione universale alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, II ed., Bari, 2015.

[15] Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 aprile 2016, relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la direttiva 95/46/CE (regolamento generale sulla protezione dei dati).

(d'ora innanzi anche direttiva polizia)[16]. Daremo conto di questa normativa di riferimento nel corso dell'analisi.

2. *L'uso della sorveglianza biometrica in materia di migrazione, asilo e controllo delle frontiere*

La sorveglianza biometrica, in materia di migrazione, asilo e controllo delle frontiere, viene adoperata per garantire il funzionamento dello Spazio di libertà, sicurezza e giustizia[17]. Alla protezione dei confini e al controllo dei flussi migratori, le istituzioni europee e gli Stati membri hanno dedicato un imponente sforzo organizzativo, culminato con l'istituzione di Frontex, l'Agenzia europea volta a supportare gli Stati membri dell'UE e i Paesi associati a Schengen nella gestione delle frontiere esterne[18], e di eu-LISA, l'Agenzia europea che promuove lo sviluppo e la gestione di sistemi informatici (IT) su larga scala per la sicurezza delle frontiere[19].

[16] Direttiva (UE) 2016/680 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 aprile 2016, relativa alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali da parte delle autorità competenti a fini di prevenzione, indagine, accertamento e perseguimento di reati o esecuzione di sanzioni penali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la decisione quadro 2008/977/GAI del Consiglio.

[17] Sul punto v. G. Caggiano, *L'evoluzione dello Spazio di libertà, sicurezza e giustizia nella prospettiva di un'Unione di diritto*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2007, p. 335 ss.; M. Kontak, *Biometric Borders Envisaged by Frontex: Fundamental Rights in the Backseat*, in *European Papers*, 2024, p. 621 ss.

[18] L'Agenzia europea della guardia di frontiera e costiera (Frontex), istituita nel 2004, è disciplinata dal regolamento (UE) 2019/1896, del 13 novembre 2019, relativo alla guardia di frontiera e costiera europea che conferisce all'Agenzia un mandato rafforzato e competenze maggiori rispetto al previgente regolamento (UE) 2016/1624, assumendo ad esempio la forma del Corpo permanente della guardia di frontiera e costiera europea (il primo servizio in uniforme dell'UE).

[19] Essa è stata costituita dal regolamento (UE) n. 1077/2011 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 ottobre 2011, che istituisce un'agenzia europea per la gestione operativa dei sistemi IT su larga scala nello spazio di libertà, sicurezza e giustizia, poi abrogato nel 2018 dal regolamento (UE) 2018/1726 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 14 novembre 2018, relativo all'Agenzia dell'Unione europea per la gestione operativa dei sistemi IT su larga scala nello spazio di libertà, sicurezza e giustizia (eu-LISA), che modifica il regolamento (CE) n. 1987/2006 e la decisione 2007/533/GAI del Consiglio e che abroga il regolamento (UE) n. 1077/2011. Si veda I. Ingravallo, *L'evoluzione dell'Agenzia Europea della guardia di frontiera e costiera*, in V. Faggiani (dir.), *Desafíos y límites de la política migratoria en Europa y América. Perspectivas de derecho comparado*, Cizur Menor, 2022, p. 75 ss.; Id., *Gli strumenti di controllo sul rispetto dei diritti fondamentali nelle attività operative di Frontex*,

Le tecnologie biometriche sono utilizzate principalmente in situazioni in cui la polizia di frontiera adopera strumenti come rilevatori di presenza umana per individuare movimenti nascosti o battiti cardiaci all'interno dei veicoli che attraversano l'UE, oppure droni aerei dotati di riconoscimento delle immagini per sorvegliare le vaste frontiere marittime dell'UE[20]. La sorveglianza biometrica può altresì essere messa in campo per identificare minori non accompagnati o per ridurre i tempi di attraversamento dei confini da parte dei migranti. Questo primo impiego già evidenzia la duplicità degli obiettivi a cui si è accennato perché se la polizia di frontiera, in particolare Frontex, utilizza queste tecnologie per salvare vite in mare, essa è anche accusata di adoperare le stesse tecnologie per realizzare l'intercettamento in mare e respingere i migranti sulle coste libiche[21].

Il ruolo di Frontex è altresì rafforzato dai sistemi informativi UE. Difatti un altro impiego significativo della biometria riguarda i vari sistemi informativi su larga scala ovvero le banche dati dell'Unione europea in materia di immigrazione che spesso fanno uso di riconoscimento facciale e che creano il problema della loro interoperabilità[22]. Esistono diversi sistemi di informazione o quadri di scambio di informazioni UE che applicano i dati biometrici.

Alcune delle banche dati funzionano oramai in modo consolidato[23]. Abbiamo la banca dati SIS (Sistema d'informazione Schengen), creata nel 1995 in seguito all'abolizione dei controlli alle frontiere interne, e che dunque risale alla Convenzione di applicazione dell'Accordo di Schengen

in *Quaderni AISDUE*, Convegno Forum IFA del 13 ottobre 2023, fascicolo speciale 4/2024, p. 1 ss.

[20] Si veda anche il rapporto finale di uno studio commissionato da Frontex per esaminare le capacità basate sull'intelligenza artificiale per le applicazioni di guardia di frontiera e costiera: Frontex, Artificial Intelligence-based capabilities for the European Border and Coast Guard - Final Report, www.frontex.europa.eu, 31 March 2021.

[21] Si vedano altresì gli accordi conclusi tra Frontex e Windward al fine di studiare i "rischi" nei mari dell'Unione europea, investigare i movimenti delle imbarcazioni e trasferire le sospette attività in una "mappa delle minacce" da aggiornare costantemente con l'ausilio di un *software* dotato di funzionalità di auto-apprendimento. Cfr. M. Monroy, *Artificial intelligence: Frontex improves its maritime surveillance*, in digit.site36.net, 15 January 2021.

[22] V., per tutti, G. Caggiano, *L'interoperabilità fra le banche-dati dell'Unione sui cittadini degli Stati terzi*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, 2020, p. 170 ss.; N. Vavoula, *Algorithmic Accountability Through the "Human over the Loop" in Interoperable and EU AI-reliant Large-scale IT Systems for Migration and Security*, in *European Papers*, 2024, p. 1228 ss.

[23] V., per tutti, S. Marinai, *Il rafforzamento del controllo digitale nel nuovo Patto sulla migrazione e l'asilo*, in *I Post di AISDUE*, II, 2020, p. 119 ss., nonché il sito www.consilium.europa.eu/it/infographics/eu-wide-it-systems-for-security-and-migration/.

del 19 giugno 1990. Il SIS è stato ampliato nel tempo per rispondere a nuove esigenze di sicurezza e cooperazione tra i Paesi membri dello spazio Schengen. Inizialmente, nel 1995, il SIS era incentrato sulla condivisione di informazioni per i controlli alle frontiere interne dello spazio Schengen. Successivamente, nel 2013, è stato introdotto il SIS di seconda generazione (SIS II) che ha ampliato le funzionalità del sistema, includendo la possibilità di inserire dati biometrici come impronte digitali; al fine di migliorare la sicurezza e i controlli di frontiera, esso è stato rafforzato nel 2023 per comprendere nuove tipologie di dati biometrici, come impronte palmari e registri DNA[24]. Il sistema ha continuato ad evolversi attraverso aggiornamenti e miglioramenti per ottenere una maggiore efficacia nella identificazione di persone e oggetti.

Un'impostazione sostanzialmente analoga si registra con riguardo al *database* europeo di dattiloscopia per l'asilo (Eurodac) che funziona come un sistema automatico di identificazione delle impronte digitali. Eurodac ha subito un'estensione del suo ambito di applicazione poiché inizialmente era collegato al sistema Dublino trattandosi di una banca dati funzionale col meccanismo volto ad individuare lo Stato membro competente a pronunciarsi sulla domanda di protezione internazionale e ad impedire a un migrante di presentare domanda di asilo in un paese diverso da quello di raccolta delle sue impronte digitali. Invero il meccanismo ha finito per limitare la mobilità dei migranti costretti spesso ad utilizzare metodi illegali per cercare asilo. Il regolamento (UE) 2024/1358, nell'ambito del nuovo

[24] Regolamento (UE) 2018/1860 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 28 novembre 2018, relativo all'uso del sistema d'informazione Schengen per il rimpatrio di cittadini di paesi terzi il cui soggiorno è irregolare; regolamento (UE) 2018/1861 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 28 novembre 2018, sull'istituzione, l'esercizio e l'uso del sistema d'informazione Schengen (SIS) nel settore delle verifiche di frontiera, che modifica la convenzione di applicazione dell'accordo di Schengen e abroga il regolamento (CE) n. 1987/2006; regolamento (UE) 2018/1862 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 28 novembre 2018, sull'istituzione, l'esercizio e l'uso del sistema d'informazione Schengen (SIS) nel settore della cooperazione di polizia e della cooperazione giudiziaria in materia penale, che modifica e abroga la decisione 2007/533/GAI del Consiglio e che abroga il regolamento (CE) n. 1986/2006 del Parlamento europeo e del Consiglio e la decisione 2010/261/UE della Commissione.

Ai sensi della decisione di esecuzione (UE) 2023/201 della Commissione del 30 gennaio 2023 che fissa la data di entrata in funzione del sistema d'informazione Schengen ai sensi del regolamento (UE) 2018/1861 del Parlamento europeo e del Consiglio e del regolamento (UE) 2018/1862 del Parlamento europeo e del Consiglio, le operazioni del SIS "rafforzato" sono iniziate il 7 marzo 2023. I regolamenti (UE) 2018/1860, (UE) 2018/1861 e (UE) 2018/1862 sono dunque pienamente applicabili.

Patto sulla migrazione e l'asilo[25], ha previsto che vengano inseriti, non solo i dati di coloro che chiedono protezione internazionale, ma anche i dati necessari al contrasto dell'immigrazione irregolare, e che vengano raccolte, non solo impronte digitali, ma anche immagini facciali. Difatti, a partire dal 2026, Eurodac tratterà i dati biometrici di tutte le persone migranti e richiedenti asilo di età superiore ai 6 anni[26].

Un altro importante impiego della sorveglianza biometrica è volto al rilascio e alla gestione digitale dei visti ed è realizzato attraverso la banca dati VIS[27] (Sistema informativo visti) che pure ha subito nel corso del tempo un ampliamento del suo ambito di applicazione. Inizialmente, infatti, essa conteneva informazioni concernenti i visti di breve durata; solo successivamente ha inglobato i dati concernenti i visti di lunga durata che tuttavia continuano ad essere disciplinati a livello nazionale. Inoltre, mentre in origine era previsto solo l'inserimento dei dati dattiloscopici del richiedente il visto, è stata poi introdotta l'immagine del volto.

Va altresì segnalata la banca dati che gestisce il sistema di informazioni in entrata e in uscita, nota come Sistema di ingressi/uscite (EES)[28]. EES crea un apparato centralizzato di ingresso/uscita per i cittadini extra UE che

[25] Regolamento (UE) 2024/1358 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 14 maggio 2024, che istituisce l'«Eurodac» per il confronto dei dati biometrici ai fini dell'applicazione efficace dei regolamenti (UE) 2024/1351 e (UE) 2024/1350 o del Parlamento europeo e del Consiglio e della direttiva 2001/55/CE del Consiglio e ai fini dell'identificazione dei cittadini di paesi terzi e apolidi il cui soggiorno è irregolare, e per le richieste di confronto con i dati Eurodac presentate dalle autorità di contrasto degli Stati membri e da Europol a fini di contrasto, che modifica i regolamenti (UE) 2018/1240 e (UE) 2019/818 del Parlamento europeo e del Consiglio e che abroga il regolamento (UE) n. 603/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio. Sul nuovo Patto, v. G. Morgese (a cura di), *Il futuro del diritto e della politica migratoria europea: il Nuovo Patto e oltre*, *Rivista Quaderni AISDUE*, n. 4/2024.

[26] Cfr. E. Celoria - V. Ferraris, *Eurodac: dalla gestione delle domande di protezione internazionale al controllo della mobilità*, in G. Morgese (a cura di), *op. cit.*

[27] Il sistema VIS è stato istituito dalla decisione 2004/512/CE del Consiglio, dell'8 giugno 2004. Si veda anche il regolamento (CE) n. 767/2008 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 9 luglio 2008, concernente il sistema di informazione visti (VIS) e lo scambio di dati tra Stati membri sui visti per soggiorni di breve durata.

[28] Regolamento (UE) 2017/2226 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 30 novembre 2017, che istituisce un sistema di ingressi/uscite per la registrazione dei dati di ingresso e di uscita e dei dati relativi al respingimento dei cittadini di paesi terzi che attraversano le frontiere esterne degli Stati membri e che determina le condizioni di accesso al sistema di ingressi/uscite a fini di contrasto e che modifica la Convenzione di applicazione dell'Accordo di Schengen e i regolamenti (CE) n. 767/2008 e (UE) n. 1077/2011; regolamento (UE) 2017/2225 che modifica il codice frontiere Schengen per quanto riguarda l'uso del sistema di ingressi/uscite.

attraversano le frontiere esterne, sia per soggiorni di breve durata (fino a 90 giorni), sia per ingressi multipli (nell'arco di un periodo di 180 giorni).

Il nuovo sistema è entrato in funzione il 12 ottobre 2025 sebbene i Paesi UE che lo applicano attueranno gradualmente il meccanismo alle loro frontiere esterne. Dunque la raccolta dei dati sarà introdotta progressivamente anche ai valichi di frontiera, realizzando la piena esecuzione entro il 10 aprile 2026. La banca dati tratta i dati biometrici e i dati anagrafici di cittadini di Paesi terzi che attraversano le frontiere esterne dell'area Schengen, registrando e conservando data, ora, luogo d'ingresso e di uscita; calcolando automaticamente la durata del soggiorno autorizzato e generando *alert* destinati agli Stati membri allo scadere del soggiorno. Va segnalato che il personale autorizzato di Frontex, coinvolta nello sviluppo del meccanismo e dei suoi aspetti biometrici, avrà accesso ai dati EES.

La banca dati ETIAS (European Travel Information and Authorization System)[29], adottata nel 2018, è invece un sistema di informazione e autorizzazione ai viaggi che farà parte dell'architettura di interoperabilità poiché le pertinenti domande ETIAS saranno verificate rispetto ai dati già presenti in sistemi come SIS, EES, VIS, Eurodac, nonché rispetto ai dati contenuti in Europol e nelle banche dati Interpol. Si tratta di un meccanismo elettronico di autorizzazione al viaggio rivolto a cittadini di Paesi terzi esenti da visto che desiderano accedere allo spazio Schengen e che entrerà in funzione nell'ultimo trimestre del 2026. Non si tratta di un visto bensì di un'autorizzazione preventiva che, prima dell'arrivo del viaggiatore, gestisce i rischi di sicurezza, migrazione irregolare o epidemie.

[29] Regolamento (UE) 2018/1240 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 settembre 2018, che istituisce un sistema europeo di informazione e autorizzazione ai viaggi (ETIAS) e che modifica i regolamenti (UE) n. 1077/2011, (UE) n. 515/2014, (UE) 2016/399, (UE) 2016/1624 e (UE) 2017/2226; regolamento (UE) 2018/1241 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 settembre 2018, recante modifica del regolamento (UE) 2016/794 ai fini dell'istituzione di un sistema europeo di informazione e autorizzazione ai viaggi (ETIAS).

I regolamenti (UE) 2021/1134 del Parlamento europeo e del Consiglio del 7 luglio 2021 che modifica i regolamenti (CE) n. 767/2008, (CE) n. 810/2009, (UE) 2016/399, (UE) 2017/2226, (UE) 2018/1240, (UE) 2018/1860, (UE) 2018/1861, (UE) 2019/817 e (EU) 2019/1896 del Parlamento europeo e del Consiglio e che abroga le decisioni 2004/512/CE e 2008/633/GAI del Consiglio, ai fini della riforma del sistema di informazione visti e 2021/1152 del Parlamento europeo e del Consiglio del 7 luglio 2021 che modifica i regolamenti (CE) n. 767/2008, (UE) 2017/2226, (UE) 2018/1240, (UE) 2018/1860, (UE) 2018/1861 e (UE) 2019/817 per quanto riguarda la definizione delle condizioni di accesso agli altri sistemi di informazione dell'UE ai fini del sistema europeo di informazione e autorizzazione ai viaggi, garantiscono l'interoperabilità delle banche dati con l'ETIAS.

Il sistema è potenzialmente in grado di introdurre elementi a carattere discriminatorio laddove a tale gestione contribuisca la provenienza dell'individuo o l'origine del gruppo[30]. Qualora dal confronto tra dati si attivi un *alert*, l'art. 22 del regolamento ETIAS disciplina il trattamento manuale da parte dell'unità centrale ETIAS.

Va segnalata, in questo contesto, anche la proposta della Commissione europea per l'applicazione di viaggio digitale dell'UE (EU Digital Travel Application) che mira a digitalizzare i documenti di viaggio e le carte d'identità, semplificando al contempo l'uso delle credenziali di viaggio digitali per l'attraversamento delle frontiere Schengen[31]. La proposta, che va senz'altro apprezzata, mostra tuttavia la necessità di una esplicita interoperabilità con gli attuali quadri normativi dell'UE in materia di identità digitale. In particolare, il testo non è chiaro in merito all'obbligo per gli Stati membri di istituire un'infrastruttura nazionale per la creazione di credenziali di viaggio digitali collegate ai documenti di viaggio e alle carte d'identità. Allo stesso modo, andrebbe definito se la funzione relativa alla *governance* dei dati debba essere affidata ad eu-LISA a cui comunque viene attribuito un ruolo che supera le finalità originarie relative alle attività di polizia e giudiziarie per cui tale agenzia è stata istituita (considerando 13-18 della proposta di regolamento per l'applicazione di viaggio digitale dell'UE). Questo nuovo ruolo richiede una maggiore attenzione in materia di protezione dei dati personali.

Esistono altrettante ambiguità riguardo all'uso delle credenziali di viaggio digitali per l'attraversamento delle frontiere dovendosi esplicare se, durante tale attraversamento, le credenziali digitali debbano sempre essere presentate per il mezzo del *router* del viaggiatore, che, in forza del considerando 9, ha il compito di inviare i dati di viaggio trasmessi dal viaggiatore alle autorità di frontiera per la verifica di frontiera anticipata e la pre-accettazione.

[30] V. *infra* par. 3.

[31] Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che istituisce un'applicazione per la trasmissione elettronica dei dati di viaggio ("applicazione di viaggio digitale dell'UE") e che modifica i regolamenti (UE) 2016/399 e (UE) 2018/1726 del Parlamento europeo e del Consiglio e il regolamento (CE) n. 2252/2004 del Consiglio per quanto riguarda l'uso delle credenziali di viaggio digitali, Strasburgo, 8 ottobre 2024, COM(2024) 670 final.

Va segnalato infine l'ECRIS (European Criminal Records Information System)[32], il sistema informativo europeo che permette lo scambio di informazioni tra gli Stati membri UE sui precedenti penali a carico di cittadini di Paesi terzi. Questo sistema interconnette telematicamente i casellari giudiziari nazionali, facilitando lo scambio di dati in un formato standard. In sostanza, ECRIS rende più efficace l'informazione reciproca sulle condanne penali migliorando la cooperazione giudiziaria. Si tratta di informazioni di cittadini di Stati terzi che, anche in questo caso, vengono adoperate, sia in funzione di prevenzione dell'immigrazione irregolare, sia per svolgere attività di contrasto all'immigrazione.

3. *Il difficile bilanciamento tra i diversi interessi e valori sottesi alle norme che disciplinano la sorveglianza biometrica*

Per quanto riguarda il quadro giuridico di riferimento, oltre alle fonti istitutive dei sistemi informativi di volta in volta in rilievo, esso va ricostruito muovendo dalle esigenze di rispettare la vita privata e familiare nonché la protezione dei dati di carattere personale che la raccolta di questi dati pone. Difatti, inizialmente ciascuna delle banche dati istituite aveva lo scopo di perseguire obiettivi specifici ma negli ultimi anni le istituzioni europee, come pure si è accennato, intendono raggiungere l'interoperabilità tra sistemi informativi. Essa consente alle banche dati di dialogare tra loro permettendo alle diverse autorità – consolari, di contrasto o di frontiera – di avere contestuale accesso ai dati evidentemente di individui extra UE[33].

[32] ECRIS è stato disposto dalla decisione 2009/316/GAI del Consiglio, del 6 aprile 2009, che istituisce il sistema europeo di informazione sui casellari giudiziari (ECRIS) in applicazione dell'articolo 11 della decisione quadro 2009/315/GAI. La decisione, tuttavia, è ancora applicabile solo in Irlanda e Danimarca, poiché, a partire dal 28 giugno 2022, essa è stata sostituita dalla direttiva 2019/884 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 17 aprile 2019, che modifica la decisione quadro 2009/315/GAI del Consiglio per quanto riguarda lo scambio di informazioni sui cittadini di paesi terzi e il sistema europeo di informazione sui casellari giudiziali (ECRIS), e che sostituisce la decisione 2009/316/GAI del Consiglio.

[33] Nel maggio 2019, il Consiglio UE ha adottato due regolamenti per stabilire un quadro di interoperabilità tra i sistemi d'informazione, al fine di migliorare la gestione delle frontiere, della sicurezza e della migrazione. Le nuove norme hanno predisposto un portale al livello europeo per favorire ricerche simultanee attraverso più sistemi di informazione; un servizio comune di confronto finalizzato a controlli incrociati sui dati biometrici; un

Laddove la citata interoperabilità fosse pienamente realizzata, sarebbe fortemente favorita l'attività di contrasto alla criminalità ma allo stesso tempo verrebbe leso uno dei principi fondamentali in materia di protezione dei dati in forza del quale deve essere assicurata la legittima finalità in materia di trattamento ovvero i dati devono essere raccolti per una finalità specifica, legittima, esplicita. In particolare, in conformità dell'art. 5, par. 1, lett. b), RGPD, i dati personali sono «raccolti per finalità determinate, esplicite e legittime, e successivamente trattati in modo che non sia incompatibile con tali finalità»[34]. Alla stessa stregua dispone anche l'art. 5, lett. b), della Convenzione n. 108 del Consiglio d'Europa, del 28 gennaio 1981, sulla protezione delle persone rispetto al trattamento automatizzato di dati a carattere personale, secondo cui i dati a carattere personale oggetto di elaborazione automatica devono essere «registrati per fini determinati e legittimi e non devono essere utilizzati in modo incompatibile con tali fini».

Il riconoscimento facciale, che impiega appunto dati biometrici, è strettamente legato all'identità di una persona e può avere un impatto significativo su vari diritti e libertà garantiti dalla Carta dei diritti fondamentali dell'UE[35]. Questi diritti includono, non solo la tutela della vita privata e familiare e la protezione dei dati, applicandosi gli stessi principi generali di trasparenza, correttezza, finalità, *data minimization*, necessità e

archivio comune volto a conservare i dati identificativi di cittadini di Paesi terzi (CIR, che, in conformità degli articoli 17-18 regolamento 2019/818, crea un fascicolo individuale contenente dati sia personali sia biometrici per ciascuna persona registrata nell'EES, nel VIS, nell'ETIAS, nell'Eurodac e nell'ECRIS); un rilevatore di identità multiple per allertare le autorità in caso di frode di identità. Questa nuova architettura di interoperabilità che fornisce dunque un'interfaccia unica per le ricerche e un servizio di confronto biometrico per facilitare l'identificazione, è in fase di graduale adozione (tra la metà del 2024 e la fine del 2026). Cfr. regolamento (UE) 2019/817 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 maggio 2019, che istituisce un quadro per l'interoperabilità tra i sistemi di informazione dell'UE nel settore delle frontiere e dei visti e che modifica i regolamenti (CE) n. 767/2008, (UE) n. 2016/399, (UE) 2017/2226, (UE) 2018/1240, (UE) 2018/1726 e (UE) 2018/1861 del Parlamento europeo e del Consiglio e le decisioni 2004/512/CE e 2008/633/GAI del Consiglio; regolamento (UE) 2019/818 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 maggio 2019, che istituisce un quadro per l'interoperabilità tra i sistemi di informazione dell'UE nel settore della cooperazione di polizia e giudiziaria, asilo e migrazione, e che modifica i regolamenti (UE) 2018/1726, (UE) 2018/1862 e (UE) 2019/816.

[34] Una normativa che preveda una conservazione dei dati personali deve sempre rispondere dunque a criteri oggettivi che pongano un rapporto tra i dati personali da conservare e l'obiettivo perseguito. In tal senso, Corte giust., parere 1/15 (Accordo PNR UE-Canada), del 26 luglio 2017, punto 191 e giurisprudenza citata, nonché Corte giust., 3 ottobre 2019, C-70/18, *A* e *a.*, punto 63. V. *infra* par. 6.

[35] V. *infra* par. 7.

proporzionalità, ma anche la dignità umana, la libertà di movimento e la libertà di riunione, visto che gli individui potrebbero essere scoraggiati dal partecipare a manifestazioni pubbliche o dall'esprimere le proprie idee.

L'uso della sorveglianza biometrica nel settore delle migrazioni solleva quindi importanti questioni relative alla protezione dei diritti individuali. Invero i dati raccolti sono molto utili in funzione dell'attività di contrasto potendosi, ad esempio, prevenire false identità, ma risulta indispensabile una verifica sui modelli in base ai quali i *software* sono stati creati, sulle informazioni immesse e sulle immagini impiegate. Secondo una serie di studi emerge che la gran parte di questi *software* ha adoperato immagini di individui di pelle bianca e prevalentemente di sesso maschile; dunque, potrebbero delinearsi una serie di casi di falsi positivi che probabilmente creerebbero effetti discriminatori nei confronti di alcuni gruppi di etnie[36].

Va altresì evidenziato che se le autorità di contrasto necessitano di strumenti avanzati per identificare rapidamente gli autori di crimini gravi e atti terroristici, l'utilizzo di tali strumenti deve essere conforme al quadro giuridico vigente e rispettare i principi di necessità e proporzionalità, alla luce dell'art. 52, par. 1, della Carta dei diritti fondamentali dell'UE. Inoltre, pur dovendosi riconoscere un importante valore aggiunto alle moderne tecnologie nel supportare le indagini, è importante non considerarle una soluzione miracolosa, ma piuttosto parte di un approccio più ampio e bilanciato[37].

L'European Data Protection Board (EDPB) e il Garante europeo della protezione dei dati (GEPD) hanno circoscritto alcune applicazioni

[36] Così G. MOBILIO, *Tecnologie di riconoscimento facciale. Rischi per i diritti fondamentali e sfide regolative*, Napoli, 2021, p. 218 ss.

Il riconoscimento facciale è una tecnologia biometrica che utilizza algoritmi per riconoscere automaticamente gli individui attraverso le immagini dei loro volti. Il regolamento considera due tipi di sistemi di riconoscimento facciale: i sistemi di categorizzazione che non mirano a identificare la persona, ma a classificarla in categorie in base a caratteristiche come età, etnia o genere, estraendo dati biometrici dall'immagine del volto e i sistemi di identificazione biometrica che si basano sulla comparazione tra il modello biometrico costruito dall'algoritmo e i volti presenti in una banca dati, per identificare la persona. Questo processo avviene a distanza, senza contatto fisico, e può essere effettuato in tempo reale o successivamente su immagini registrate o reperite *online*.

[37] Si vedano anche le linee guida EDPB 05/2022, adottate il 26 aprile 2023, sull'uso della tecnologia di riconoscimento facciale nell'ambito delle attività di contrasto, che forniscono indicazioni ai legislatori europeo e nazionali, nonché alle autorità preposte all'applicazione della legge, sull'implementazione e sull'utilizzo dei sistemi di tecnologia di riconoscimento facciale.

delle tecnologie di riconoscimento facciale che presentano rischi inaccettabili per la società e per gli individui richiedendo per esse un divieto generale[38]. Tra queste, l'identificazione biometrica remota in spazi pubblici è considerata una forma di sorveglianza di massa non ammessa in una società democratica. Inoltre, l'EDPB ritiene che i sistemi di riconoscimento facciale basati sull'IA che classificano le persone in gruppi in base a caratteristiche come l'etnia, il genere o l'orientamento sessuale siano incompatibili con la Carta dei diritti fondamentali dell'UE. L'EDPB si oppone anche all'uso del riconoscimento facciale per dedurre le emozioni degli individui, considerandolo particolarmente indesiderabile, salvo talune eccezioni debitamente giustificate. Infine, l'EDPB ritiene che la creazione di banche dati tramite la raccolta indiscriminata di dati personali *online* non sia conforme al citato requisito di stretta necessità previsto dal diritto dell'Unione.

4. *La sorveglianza biometrica nei settori della migrazione, dell'asilo e del controllo delle frontiere e i sistemi di intelligenza artificiale "ad alto rischio"*

Il regolamento sull'intelligenza artificiale offre una analisi approfondita della biometria, definendo, per la prima volta in ambito UE, concetti quali la categorizzazione biometrica e riconoscendo nei suoi considerando i rischi per la tutela della vita privata e familiare, la non discriminazione e la dignità umana sollevati dalla biometria (in particolare, considerando 48). Come avremo modo di illustrare meglio, la materia "migrazione, asilo e gestione del controllo delle frontiere" si pone, nel regolamento, a cavallo tra art. 5, dedicato, seguendo un approccio basato sulla piramide del rischio, alle pratiche di IA vietate "per rischio inaccettabile", e art. 6, concernente i sistemi di IA "ad alto rischio"[39].

[38] Parere congiunto EDPB-EDPS, del 17 giugno 2021, 5/2021 sulla proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che stabilisce regole armonizzate sull'intelligenza artificiale (regolamento sull'intelligenza artificiale). Nelle linee guida 05/2022, l'EDPB ha ribadito la richiesta di vietare l'uso della tecnologia di riconoscimento facciale in alcuni casi.

[39] Sia il regolamento sull'intelligenza artificiale sia il regolamento generale sulla protezione dei dati sono basati sul rischio. Tuttavia, le nozioni di "alto rischio" nel regolamento generale sulla protezione dei dati, che determina *ex* art. 35, par. 1, l'obbligo di condurre una valutazione dell'impatto del trattamento previsto sulla protezione dei dati personali, e nel regolamento sull'intelligenza artificiale, al fine di determinare, *ex* art. 6, la classificazione di un sistema di IA, non sono gli stessi. Sebbene infatti la classificazione "ad

Nel regolamento sull'intelligenza artificiale viene prevista espressamente la possibilità di utilizzare i meccanismi di IA anche in materia di immigrazione. Dunque, va valutato positivamente il considerando 60 in cui si dà atto della circostanza che gli individui che possono essere interessati da *software* che applicano tecnologie di questo tipo sono migranti spesso in una posizione particolarmente vulnerabile e il cui futuro dipende dalle scelte compiute dalle autorità pubbliche competenti, ritenendosi necessarie per essi maggiori verifiche e cautele nel trattamento dei dati.

La natura non discriminatoria e la trasparenza dei sistemi di IA sono finalizzati, tra l'altro, a garantire il rispetto dei diritti fondamentali delle persone migranti, specialmente i diritti alla libera circolazione, alla non discriminazione, alla tutela della vita privata e dei dati personali, alla protezione internazionale e alla buona amministrazione. Di conseguenza, vengono considerati "ad alto rischio" i sistemi di IA, richiamati all'art. 6, par. 2 e contenuti nell'allegato III del regolamento, ovvero i sistemi riguardanti i settori "migrazione, asilo e gestione del controllo delle frontiere", nella misura in cui il pertinente diritto dell'Unione o nazionale ne permetta l'uso (allegato III, par. 7 del regolamento sull'intelligenza artificiale). Si tratta dei sistemi di IA destinati a essere utilizzati dalle autorità pubbliche competenti o dalle istituzioni, organi e organismi dell'Unione, come poligrafi o strumenti analoghi; a valutare un rischio (tra cui, nei settori della sicurezza, della migrazione irregolare o della salute) causato da una persona fisica che intende entrare o è entrata nel territorio di uno Stato membro; a coadiuvare le autorità pubbliche competenti rispetto all'esame delle domande di asilo, di visto o di permesso di soggiorno, nonché ai relativi reclami con particolare riguardo all'affidabilità degli elementi probatori; ad individuare, riconoscere o identificare persone fisiche, nel contesto della migrazione, dell'asilo o della gestione del controllo delle frontiere, con l'eccezione della verifica dei documenti di viaggio.

Il regolamento sull'IA ha cura di precisare che i sistemi di IA nel settore della migrazione, dell'asilo e della gestione del controllo delle frontiere non devono ledere in alcun modo il principio di non respingimento, garantendo allo stesso tempo vie legali di ingresso, sicure ed

alto rischio" di un sistema in base al regolamento sull'intelligenza artificiale debba essere presa in considerazione da parte del titolare del trattamento ai fini della determinazione dell'alto rischio in materia dati personali, si tratta di modelli normativi diversi di valutazione del rischio che non devono essere confusi. Cfr. R. Gellert, *The role of the risk-based approach in the General data protection Regulation and in the European Commission's proposed Artificial Intelligence Act: Business as usual?*, in *Journal of Ethics and Legal Technologies*, 3/2021, p. 14 ss.

efficaci, nel territorio dell'Unione, nonché il diritto alla protezione internazionale.

I sistemi ad alto rischio che includono, dunque, i sistemi di informazione biometrica utilizzati in materia di migrazione, asilo e controllo delle frontiere, devono soddisfare i requisiti stabiliti prevedendosi alcune esenzioni o deroghe speciali. Il regolamento crea una piramide del rischio imponendo un sistema graduale di restrizioni e obblighi ai fornitori e agli utenti. Prima di immettere un sistema di IA ad alto rischio sul mercato, i fornitori dovranno sottoporlo a una valutazione di conformità come qualità dei dati (art. 10), documentazione e tracciabilità (articoli 11 e 12), trasparenza (art. 13), sorveglianza umana (art. 14), accuratezza, robustezza e cibersicurezza (art. 15).

Gli stessi sistemi, utilizzati da autorità pubbliche, vanno registrati in una banca dati pubblica dell'UE (art. 49 del regolamento sull'IA). Tuttavia, l'art. 49, par. 4, del regolamento sull'IA, per il settore della migrazione e della gestione delle frontiere, dispone che la registrazione debba avvenire in una sezione non pubblica della banca dati dell'UE che sarà accessibile solo alle autorità di controllo competenti, impedendosi nella sostanza un monitoraggio adeguato sull'impatto di questi sistemi sulla vita dei migranti. Parimenti, in tema di spazio di sperimentazione normativa per l'IA, la sintesi del progetto di IA che va pubblicata sul sito web delle autorità competenti, *ex* art. 59, par. 1, j), non riguarda i dati operativi sensibili in relazione alle attività delle autorità competenti in materia di controllo delle frontiere, di immigrazione o di asilo.

La peculiarità della nostra materia è confermata dal considerando 159, ai sensi del quale ciascuna autorità di vigilanza del mercato per i sistemi di IA ad alto rischio nel settore della biometria, nella misura in cui tali sistemi siano utilizzati nell'ambito di migrazione, asilo e gestione del controllo delle frontiere, dovrebbe disporre di poteri di indagine e correttivi efficaci, tra cui almeno il potere di ottenere l'accesso ai dati personali trattati ed alle informazioni necessarie per lo svolgimento dei suoi compiti.

Per contrastare il rischio di falsi positivi durante l'identificazione biometrica si prevede una supervisione umana per tutti i sistemi ad alto rischio (art. 14, regolamento sull'IA). Ne consegue che i risultati da essi prodotti devono essere verificati e confermati da un essere umano prima di poter assumere qualsiasi decisione.

Valorizzandosi l'importanza di un approccio antropocentrico nella valutazione dei sistemi di sorveglianza biometrica[40], la supervisione umana, attraverso la correzione degli *output*, è principalmente volta a prevenire i rischi per la salute, la sicurezza e i diritti fondamentali. Per raggiungere questi obiettivi, l'art. 14 obbliga i fornitori[41] a creare le condizioni tecniche e operative per una supervisione efficace. Ciò è confermato dall'art. 26, par. 2, che impone ai *deployers*[42] di affidare la sorveglianza umana a persone fisiche che dispongano della competenza, della formazione, dell'autorità nonché del sostegno necessari. Inoltre, gli strumenti di intelligenza artificiale utilizzati dalle banche dati sulle migrazioni devono osservare le garanzie e le misure di protezione previste dall'art. 86 del regolamento sull'IA, secondo cui qualsiasi individuo che sia investito da una decisione, che produca effetti giuridici, o comunque incida significativamente, sulla sua salute, sulla sua sicurezza o sui suoi diritti fondamentali, adottata dal *deployer* sulla base dell'*output* di un sistema ad alto rischio di cui all'allegato III ha il diritto di ottenere da quest'ultimo spiegazioni chiare e importanti sul ruolo giuocato dal sistema di IA nella procedura decisionale e sui principali elementi della decisione assunta.

L'art. 86 citato è espressione del diritto a una tutela giurisdizionale effettiva tutelato dall'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali, come ha

[40] Così M. Fink, *Human Oversight under Article 14 of the EU AI Act*, in ssrn.com, 14 February 2025, in cui si sottolinea che l'evidenza empirica suggerisce limitazioni sensibili all'efficacia della supervisione umana, anche a causa dei vincoli cognitivi umani e del *bias* dell'automazione. Dunque, il successo dell'art. 14 richiede un'attenta attuazione che riconosca tali limiti ed eviti di fare eccessivo affidamento sulla supervisione umana come misura di salvaguardia a sé stante. In questo senso anche A. Panezi, *Requirements of high-risk AI systems: AI Act. Article 14. Human oversight*, in ssrn.com, 1 July 2024.

L'EDPB e l'EDPB, nel citato parere congiunto 5/2021, hanno chiarito che l'importante ruolo attribuito alla supervisione umana nel regolamento sull'intelligenza artificiale è fondamentale per garantire il rispetto del diritto a non essere soggetti a una decisione basata esclusivamente sul trattamento automatizzato ai sensi del regolamento generale sulla protezione dei dati.

[41] Fornitore è «una persona fisica o giuridica, un'autorità pubblica, un'agenzia o un altro organismo che sviluppa un sistema di IA o un modello di IA per finalità generali o che fa sviluppare un sistema di IA o un modello di IA per finalità generali e immette tale sistema o modello sul mercato o mette in servizio il sistema di IA con il proprio nome o marchio, a titolo oneroso o gratuito» (art. 3, n. 3, regolamento sull'IA).

[42] In conformità dell'art. 3, n. 4, *deployer* è «una persona fisica o giuridica, un'autorità pubblica, un'agenzia o un altro organismo che utilizza un sistema di IA sotto la propria autorità, tranne nel caso in cui il sistema di IA sia utilizzato nel corso di un'attività personale non professionale».

ricordato Corte di giustizia nel caso *Ligue des droits humains*[43], in cui, con riferimento alla direttiva PNR (Passenger Name Record)[44], si evidenzia che il ricorso alle tecnologie in parola e uno scarso accesso alle informazioni rischierebbero di privare di efficacia l'esame individuale dei riscontri positivi[45]. Infatti, considerata l'opacità che caratterizza il funzionamento delle tecnologie di intelligenza artificiale, può risultare impossibile comprendere la ragione per la quale un dato programma sia arrivato ad un riscontro positivo.

A questi obblighi, per rendere effettiva la supervisione, è necessario aggiungere i requisiti di trasparenza stabiliti dall'art. 13 del regolamento sull'IA.

Alla luce del quadro delineato, occorre certamente valutare positivamente la circostanza che la materia della migrazione rientri, in linea di principio, tra quelle ad alto rischio a cui sono applicabili una serie di cautele che il regolamento sull'IA dispone. D'altra parte, se il regolamento considera ad alto rischio questo settore, contempla una serie di eccezioni, come è il caso, ad esempio, dell'appena citato principio della supervisione umana che può essere evitata per esso quando il diritto UE o i diritti nazionali ritengano che l'adempimento risulti sproporzionato. Il testo non chiarisce quali siano i termini della sproporzione e dunque non definisce gli interessi contrastanti che giustifichino tale eccezione creando un vuoto normativo che può essere sfruttato in modo abusivo ed avallando l'applicazione di decisioni automatizzate, talvolta errate, senza la dovuta responsabilità umana.

Così, l'art. 14, par. 5, co. 2, in conformità del considerando 73, regolamento sull'IA, dispone che il requisito di una verifica separata da parte di almeno due persone fisiche – previsto in generale per i sistemi ad alto rischio – non si applichi ai sistemi di IA ad alto rischio utilizzati a fini di migrazione, controllo delle frontiere o asilo, qualora il diritto dell'Unione o nazionale ritenga sproporzionata l'applicazione di siffatto requisito.

[43] Corte giust., GS, 21 giugno 2022, C-817/19, *Ligue des droits humains*, punto 195.

[44] Direttiva (UE) 2016/681 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 aprile 2016, sull'uso dei dati del codice di prenotazione (PNR) a fini di prevenzione, accertamento, indagine e azione penale nei confronti dei reati di terrorismo e dei reati gravi.

[45] Il riscontro positivo previsto nella direttiva PNR si riferisce all'esito dell'attività di analisi dei dati PNR effettuata dall'Unità di Informazione sui Passeggeri (UIP) nazionale. In particolare, il riscontro positivo – che richiede evidentemente ulteriori verifiche o azioni da parte delle autorità competenti – indica l'individuazione di un passeggero sospettato di essere implicato in reati di terrorismo o gravi reati.

5. *La sorveglianza biometrica e le pratiche di intelligenza artificiale vietate per rischio inaccettabile: i sistemi di categorizzazione biometrica e l'identificazione biometrica remota in tempo reale*

Il regolamento sull'intelligenza artificiale pone un divieto ai sistemi di IA che determinano un rischio inaccettabile per la sicurezza e i diritti degli individui. Molte delle pratiche vietate sono di natura biometrica (art. 5) ed infatti, alla luce dei valori e dei diritti che la categorizzazione biometrica rischia di ledere, è prevalsa la linea secondo cui la tutela dei diritti inviolabili sottesa alle pratiche di intelligenza artificiale vietate deve imporsi sulle logiche di mercato e sulle misure di sicurezza.

In particolare, con riguardo alle interferenze con la materia della migrazione, dell'asilo e del controllo delle frontiere, il regolamento vieta (art. 5, par. 1, lett. e) i sistemi di IA che creano *database* di riconoscimento facciale mediante *scraping* non mirato di immagini facciali da internet o da filmati di telecamere a circuito chiuso. Sono altresì vietati, in conformità dell'art. 5, par. 1, lett. g), i sistemi di categorizzazione biometrica per dedurre caratteristiche sensibili degli individui, come razza, orientamento sessuale, opinioni politiche o affiliazione religiosa. L'obiettivo della norma è prevenire discriminazioni e proteggere la tutela della vita privata e familiare degli individui, impedendo che dati biometrici vengano utilizzati per profilazioni ingiustificate.

Rientrano nel divieto, ad esempio, le tecnologie che riconoscono la razza o l'etnia delle persone in base a dati biometrici per finalità commerciali o governative. Sono disposte alcune eccezioni per usi ancillari legati a servizi commerciali, come i filtri per la classificazione di caratteristiche facciali nei *social network*. Tuttavia, questi sistemi devono essere strettamente necessari al servizio principale e non possono essere impiegati per scopi di controllo o sorveglianza.

L'art. 5, par. 1, lett. d) vieta i sistemi di IA al fine di valutare o prevedere il rischio che una persona fisica commetta un reato, unicamente sulla base della profilazione. Tale divieto è rilevante rispetto all'art. 32, par. 1, lett. a), vi) del Codice visti, in forza del quale l'ingresso o la concessione di un visto a un cittadino di un Paese terzo possono essere negati se tale individuo è considerato una minaccia per l'ordine pubblico o la sicurezza interna.

Il regolamento dispone un divieto generale di utilizzo delle tecnologie di identificazione biometrica, ma consente eccezioni specifiche e

strettamente regolate, previa autorizzazione giudiziaria. In questi casi, le tecnologie biometriche sono classificate come sistemi di intelligenza artificiale ad alto rischio e devono essere sottoposte a una valutazione di conformità prima di essere immesse sul mercato.

È richiesta un'attenta valutazione dell'impatto potenziale di queste tecnologie sui diritti fondamentali, dovendosi bilanciare i benefici del loro utilizzo con i rischi e le conseguenze negative che potrebbero derivare dal loro mancato uso. Così il regolamento, all'art. 5, par. 1, lett. h) e, dal par. 2 al par. 8, all'art. 5, stabilisce le condizioni in base alle quali l'identificazione biometrica remota in tempo reale può essere utilizzata per attività di contrasto.

Questo tipo di sorveglianza biometrica, come abbiamo già anticipato, comporta un forte impatto sui diritti fondamentali di chiunque vi sia sottoposto. Dunque il regolamento impone limiti stringenti, statuendo che i sistemi di identificazione biometrica remota in tempo reale in spazi pubblici per scopi di sicurezza non possono essere impiegati in modo indiscriminato, ma solo in tre casi specifici: ricerca di vittime di sottrazione, tratta o sfruttamento sessuale di esseri umani, nonché ricerca di persone scomparse; prevenzione di una minaccia specifica, sostanziale e imminente per la vita o l'incolumità fisica o di una minaccia reale e attuale o reale e prevedibile di un attacco terroristico; identificazione e localizzazione di una persona sospettata di aver commesso un grave reato (per l'elenco dei reati si veda l'allegato II). Inoltre, l'identificazione biometrica remota in tempo reale da parte delle autorità di contrasto sarà subordinata a un'autorizzazione preventiva rilasciata da un'autorità giudiziaria o amministrativa indipendente (art. 5, par. 3).

La Commissione europea ha recentemente pubblicato le linee guida per l'attuazione dell'art. 5 del regolamento sull'intelligenza artificiale, stabilendo con maggiore chiarezza le pratiche vietate nell'uso dell'intelligenza artificiale[46]. Per quanto riguarda i divieti e le restrizioni all'uso dei sistemi di categorizzazione biometrica e dei sistemi di identificazione biometrica remota in tempo reale a fini di attività di contrasto, le linee guida della Commissione chiariscono che il regolamento, rispetto all'art. 10 della direttiva polizia, si applica in quanto *lex specialis*

[46] Comunicazione della Commissione, Orientamenti relativi alle pratiche di intelligenza artificiale vietate ai sensi del regolamento (UE) 2024/1689 (regolamento sull'IA), Bruxelles, 29 luglio 2025, C(2025) 5052 final.

disciplinando esso in modo esaustivo il trattamento dei dati biometrici interessati[47].

Le ulteriori disposizioni di tale direttiva si aggiungono alle condizioni stabilite nel regolamento sull'IA, in particolare con riferimento all'uso di sistemi in tempo reale (identificazione biometrica remota) per attività di contrasto, e fatte salve le appena citate eccezioni di cui all'art. 5, par. 1, lett. h), del regolamento sull'IA. Più in generale, la direttiva polizia deve essere rispettata anche per quanto riguarda il trattamento di dati personali da parte di autorità di contrasto competenti quando il trattamento dei dati è a fini di attività di contrasto. D'altro canto, conformemente all'art. 2, par. 7, del regolamento sull'IA, la direttiva polizia e gli atti dell'Unione in materia di protezione dei dati restano salvi e continueranno ad applicarsi parallelamente al regolamento sull'IA che è coerente e complementare all'*acquis* dell'UE in materia di protezione dei dati.

Se, a differenza delle proposte precedenti, il regolamento non esclude dal proprio ambito di applicazione i sistemi biometrici su larga scala dell'UE, esso concede a tali sistemi un periodo di tempo maggiore per conformarsi alle pertinenti disposizioni. In particolare, all'art. 111, par. 1, fatte salve le pratiche di IA vietate (art. 5), prevede che i sistemi di IA che sono componenti di sistemi IT su larga scala nello spazio di libertà, sicurezza e giustizia, contemplati nell'allegato X, tra cui il Sistema di informazione Schengen, il Sistema di informazione visti, Eurodac, il Sistema di ingressi/uscite, il Sistema europeo di informazione e autorizzazione ai viaggi, il Sistema europeo di informazione sui casellari giudiziari riguardo ai cittadini di Paesi terzi e apolidi, si uniformeranno al regolamento entro il 2030.

6. *Il quadro giuridico della biometria: un delicato equilibrio tra innovazione e protezione dei dati*

L'applicazione delle tecnologie biometriche in materia di migrazione, asilo e controllo delle frontiere è regolata anche dalla legislazione sulla protezione dei dati.

I dati biometrici sono definiti nell'art. 4, n. 14, RGPD come «i dati personali ottenuti da un trattamento tecnico specifico relativi alle caratteristiche fisiche, fisiologiche o comportamentali di una persona fisica che ne consentono o confermano l'identificazione univoca, quali

[47] Comunicazione della Commissione del 29 luglio 2025, cit., par. 46.

l'immagine facciale o i dati dattiloscopici», restringendosene l'applicazione solo ai dati che risultino da un processo tecnico ed allo scopo dell'identificazione univoca.

Il regolamento generale sulla protezione dei dati, come è noto, fissa le norme relative al trattamento dei dati personali per tutte le finalità, ad eccezione dei casi in cui, in forza dell'art. 2, par. 2, lett. d), esso sia effettuato dalle autorità competenti «a fini di prevenzione, indagine, accertamento o perseguimento di reati o esecuzione di sanzioni penali, incluse la salvaguardia contro minacce alla sicurezza pubblica e la prevenzione delle stesse». Il regolamento generale, dunque, non si applica a tutti i dati biometrici poiché quando i dati personali vengono trattati a fini di contrasto si applica la direttiva polizia. L'art. 3, n. 13 di quest'ultima definisce i dati biometrici allo stesso modo dell'art. 4, n. 14, RGPD.

Invero, l'applicazione delle tecnologie biometriche può giuridicamente rientrare sia nel trattamento di dati personali, nel caso di tecnologie biometriche che hanno lo scopo di categorizzazione, sia nel trattamento di dati biometrici, se riguarda il trattamento con mezzi tecnici ai fini dell'identificazione univoca[48]. In taluni casi, in base a quanto disciplinato dal diritto UE, gli individui non sono necessariamente identificati in modo univoco dalla biometria e dunque il trattamento dei pertinenti dati biometrici dovrebbe rientrare nel contesto più ampio del trattamento dei dati personali.

Rispetto alla nozione di dato personale, il RGPD, all'art. 4, n. 1, e la direttiva polizia, all'art. 3, n. 1, si riferiscono a «qualsiasi informazione riguardante una persona fisica identificata o identificabile». La Corte di giustizia ha chiarito che i dati personali sono definiti in senso ampio, onde permettere l'identificazione di un individuo in combinazione con altre informazioni disponibili anche se conservate da un soggetto diverso dal titolare del trattamento[49].

Dunque, le tecnologie biometriche nel contesto della migrazione, dell'asilo e dei controlli alle frontiere vengono utilizzate per il trattamento di dati biometrici o, in caso di categorizzazione, per il trattamento di dati personali. Sia il RGPD che la direttiva polizia prevedono, rispetto ai dati

[48] V. nota 36. In forza del considerando 51 del regolamento generale sulla protezione dei dati, il trattamento di fotografie non dovrebbe costituire sistematicamente un trattamento di categorie particolari di dati personali, poiché esse rientrano nella definizione di dati biometrici soltanto quando saranno trattate attraverso un dispositivo tecnico specifico che consente l'identificazione univoca o l'autenticazione di una persona fisica.

[49] Corte giust., 19 ottobre 2016, C-582/14, *Breyer*, punti 40-42.

personali, un quadro normativo specifico per il trattamento dei dati sensibili, inclusi i dati biometrici, stabilendo condizioni eccezionali per le quali i dati possono essere trattati.

Rispetto al regolamento generale, la direttiva polizia è meno restrittiva nel consentire il trattamento dei dati biometrici. Il RGPD vieta, nell'art. 9, in linea di principio il trattamento dei dati biometrici e poi elenca le eccezioni a tale divieto, incluso il trattamento dei dati biometrici per motivi di interesse pubblico rilevante. In particolare, l'art. 9, par. 2, lett. g), RGPD fornisce la base giuridica per il trattamento dei dati biometrici da parte delle autorità pubbliche, ammettendolo purché sia necessario «per motivi di interesse pubblico rilevante sulla base del diritto dell'Unione o degli Stati membri, che deve essere proporzionato alla finalità perseguita, rispettare l'essenza del diritto alla protezione dei dati e prevedere misure appropriate e specifiche per tutelare i diritti fondamentali e gli interessi dell'interessato». Queste condizioni prevedono un test di proporzionalità al pari di quello previsto nella Carta dei diritti fondamentali e della CEDU[50].

La direttiva polizia, invece, consente il trattamento di categorie particolari di dati personali, inclusi i dati biometrici, ove strettamente necessario e autorizzato dalla legge dovendosi in ogni caso applicare i principi in tema di trattamento dei dati contenuti nell'art. 4 della stessa direttiva. Ai sensi dell'art. 10, le autorità competenti possono trattare i dati biometrici ove strettamente necessario, richiedendosi una attenta analisi di bilanciamento tra il trattamento e la sua finalità. In questi casi il trattamento deve essere soggetto a garanzie adeguate per i diritti e le libertà dell'interessato ed ammesso soltanto se autorizzato dal diritto dell'Unione o dello Stato membro; per salvaguardare un interesse vitale dell'interessato o di un'altra persona fisica; o se il trattamento riguarda dati resi manifestamente pubblici dall'interessato. Evidentemente la base giuridica più rilevante per condurre la sorveglianza biometrica ai sensi della direttiva polizia è quella in cui il trattamento sia autorizzato dalla legge.

Secondo la Corte di giustizia[51], il trattamento di dati biometrici da parte delle autorità di polizia è consentito ai fini di attività di contrasto qualora si fondi su una legge nazionale sufficientemente chiara e precisa, anche ove tale legge dovesse richiamare in modo errato il RGPD anziché la direttiva polizia. La Corte nella causa *Ministerstvo na vatreshnite raboti* ha sottolineato che, mentre un trattamento di dati biometrici da parte delle autorità competenti per fini rientranti nell'ambito di applicazione della

[50] Così M. Kontak, *op. cit.*, p. 629. V. meglio *infra* par. 7.
[51] Corte giust., 26 gennaio 2023, C-205/21, *Ministerstvo na vatreshnite raboti.*

direttiva polizia può essere autorizzato purché, conformemente ai requisiti enunciati all'art. 10 citato, sia strettamente necessario, soggetto a garanzie adeguate e previsto dal diritto dell'Unione o dello Stato membro, ciò non avviene necessariamente nel caso di un trattamento degli stessi dati rientrante nell'ambito di applicazione del RGPD[52]. Pertanto, il legislatore nazionale deve accertare l'assenza di ambiguità quanto all'applicabilità dell'uno o dell'altro atto UE alla raccolta dei dati biometrici[53] ed, in caso di conflitto tra le disposizioni nazionali che sembrano consentire e quelle che sembrano precludere il trattamento, la soluzione del conflitto consiste nel favorire un'interpretazione che salvaguardi l'effetto utile della direttiva polizia[54].

L'art. 22 del regolamento generale, dedicato al processo decisionale automatizzato, si occupa della garanzia dell'intervento umano, distinguendo tra le decisioni, ai sensi dell'art. 22, par. 1, che includono nel ciclo del processo decisionale tale intervento come componente essenziale e le decisioni, *ex* art. 22, par. 2, fondate unicamente sul trattamento automatizzato che prevedono la garanzia dell'intervento umano su richiesta, al di fuori del ciclo del processo decisionale[55]. Dubbi emergono rispetto all'avverbio unicamente poiché è dall'interpretazione di questo termine che consegue l'ambito di applicazione della norma dovendosi determinare la soglia minima di intervento umano necessaria per non rendere un processo decisionale esclusivamente automatizzato.

Basandosi sull'interpretazione approvata dall'EDPB, per entrambi i meccanismi, il tipo di intervento umano richiesto dal RGPD dovrebbe essere "significativo"[56], intendendosi evidentemente che l'intervento umano

[52] *Ivi*, punti 62-63.

[53] *Ivi*, punto 67.

[54] *Ivi*, punto 72.

[55] Una disposizione simile è contenuta anche nella direttiva (UE) 2016/680, il cui art. 11, par. 1, prevede che «gli Stati membri dispongono che una decisione basata unicamente su un trattamento automatizzato, compresa la profilazione, che produca effetti giuridici negativi o incida significativamente sull'interessato sia vietata salvo che sia autorizzata dal diritto dell'Unione o dello Stato membro cui è soggetto il titolare del trattamento e che preveda garanzie adeguate per i diritti e le libertà dell'interessato, almeno il diritto di ottenere l'intervento umano da parte del titolare del trattamento».

[56] Così G. Lazcoz - P. de Hert, *Humans in the GDPR and AIA governance of automated and algorithmic systems. Essential pre-requisites against abdicating responsibilities*, in *Computer Law & Security Review*, 50/2023. V. anche sul punto A.Z. Huq, *A Right to a Human Decision*, in *Virginia Law Review*, 2020, p. 611 ss. Le Guidelines on Automated individual decision-making and Profiling for the purposes of Regulation 2016/679 sono state adottate

deve garantire innanzitutto la contestabilità e che esso induce i titolari del trattamento ad una maggiore responsabilità rispetto ai dati processati.

Le procedure biometriche di sorveglianza sottese ai sistemi informativi su larga scala si basano sui dati raccolti nel momento in cui il soggetto migrante chiede di entrare in territorio europeo. L'analisi delle caratteristiche dell'interessato attraverso l'esame automatico dei suoi dati è quindi legittimo, ma il migrante deve essere informato dei suoi diritti, compreso quello di far intervenire un essere umano per analizzare concretamente il caso.

7. *La sorveglianza biometrica e la tutela dei diritti fondamentali*

Il quadro giuridico della sorveglianza biometrica, come è ampiamente emerso nel corso dell'analisi, solleva importanti questioni relative ai diritti fondamentali, in particolare per quanto riguarda il rispetto della vita privata e familiare, la non discriminazione e la dignità umana. Ne parliamo nella parte finale dell'indagine proprio perché si tratta di un quadro giuridico omnicomprensivo.

La Carta dei diritti fondamentali UE prevede norme distinte con riguardo al rispetto della vita privata e della vita familiare (art. 7) e alla protezione dei dati di carattere personale (art. 8) sebbene la Corte di giustizia le abbia tradizionalmente applicate simultaneamente quando ha esaminato la conformità con la Carta delle disposizioni europee o nazionali relative al trattamento dei dati personali[57].

L'art. 52, par. 1, della Carta ammette limitazioni all'esercizio di siffatti diritti purché esse siano previste dalla legge e rispettino il contenuto essenziale dei diritti e, in conformità del principio di proporzionalità, siano necessarie e rispondano effettivamente a finalità di interesse generale riconosciute dal diritto UE o all'esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui.

---

definitivamente il 6 febbraio 2018. Durante la sua prima riunione plenaria, l'EDPB ha approvato le GDPR related WP29 Guidelines. Endorsement 1/2018, reperibili *online* al sito https://edpb.europa.eu/news/news/2018/endorsement-gdpr-wp29-guidelines-edpb_es. Si veda anche Corte giust., 7 dicembre 2023, C-634/21, *SCHUFA Holding (Scoring)*.

[57] Corte giust., 17 ottobre 2013, C-291/12, *Schwarz*, punto 25, e 8 aprile 2014, C-293/12 e C-594/12, *Digital Rights Ireland e Seitlinger* e *a.*, punto 29. V. anche conclusioni dell'Avvocato generale Cruz Villalón, del 12 dicembre 2013, cause riunite C-293/12 e C-594/12, *Digital Rights Ireland e Seitlinger* e *a.*, punto 64, in cui si sostiene che, nel caso di dati personali non inerenti alla vita privata, dovrebbe applicarsi solo l'art. 8 della Carta.

La Convenzione europea dei diritti dell'uomo (CEDU) comprende nel proprio ambito di applicazione le tecnologie biometriche attraverso l'art. 8 CEDU, dedicato, come è noto, al diritto al rispetto della vita privata e familiare ma applicato estensivamente anche al diritto alla protezione dei dati. L'art. 8, par. 2 CEDU stabilisce che l'ingerenza di un'autorità pubblica nel diritto alla vita privata di un individuo è giustificata se è necessaria in una società democratica nell'interesse della sicurezza nazionale, della sicurezza pubblica o del benessere economico del paese, per la difesa dell'ordine e la prevenzione dei reati, per la protezione della salute o della morale, o per la protezione dei diritti e delle libertà altrui.

Nel valutare la liceità della raccolta di dati biometrici, la Corte EDU ha sancito la violazione dell'art. 8 CEDU da parte di una legislazione nazionale, laddove la natura generale e indiscriminata delle competenze di conservazione delle impronte digitali, dei campioni cellulari e dei profili DNA di persone sospette non riesca a trovare un giusto equilibrio tra i concorrenti interessi, pubblici e privati[58]. Di conseguenza tale tipo di conservazione costituisce un'interferenza sproporzionata con il diritto al rispetto della vita privata e non può essere considerata necessaria in una società democratica, riconoscendosi che l'uso di dati biometrici, come l'origine etnica, può rendere gli individui interessati vulnerabili alla stigmatizzazione e alla discriminazione.

L'impatto sui diritti fondamentali va stimato alla luce della tecnologia biometrica utilizzata poiché differenti tecnologie possono avere impatti differenti sul diritto alla vita privata e familiare, come ad esempio la profilazione del DNA rispetto al rilevamento delle impronte digitali. Inoltre, è importante esaminare la durata della conservazione dei dati biometrici, l'accesso ai dati, le categorie di soggetti coinvolti nonché il tipo di normativa che disciplina l'uso della tecnologia biometrica. In particolare, secondo il giudizio della stessa Corte, è cruciale determinare la possibilità di revisione delle decisioni di conservazione dei dati nonché l'efficacia dei controlli.

La Corte EDU ha così statuito che la detenzione a tempo indeterminato dei dati biometrici delle persone condannate è contraria al diritto alla vita privata, ai sensi dell'art. 8 CEDU[59], e che il *software* di riconoscimento facciale utilizzato dalle autorità pubbliche contro un manifestante solitario e pacifico viola gli ideali e i valori di una società

[58] Corte EDU, GC, 4 dicembre 2008, ric. 30562/04 e 30566/04, *S.* e *Marper* c. *Regno Unito*, paragrafi 122-126. La sentenza ha anche ricordato che i dati sono condivisi a livello europeo attraverso la banca dati SIS.

[59] Corte EDU, 13 febbraio 2020, ric. 45245/15, *Gaughran* c. *Regno Unito*.

democratica tutelati sempre dall'art. 8 CEDU[60]. Nello specifico, il trattamento dei dati biometrici mediante la tecnologia di riconoscimento facciale nell'ambito di un procedimento per infrazione amministrativa che, a partire dalle fotografie e dai video pubblicati su internet, ha perseguito lo scopo di identificare il ricorrente, di localizzarlo e di fermarlo, non ha risposto a un bisogno sociale imperativo e non può essere considerato necessario in una società democratica. La Corte EDU ha pertanto evidenziato che la raccolta di dati biometrici viola il diritto al rispetto della vita privata e familiare, dovendosi ravvisare un obiettivo legittimo per giustificare l'interferenza da parte delle autorità pubbliche.

La giurisprudenza della Corte di giustizia UE ha avuto modo di chiarire che le tecnologie biometriche possono essere consentite in determinati casi e che il loro utilizzo deve essere esaminato ai sensi degli articoli 7 e 8 della Carta dei diritti fondamentali, nonché della legislazione secondaria sulla protezione dei dati. Essa ha sottolineato che il rispetto della vita privata con riguardo al trattamento dei dati personali, riconosciuto dagli articoli 7 e 8 citati, concerne qualsiasi informazione relativa a una persona fisica identificata o identificabile come è il caso dei dati biometrici che contengono informazioni univoche sulle persone fisiche[61]. La Corte di giustizia ha poi statuito che l'inserimento obbligatorio delle impronte digitali nei passaporti di nuova emissione, come previsto dal regolamento 2252/2004, deve essere considerato un trattamento di dati personali[62], indicando che in tale inserimento sussiste un'ingerenza giustificata con il diritto al rispetto della vita privata e familiare al fine di prevenire il furto d'identità e l'immigrazione illegale[63]. Successivamente ha aggiunto che le

[60] Corte EDU, 4 luglio 2023, ric. 11519/20, *Glukhin* c. *Russia*. Si veda F. Di Matteo, *La riservatezza dei dati biometrici nello Spazio europeo dei diritti fondamentali: sui limiti all'utilizzo delle tecnologie di riconoscimento facciale*, in *Freedom, Security & Justice: European Legal Studies*, 2023, p. 74 ss.; G. Mobilio, *La Corte EDU condanna il ricorso alle tecnologie di riconoscimento facciale per reprimere il dissenso politico: osservazioni a partire dal caso* Glukhin *c.* Russia, in *DPCE Online*, 1/2024, p. 695 ss.

[61] Corte giust., sentenza *A* e *a.*, punto 55 e giurisprudenza ivi citata. Si veda anche documento di lavoro dei servizi della Commissione – Valutazione dell'impatto, Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio sul rafforzamento della sicurezza delle carte d'identità dei cittadini dell'Unione e dei titoli di soggiorno rilasciati ai cittadini dell'Unione e ai loro familiari che esercitano il diritto di libera circolazione, Strasburgo, 17 aprile 2018, COM(2018) 212 definitivo, punto 6.1, in cui si sottolinea che i dati biometrici devono essere crittografati e che, a tal fine, è necessario scambiare le chiavi crittografiche con i servizi specifici, vale a dire le guardie di frontiera e la polizia.

[62] Corte giust., sentenza *Schwarz*, punto 29.

[63] *Ivi*, punti 36-38.

autorità pubbliche, sempre in conformità dell'art. 7 della Carta dei diritti fondamentali UE, non sono obbligate a garantire nelle legislazioni nazionali che i dati biometrici rilevati e conservati non saranno trattati e utilizzati per fini diversi dal rilascio del passaporto[64].

Inoltre, il diritto UE impedisce, secondo la Corte di giustizia[65], una conservazione generalizzata e indifferenziata dei dati sul traffico e sull'ubicazione degli individui a fini di contrasto, consentendosi di conseguenza solo una sorveglianza biometrica mirata in forza dell'art. 52, par. 1, della Carta. Questo tipo di sorveglianza si distingue dalla sorveglianza di massa in quanto è rivolta a una persona o a un gruppo di persone sulla base di un presunto coinvolgimento in attività criminali. La stessa Corte ha poi evidenziato che l'ambito di applicazione di una misura che prevede la conservazione dei dati relativi al traffico e all'ubicazione può essere fondata anche su un criterio geografico qualora le autorità nazionali competenti considerino, in forza di elementi oggettivi e non discriminatori, che esiste, in una o più zone geografiche, una situazione caratterizzata da un rischio elevato di preparazione o di commissione di atti di criminalità grave[66]. Siffatte zone possono essere, in particolare, luoghi caratterizzati da un numero elevato di atti di criminalità grave, luoghi particolarmente esposti alla commissione di tali atti, quali luoghi o infrastrutture frequentati regolarmente da un numero molto elevato di persone, o ancora luoghi strategici, quali aeroporti, stazioni o aree di pedaggio; tuttavia, nel contesto della sorveglianza biometrica negli spazi pubblici, questo criterio potrebbe non rappresentare una limitazione sufficiente poiché essa finirebbe col monitorare indiscriminatamente qualunque individuo si venisse a trovare in quello spazio.

Laddove la sorveglianza biometrica venga condotta in modo mirato, la sua liceità dipende dalla finalità legittima perseguita e da una valutazione della sua proporzionalità alla luce di tale obiettivo[67]. Dunque, in una zona di frontiera, ad esempio, la sorveglianza biometrica mirata è consentita solo se strettamente necessaria ai fini della lotta al terrorismo o alla criminalità grave, dovendosi altresì predisporre rimedi giurisdizionali effettivi per gli

[64] Corte giust., 16 aprile 2015, cause riunite C-446/12-C-449/12, *Willems* e *a.*

[65] Corte giust., sentenza *Digital Rights Ireland e Seitlinger* e *a.*, punto 37; nonché Corte giust., GS, 21 dicembre 2016, cause riunite C-203/15 e C-698/15, *Tele2 Sverige*, punto 100. Si veda F. Rossi Dal Pozzo, *La giurisprudenza della Corte di giustizia sul trattamento dei dati personali*, in *I Post di AISDUE*, 2019, p. 127 ss.

[66] Corte giust., GS, 6 ottobre 2020, cause riunite C-511/18, C-512/18 e C-520/18, *La Quadrature du Net e a.*, punto 150. Così anche sentenza *Tele2 Sverige*, punto 111.

[67] V., in tal senso, sentenza *Tele2 Sverige*, punto 102.

individui coinvolti. Secondo la Corte di giustizia, infatti, il provvedimento che autorizza la sorveglianza biometrica mirata deve essere oggetto di un controllo effettivo da parte di un giudice o di un organo amministrativo indipendente, la cui decisione sia dotata di effetto vincolante, diretto a verificare l'esistenza di una situazione che giustifichi il provvedimento[68].

Come si è già accennato, nell'applicazione della sorveglianza biometrica, oltre alla tutela della vita privata e familiare e alla protezione dei dati, rilevano anche altri diritti fondamentali, come la dignità umana, che può essere compromessa dal modo in cui funziona una tecnologia biometrica o dai dati che essa elabora ad esempio, nel caso del rilevamento forzato delle impronte digitali, qualora un individuo non comprenda appieno la procedura e i propri diritti[69]. Nella ipotesi del rilevamento delle impronte digitali, in particolare, la dignità umana può essere lesa dalla natura coercitiva della procedura, se determinate categorie di individui, quali i migranti irregolari o i richiedenti asilo, siano costretti a scegliere tra il rilevamento delle impronte digitali o la possibile detenzione con conseguente perdita dell'accesso all'asilo[70].

[68] Corte giust., sentenza *La Quadrature du Net e a.*, punto 179.

[69] FRA Focus, Le ripercussioni sui diritti fondamentali dell'obbligo di fornire le impronte digitali per Eurodac, in fra.europa.eu, 05/2015. Con riferimento all'uso della coercizione sui minori si veda R. Bendinelli, *Le norme sul trattamento dei dati personali dei richiedenti asilo nell'Unione europea: talune criticità rispetto al caso dell'interessato minorenne*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, 2024, p. 19 ss.

[70] Diversi Stati membri hanno adottato pratiche quali la segnalazione telefonica, che presuppone l'uso di *software* di riconoscimento vocale o facciale, alle autorità e forme di controllo tramite dispositivi gps con l'obiettivo dichiarato di ridurre il numero di persone trattenute nei centri di detenzione amministrativa. Le misure alternative alla detenzione spesso vengono strumentalizzate e rese funzionali a scopi di controllo e sorveglianza tali da renderle vere e proprie detenzioni alternative. Diverse ricerche hanno dimostrato le difficoltà affrontate da coloro che sono soggetti a questi controlli tra cui l'accesso al lavoro, i rischi di stigmatizzazione, l'aggravamento dei problemi di salute mentale, nonché il dolore o il disagio fisico associati all'uso di tecnologie di tracciamento. Inoltre, molti dei migranti soggetti a siffatte misure appartengono a gruppi vulnerabili. In più occasioni, le istituzioni internazionali per i diritti umani hanno segnalato le probabili violazioni derivanti dall'uso del monitoraggio elettronico come alternativa alla detenzione. Si veda sul punto il report Technologies, migration and human rights: the role of European NHRIs, ENNHRI scoping paper, Saint-Gilles, 2024, p. 19, nonché L. Nalbandian, *An eye for an "I": a critical assessment of artificial intelligence tools in migration and asylum management*, in https://comparativemigrationstudies.springeropen.com/, 03 August 2022.

La dignità umana può altresì essere compromessa dalla tecnologia di riconoscimento facciale[71] la quale rileva anche ai fini della non discriminazione poiché siffatta tecnologia, come si è detto[72], potrebbe non identificare con altrettanta efficacia i volti neri rispetto a quelli bianchi, e i volti femminili rispetto a quelli maschili.

8. *Considerazioni conclusive*

L'analisi che si è compiuta ha evidenziato, tra l'altro, che le rotte intraprese dai migranti, governate dalle politiche di sicurezza, sono dominate dai meccanismi di sorveglianza biometrica esaminati, i quali, se offrono molti vantaggi nella gestione delle migrazioni in termini di sicurezza, sollevano gravi preoccupazioni in termini di diritti umani trasformando le frontiere in zone in cui sono più evidenti le massicce violazioni dei diritti umani[73]. Tali politiche influenzano le rotte che i migranti possono intraprendere, costringendoli ad affidarsi a percorsi più difficili e pericolosi e minacciando il loro diritto di asilo. I programmi di scambio di informazioni tra Stati membri[74] consentono la raccolta e la condivisione di grandi quantità di dati personali sulle persone in movimento. Questi sistemi possono portare a discriminazioni e identificazioni errate (ad esempio, attraverso strumenti di riconoscimento facciale) a causa di distorsioni nei dati biometrici.

Le misure presenti nel regolamento sull'intelligenza artificiale possono essere certamente qualificate come una importante risposta alle complicate questioni delineate, sebbene esse entreranno in vigore, con riguardo ai sistemi informativi su larga scala, "solo" tra un quinquennio,

[71] V. EDPB, linee guida 05/2022, punto 39: «in molti casi l'utilizzo dei dati biometrici e della FRT in particolare incide anche sul diritto alla dignità umana, garantito dall'articolo 1 della Carta. La dignità umana richiede che gli individui non siano trattati come semplici oggetti. La FRT calcola caratteristiche esistenziali ed estremamente personali (i tratti del viso) tramite lettura elettronica, al fine di utilizzarle come una targa umana o una carta d'identità, oggettivando così il volto».

[72] V. *supra* par. 3.

[73] Per una approfondita riflessione sulle ricadute della cooperazione alle frontiere europee sulla tutela dell'individuo, D. Vitiello, *Le frontiere esterne dell'Unione europea*, Bari, 2020, p. 201 ss.; I. Ingravallo, *Il rispetto dei diritti fondamentali nell'azione dell'Agenzia europea della guardia di frontiera e costiera*, in I. Caracciolo - G. Cellamare - A. Di Stasi - P. Gargiulo (a cura di), *Migrazioni internazionali. Questioni giuridiche aperte*, Napoli, 2022, p. 111 ss.

[74] V., solo per alcuni riferimenti, www.consilium.europa.eu/it/policies/it-systems-security-justice/.

probabilmente a causa della interoperabilità che è ancora *in fieri*. I complessi meccanismi di interoperabilità dei dati serviranno, tra l'altro, ad esternalizzare i controlli di frontiera con maggiore accuratezza, consentendo di monitorare le rotte dei migranti nei Paesi terzi molto prima che essi raggiungano i confini dell'UE e di categorizzare i migranti e i loro percorsi di movimento utilizzando valutazioni di sicurezza automatizzate.

L'allineamento tra le politiche di frontiera dell'UE e le tecnologie di sorveglianza biometrica evidenzia che queste ultime non sono più strumenti isolati da sguinzagliare agli ingressi ma si estendono attraverso lo spazio e il tempo oltre il luogo di ingresso[75]. Così l'elenco dei sistemi ad alto rischio avrebbe dovuto inglobare i sistemi di intelligenza artificiale volti a prevedere le tendenze migratorie e gli attraversamenti delle frontiere poiché, se per un verso, questi modelli, attraverso tecniche predittive, possono garantire risposte efficienti alle crisi migratorie, per altro verso, rischiano di diventare l'ennesimo desolante strumento volto ad impedire ai richiedenti asilo di raggiungere le proprie mete. Pertanto, in forza degli articoli 7, 97 e 112 del regolamento sull'intelligenza artificiale che, in linea con gli sviluppi tecnologici e le esigenze sociali, consentono alla Commissione di aggiornare gli elenchi, dovrebbero essere modificati sia l'elenco dei sistemi di IA vietati sia l'allegato III del regolamento.

Allo stesso modo, sebbene il regolamento generale sulla protezione dei dati offra determinate garanzie in merito all'uso di processi decisionali individuali automatizzati e alla protezione dei dati personali, e rappresenti un punto di partenza per standard globali più ampi, pure tracciati attraverso il regolamento sull'intelligenza artificiale, il quadro che ne deriva non appare sufficiente a proteggere i diritti fondamentali dei migranti.

In particolare, con riguardo ai processi decisionali automatizzati, il regolamento generale sulla protezione dei dati dovrebbe meglio chiarire il ruolo dell'intervento umano rispetto al funzionamento delle tecnologie sottostanti alla gestione delle migrazioni. Tale interpretazione è in linea con l'approccio antropocentrico accolto nel regolamento sull'intelligenza artificiale in forza del quale viene imposto ai fornitori di IA l'obbligo di informare gli utenti dei loro sistemi su elementi essenziali, come le misure tecniche adottate per facilitare l'interpretazione dei risultati dei sistemi di IA. Il regolamento, tuttavia, non si applicherà immediatamente alla materia delle

[75] Sulla definizione di confine e di frontiera esterna si veda G. Caggiano, *Recenti sviluppi del regime delle frontiere esterne nello Spazio di libertà, sicurezza e giustizia*, in A. Di Stasi - L.S. Rossi (a cura di), *Lo Spazio di libertà, sicurezza e giustizia. A vent'anni dal Consiglio europeo di Tampere*, Napoli, 2020, p. 383 ss.

migrazioni e, alla luce dell'art. 6, paragrafi 4-8, potrebbe in futuro escludere dal proprio ambito di applicazione i sistemi di IA impiegati nei *database* di controllo delle frontiere dell'UE.

Si tratta di suggestioni e riflessioni volte, tra l'altro, ad accrescere la fiducia rispetto alla politica UE in materia di migrazione, asilo e controllo delle frontiere, mostrandoci che il coinvolgimento "sostanziale" degli esseri umani nel processo decisionale serve a garantire che i meccanismi biometrici vengano accuratamente esaminati in tutte le fasi del processo assicurando nel contempo una concreta possibilità di contestare un *output*. Dunque, oltre all'ampliamento dell'ambito di applicazione delle categorie ad alto rischio, è necessario irrobustire la garanzia della supervisione umana e della trasparenza.

L'equilibrio tra sicurezza, innovazione tecnologica e diritti fondamentali non è mai stato così delicato, specie nelle regioni di confine. La costruzione di un sistema migratorio europeo moderno, equo, inclusivo ed in cui la sorveglianza biometrica sia funzionale al raggiungimento dei più nobili traguardi di cooperazione e libera circolazione, richiede che l'uso dei sistemi di IA, in caso di conflitto tra valori, propenda per la salvaguardia dei diritti fondamentali dei migranti.

***

ABSTRACT: The use of biometric surveillance in migration, asylum, and border control processes is becoming increasingly prevalent in European Member States in order to monitor borders and identify individuals transiting through their territories. Another significant application of biometrics pertains to various large-scale IT systems. This Article aims to reconstruct the European legal framework surrounding biometric surveillance, demonstrating that human rights violations are most evident at borders. The measures outlined in the AI Act can certainly be regarded as an important, yet still insufficient, response to the complex issues outlined.

KEYWORDS: biometric surveillance - border control - human rights – EU AI Act - large-scale IT Systems

***

Giuseppina Pizzolante - Professore associato di Diritto dell'Unione europea, Università degli studi di Bari Aldo Moro (giuseppina.pizzolante@uniba.it)

RIVISTA DI
DIRITTI COMPARATI

Evolving asylum deterrence practices in Africa: The case of Tunisia and South Africa*

Chiara Scissa

TABLE OF CONTENTS: 1. Introduction – 2. Asylum frameworks in Tunisia and South Africa – 3. Asylum procedures in Tunisia and South Africa – 4. Asylum deterrence: Tunisia – 4.1. Illegal detention - 4.2. Indiscriminate detention and collective expulsions - 5. Asylum deterrence: South Africa – 5.1. Arbitrary and indefinite detention – 5.2. Closure of Refugee Reception Offices - 6. Influencing factors of asylum deterrence policies - 6.1. Enabling factors in Tunisia – 6.2. Enabling factors in South Africa – 7. Concluding remarks.

1. *Introduction*

Tunisia and South Africa are located at the opposite poles of the African continent. Their different geographical position has, in addition to other factors, influenced the different human mobility patterns that characterize them. Whereas Tunisia is a country of emigration, immigration and transit for migrants and asylum seekers from North and Sub-Saharan Africa, South Africa is mainly a State of immigration from Southern African countries.

In addition to their geographical position, these two countries differ in colonial past, model of the legal system (civil law vs common law), approach to international law (monistic vs dualistic approach) and linguistic/cultural tradition (French-speaking vs English-speaking country). These factors are relevant to understanding some of the reasons underlying their different stance to international refugee law as well as to the regional refugee protection framework. Although both countries have ratified the 1951 Convention relating to the Status of Refugees (the Refugee

* L'articolo è stato sottoposto, in conformità al regolamento della Rivista, a *double-blind peer review*.

The article is part of the research project ERC 2022-STG Gatekeepers to International Refugee Law. – The Role of Courts in Shaping Access to Asylum (Grant Agreement n. 101078683).

Convention), its 1967 New York Protocol as well as the Organization of African Unity (OAU) 1969 Convention Governing the Specific Aspects of Refugee Problems in Africa and the African Charter on Human and People's Rights, the domestication of supranational treaties widely diverges[1]. Indeed, Tunisia still lacks a national law on asylum, and delegates the entire refugee status determination (RSD) procedure to the UN High Commissioner for Refugees (UNHCR). According to Cantor and Chikwanha, in monist African States - such as most civil law francophone States like Tunisia – the mere ratification of a treaty may be sufficient for its rules to have direct effect in national law. Hence, monism could justify the absence of domestic legislation on asylum[2]. By contrast, dualist States - such as common law anglophone States like South Africa – require international law to be specifically transposed at the national level to be effective. And in fact, South Africa has adopted specific norms that expressly refers to the obligations endorsed at international and regional level, including through the Refugee Convention, its 1967 Protocol as well as the OAU Convention. Arguably, however, there might be additional reasons why Tunisia has not yet adopted a national law on asylum, as the following Section will detail.

Despite these broad differences, moreover, both countries have in recent years embraced a restrictive approach to migration and the right to asylum. One major reason why this contribution focuses specifically on these two jurisdictions lies exactly on this peculiarity, namely that despite relevant differences, both Tunisia and South Africa have similarly implemented restrictive asylum policies and resorted to barriers to asylum. In addition, as later explained, these two jurisdictions allow for context-specific reflections concerning the influence of key internal and external exacerbating factors of obstacles to asylum, including the role of the EU in shaping them.

Among many other administrative, procedural and legal barriers to asylum, this contribution will focus on specific asylum deterrence strategies implemented in and by Tunisia and South Africa, namely illegal and

[1] Respectively, Convention relating to the Status of Refugees, adopted 28 July 1951, entered into force 22 April 1954, 189 UNTS 137; Protocol relating to the Status of Refugees, adopted 31 January 1967, entered into force 4 October 1967, 606 UNTS 267; Convention Governing the Specific Aspects of Refugee Problems in Africa (adopted 10 September 1969, entered into force 20 June 1974, 1001 UNTS 45; African Charter on Human and Peoples' Rights, adopted 27 June 1981, entered into force 21 October 1986, 21 ILM 58.

[2] D.J. Cantor – F. Chikwanha, *Reconsidering African Refugee Law*, in *International Journal of Refugee Law*, 2019.

indiscriminate detention and collective expulsions in Tunisia; arbitrary and indefinite detention and the closure of Refugee Reception Offices (RROs) in South Africa[3].

After having described the legal asylum frameworks and procedures eventually available in Tunisia and South Africa, with also emphasis on the relevance of supranational refugee and human rights norms, the contribution will provide a detailed description of the selected deterrence practices in the respective countries. Finally, reflections will be made on enabling factors that may have played a role in exacerbating the mentioned barriers.

2. *Asylum frameworks in Tunisia and South Africa*

Both Tunisia and South Africa are bound by the Refugee Convention and its Protocol and neither of them has made reservations. This is particularly relevant for South Africa, given that it is among the only three Southern African States to have adhered to the Refugee Convention with no reservations. Both are parties to the OAU Convention, which complements the Refugee Convention and adapts it to the specific African context. The OAU Convention expands the traditional refugee definition by providing the refugee status also «owing to external aggression, occupation, foreign domination or events seriously disturbing public order in either part or the whole of his country of origin or nationality» (Art. 1.2). In addition, both countries are signatories to the African Charter of Human and Peoples' Rights, namely the most important regional human rights treaty which drew inspiration from the Universal Declaration of Human Rights, the International Covenant for Civil and Political Rights (ICCPR) and the International Covenant for Economic, Social and Civil Rights, as well as the European and American Conventions on Human Rights. Art. 12 of the African Charter stipulates the freedom of movement (par 1), including the right to leave any country including their own and the right to return to one's own country (par 2), as well as the right to seek and obtain asylum (par 3). This provision also specifies that non-nationals who have been legally admitted may only be expelled by virtue of a decision taken in

[3] This contribution defines «deterrence» as a term widely used to cover a broad range of practices, regulated or not regulated by law, related to direct or indirect migration control. Please see, J. Vedsted-Hansen, *European governance of deterrence and containment. A legal perspective on novelties in European and Danish asylum policy*, in *Journal of Ethnic and Migration Studies*, 2025.

accordance with the law (par 4) and prohibits mass expulsions aimed at national, racial, ethnic or religious groups (par 5).

In addition to the African Charter, two further treaties are of relevance, as they enrich the African human rights system and have implications for refugee protection. These are the African Charter on the Rights and Welfare of the Child (African Children's Charter), and the Protocol to the African Charter on Human and Peoples' Rights on the Rights of Women in Africa (African Women's Protocol)[4]. The former was adopted in 1990 in order to supplement the provisions of the African Charter in relation to children and as a complementary mechanism to the UN Committee on the Rights of the Child. Its provisions apply to citizens as well as non-citizens. In particular, Art. 23 states that all appropriate measures are to be taken in order to ensure that children seeking the refugee status or who have been recognized as refugees receive appropriate protection and humanitarian assistance in the enjoyment of the rights set out in the Children's Charter and other international human rights and humanitarian instruments to which the States are parties. As for the latter, the African Women's Protocol provides for special measures of protection for women asylum seekers and refugees. According to Art. 4(k), State Parties ensure that women and men enjoy equal rights in terms of access to the RSD procedures and that women refugees are accorded the full protection and benefits guaranteed under international refugee law. Pursuant to Art. 10, women refugees have the right to a peaceful existence and to participate in the promotion and maintenance of peace. Finally, Art. 11 protects women asylum seekers, refugees, returnees and internally displaced against all forms of violence and sexual exploitation. It is relevant to note that African Children's Charter and the African Women's Protocol are only binding for South Africa, as Tunisia has not ratified these arrangements. Finally, the Constitutive Treaty of the African Union, which is legally binding for all its member States including South Africa and Tunisia, promotes and protects human and peoples' rights in accordance with the African Charter and other relevant human rights instruments.

What is more, both Tunisia and South Africa are parties to Regional Economic Communities. Tunisia belongs to the Arab Maghreb Union (AMU) together with Algeria, Libya, Mauritania, and Morocco. Its founding

[4] Organisation of African Unity, African Charter on the Rights and Welfare of the Child, adopted on 11 July 1990 and entered into force on 29 November 1999; Organisation of African Unity, Protocol to the African Charter on Human and Peoples' Rights on the Rights of Women in Africa, adopted on 1st July 2003 and entered into force on 25 November 2005.

treaty aims to develop a regional market and has the free movement of persons and the harmonization of migration policy among its objectives[5]. However, since the Arab Spring in 2011 there have been no new developments in the AMU in the field of asylum. For its part, South Africa has adhered to the Southern African Development Community (SADC) together with other 15 States. Although the elimination of obstacles to regional mobility is set out in the SADC founding Treaty, freedom of movement is severely limited. This is due to the fact that Member States prefer to act nationally and bilaterally rather than multilaterally on migration issues. The lack of a Protocol on Free Movement is emblematic in this regard. A draft Protocol on the Free Movement of Persons within SADC was created in 1996 but, due to opposition by some member states including South Africa, it was replaced by a more restrictive Protocol on the Facilitation of Movement of Persons, which allows citizens of the community to travel without a visa for up to 90 days. However, only six States (Botswana, Lesotho, Mozambique, South Africa, Swaziland and Zambia) have ratified the protocol out of the ten ratifications needed for it to enter into force and hence it is not yet legally binding. The Protocol enshrines relevant provisions, including protection against indiscriminate group or collective expulsion (Art. 24) as well as the reaffirmation of Member States's commitment to their obligations under international agreements on refugees and with relevant UN Agencies, including UNHCR (Art. 28)[6]. The fact that this Protocol is still not into force confirms that regional cooperation on asylum matters is quite limited. Among the few relevant arrangements, it is relevant to recall the 1998 Declaration on Refugee Protection within Southern Africa, where SADC countries expressed concern for the «security, social and economic burdens which the refugee phenomena have brought on the SADC countries that have generously provided and continue to provide asylum»[7]. To face refugee-related challenges, States agreed to recommit to the international and regional refugee conventions and to observe international standards for refugee protection. States also agreed to uphold regional cooperation so to efficaciously address the root causes of refugee movement. Other relevant instruments include the 2019 SADC Common Regional Policy Framework

[5] Traité instituant l'Union du Maghreb arabe, Marrakech 17 February 1989, United Nations Treaties Series No. 26844 (1989, 167).

[6] SADC, *SADC and UNHCR commit to strengthen cooperation based on shared priorities, values and strategies*, 9 March 2023, https://www.sadc.int/.

[7] SADC, *Declaration on Refugee Protection within Southern Africa 1998*, signed on 1 January 1998, par. C.

on Refugees and Asylum Seekers, whose text is however not publicly available, SADC Guidelines on Coordinated Border Management (2011), and the SADC-UNHCR Action Plan (2020-2024). SADC Member States are also developing a Regional Migration Policy Framework in order to promote regular, safe and orderly migration, which will also facilitate the development and implementation of National Migration Policies as well as tailored National Action Plans[8].

3. *Asylum procedures in Tunisia and South Africa*

As mentioned, Tunisia and South Africa have a different level of domestication of supranational refugee and human rights treaties. Although Tunisia's 2014 Constitution recognizes the right to political asylum (Art. 26), the country does not have a national law on asylum specifying its obligations towards refugees and asylum seekers under its jurisdiction, which is seen as the «most significant factor undermining the protection of vulnerable populations in Tunisia»[9]. In 2011, the Ministry of Justice was asked by the Government to prepare a draft law on asylum. Two draft law texts – one transposing the main provisions of the Refugee and OAU Conventions into national legislation, and another one setting up a national commission in charge of conducting RSD and providing protection and assistance to refugees – were developed[10]. These texts were reviewed by relevant Ministries as well as by an inter-ministerial working group. UNHCR also provided comments on the texts in September 2014 and in May 2016 they were referred back to the cabinet of the Ministry of Justice. The Ministry of Justice shared the texts with the Prime Minister's office for a final round of comments from all concerned ministerial departments. The text was then submitted to Parliament in 2018. Since then, the drafts have been in a deadlock and, as of now, there has been no progress on their adoption[11]. Given the lack of a national law, Tunisia has mandated the entire RSD procedure to UNHCR since June 2011 in light of a bilateral

[8] SADC, *SADC Develops Regional Migration Policy Framework*, 22 October 2020 https://www.sadc.int/.

[9] F. Raach – H. Sha'ath – T. Spijkerboer, *Country report: Tunisia. ASILE project*, May 2022, p. 3.

[10] UNHCR, *Submission by the United Nations High Commissioner for Refugees For the Office of the High Commissioner for Human Rights' Compilation Report Universal Periodic Review: TUNISIA,* 3rd Cycle, 27th Session.

[11] F. Raach – H. Sha'ath – T. Spijkerboer, cit., p. 55.

cooperation agreement where the Tunisian government fully recognized UNHCR's mandate[12]. The entire process is internal, this meaning that UNHCR evaluates asylum claims and guarantees internal appeal in case of rejection. No external judicial remedy can be sought due to the absence of a specific law. The procedure is private and there is no access to the statistics or elements related to the practice in this matter which is considered confidential. Over time there has been criticism about the management of refugee camps by UNHCR and a few irregularities in the RSD procedure have been spotted[13].

As for South Africa, in 1995 and 1996 respectively it signed the OAU Convention and the 1951 Refugee Convention and its Protocol. Shortly after, South Africa enacted its Refugees Act 130 of 1998, which became operational in 2000. The Refugee Act explicitly transposes international and regional refugee treaties into the domestic legal order and is divided into three main parts: it provides for a refugee definition; it governs the processes for asylum application and provides for the rights and obligations of a refugee. Remarkably, it incorporates the broader refugee definition enshrined in the OAU Convention and even adds further grounds eligible for refugee protection (gender and tribe)[14].

Multiple branches under the Department of Home Affairs are involved in the asylum access adjudication procedure in South Africa. The Refugee Appeals Authority (RAA- formerly the Refugee Appeal Board or RAB) is responsible for examining appeals lodged by asylum applicants where their application is considered to be unfounded by a Refugee Status Determination Officer (RSDO), namely an official of the Department of

[12] UNHCR, *Submission by the United Nations High Commissioner for Refugees*, cit.

[13] R. Roesch – G. Jacovella – A. Bezzi – J. Garms, T*he Deficiencies of UNHCR's RSD Procedure: The Case of Choucha Refugee Camp in Tunisia*, in *Oxford Monitor of Forced Migration,* May 2014.

[14] Section 3 of the Refugee Act, titled «Refugee status», reads as follows: «Subject to Chapter 3, a person qualifies for refugee status for the purposes of this Act if that person (a) owing to a well-founded fear of being persecuted by reason of his or her race, gender, tribe, religion, nationality, political opinion or membership of a particular social group, is outside the country of his or her nationality and is unable or unwilling to avail himself or herself of the protection of that country, or, not having a nationality and being outside the country of his or her former habitual residence is unable or, owing to such fear, unwilling to return to it; or (b) owing to external aggression, occupation, foreign domination or other events seriously disturbing [or disrupting] public order in either a part or the whole of his or her country of origin or nationality, is compelled to leave his or her place of habitual residence in order to seek refuge [elsewhere] in another place outside his or her country of origin or nationality; or (c) is a spouse or dependant of a person contemplated in paragraph (a) or (b)».

Home Affairs who, among other duties, interviews asylum seekers and takes the first decision on whether to grant refugee documentation or reject the asylum application. The RAA is an exclusively appellate body whose mandate is to hear and determine any question of law referred to it in terms of the Refugee Act, to hear and determine any appeal lodged after being rejected by the RSDO as unfounded, and to advise the Minister or the Standing Committee for Refugee Affairs (SCRA) on any matter referred to it by either body. In deciding on an appeal, the RAA may confirm, set aside or substitute a decision by the RSDO. Members of the RAA are appointed by the Minister of Home Affairs. A member serves for not more than five years and is eligible for reappointment.

The SCRA is a committee which has various duties and functions such as assessing whether to grant asylum seekers permission to study or to work while their asylum claim is pending. In addition, when the SCRA receives a RSDO decision rejecting an asylum claim as «manifestly unfounded», «abusive» or «fraudulent», it reviews that decision and alternatively 1) confirms the rejection of the asylum claim, which can be judicially challenged; 2) overturns the RSDO decision and grants the refugee status; or 3) requests the RSDO to make a new decision on the asylum application.

Finally, the Minister for Home Affairs is responsible for the administration of the Refugee Act and can appoint members of both the SCRA and the RAA, order the removal of a refugee or asylum seeker on grounds of national security, national interest or public order and, most importantly, to make a declaration for group recognition (*prima facie*)[15].

4. *Asylum deterrence: Tunisia*

Before 2011, Tunisia was an autocratic State with restrictive immigration and emigration policies. Irregular migration was sanctioned and managed through arbitrary detentions and expulsions, while imposing

[15] Refugee Act, cit., section 35. In the event of mass influx, the Minister of Home Affairs may declare 'any group or category of persons to be refugees either unconditionally, or subject to such conditions as the Minister may impose in conformity with the Constitution and international law.' The declaration and revocation of the same is by Gazette Notice. This provision has not been activated since the enactment of the Refugee Act in 2000. The only formal refugee group recognition that has taken place was accorded to Mozambicans under a Tripartite Agreement between South Africa and Mozambique and UNHCR in 1993, which was terminated in 1996.

penalties for anyone who had assisted irregular migrants and asylum seekers, including lawyers and doctors[16]. After the fall of the autocratic regime of Ben Ali, border control collapsed resulting in thousands of migrants entering and leaving the country through Tunisia's porous borders. In addition, civil society organizations started to proliferate and to advocate for the human rights of migrants in Tunisia. UNHCR began its mandate in the country and established the Choucha refugee camp in order to accommodate refugees fleeing civil war in Libya. Yet, despite the democratization process initiated after the Arab Spring, migration policies did not improve and remained securitized. Starting from 2013, Tunisia witnessed a series of political assassinations and growing geopolitical as well as continued economic constrains, which risked undermining its political stability[17]. As a result, migration was deprioritized from the political agenda. Despite the large-scale immigration from Libya, no political party tried to blame Libyan migrants for the multifaceted challenges that the country was facing, and no formal amendment was adopted in the legislation to regulate or limit their presence in Tunisia. Yet, according to Natter, «[…] this meant that the core of Tunisia's immigration regime inherited from the authoritarian era – the securitized approach and restrictive rules on entry and stay – has remained untouched»[18]. Some years have passed, and Tunisia is still facing severe economic constrains and political turmoil. In addition, it is now the principal departure point by sea for migrants and asylum seekers heading to Europe and is under the spotlight of EU's containment policies in third countries. Tunisia is currently experiencing a severe democratic downturn that is affecting the liberties and human rights of nationals and non-nationals alike. In particular, migrants and asylum seekers are increasingly stigmatized and, in contrast to the past, are scapegoated by the highest institutional profiles, inflaming violence and xenophobia against them. Racial discrimination has also increased in Tunisia, where certain nationalities of asylum seekers have been first denied access to asylum, and

[16] H. Meddeb, *Courir ou mourir. Course à el khobza et domination au quotidien dans la Tunisie de Ben Ali.* Centre d'Etudes et de Recherches Internationales (CERI), 2012.

[17] C. Cassarini, *L'immigration subsaharienne en Tunisie: De la reconnaissance d'un fait social à la création d'un enjeu gestionnaire*, in *Migrations Société*, 2020.

[18] K. Natter, *Tunisia's migration politics throughout the 2011 revolution: revisiting the democratisation–migrant rights nexus*, in *Third World Quarterly*, 2021, https://www.tandfonline.com/

then expelled[19]. The following analysis focuses on two main deterrence practices occurring in the country, whose impacts against foreigners are worsening in frequency and breadth.

4.1 *Illegal detention*

The detention of foreigners, including asylum seekers, in Tunisia constitutes a relevant legal challenge as it is poorly regulated and respected. It is relevant to note that, despite being mandated by international law, there is currently no alternative to detention provided by national law in Tunisia[20].

Art. 29 of the 2014 Constitution merely stipulates that the length of detention must be defined by law, and detainees are to be guaranteed various safeguards against arbitrary detention, including the right to information about the grounds for their detention and the right to legal assistance. Art. 30 also stipulates that detainees should be able to communicate with their relatives.

Unauthorized entry, stay, and exit of both nationals and foreigners are also explicitly criminalized and sanctioned by national law[21]. Art. 23 of Organic Law 68-7 concerning the situation of foreigners provides for fines and imprisonment for up to a year for those entering or exiting Tunisia without proper authorization or documentation, or who overstays their visa or residence permit. Art. 34 of Organic Law 1975-40 states that travelers, including Tunisian nationals, must enter or exit Tunisian territory at designated border crossing points. Any foreign national who violates these provisions can be expelled from the country and is subject to criminal sanctions according to Organic Law 68-7. Art. 24 of Organic Law 68-7 mandates fines and imprisonment of six months to three years for any foreigner using false documents or providing inaccurate information on

[19] Already in 2016, studies denounced that asylum seekers from Senegal were returned without the possibility of exercising their fundamental right to asylum. Similarly, Egyptians were automatically and immediately returned to Egypt without the opportunity to claim asylum in Tunisia. See, L. Harzalli, *Réfugiés subsahariens: Haro sur la Tunisie!,* in *Afrik.com*, 10 April 2013, http://www.afrik.com/

[20] Global Detention Project, *Tunisia Immigration Detention Profile*, 2020, https://www.globaldetentionproject.org. See also, UNHCR, *Compilation of International Human Rights Law and Standards on Immigration Detention*, 2018, https://www.Unhcr.org; UNHCR, *Detention Guidelines on the applicable criteria and standards relating to the detention of asylum-seekers and alternatives to detention*, 2012, https://www.Unhcr.org/

[21] FTDES, *Unauthorized migration in the jurisprudence of the Tunisian penal judiciary*, 30 July 2019, https://ftdes.net/. .

their identity, profession, or nationality. Art. 50 of Organic Law 1975-40 mandates the expulsion of foreigners who have been sentenced for violating the law, upon completion of their prison sentence. Their expulsion is automatic. It does not detail any judicial procedure, nor it provide any guarantees, such as the right to appeal.

In practice, the few procedural safeguards established at the constitutional level are rarely respected. Detainees are often not provided with access to a lawyer nor to a fair legal process. They cannot contact family members or consular authorities[22]. This is especially true for the Al-Wardia facility, which reportedly operates in breach of minimum procedural standards[23]. Here, the most common reasons for detention are irregularly crossing the border, overstaying, and falsification of official documents[24]. Yet, as noted by the UN Special Rapporteur on the Human Rights of Migrants, «many migrants are imprisoned in pre-trial detention for extensive periods, often up to a year, without even knowing the charges against them»[25]. After being kept in detention for long periods, migrants are often released in exchange of a fine, and then deported[26]. Moreover, according to the Tunisian Forum for Economic and Social Rights, some detainees have complained about the difficulty of accessing UNHCR to complete their registration and asylum applications[27].

Migrant and refugee children are also not exempted from detention and expulsion. Minors are often detained, in particular at Al-Wardia, where they are separated from adult detainees[28]. In 2019, 80 minors were allegedly detained in Al-Wardia[29]. There is evidence of children being expelled with adult migrants and being abandoned in the Libyan desert with no food or water[30]. The Special Rapporteur on the Human Rights of Migrants has also denounced the detention and deportation of migrant children for having irregularly crossed the border with Tunisia. While in detention, they were

[22] Special Rapporteur on the Human Rights of Migrants, *Report of the Special Rapporteur on the Human Rights of Migrants, François Crépeau, Addendum, Mission to Tunisia*. OHCHR. A/HRC/23/46/Add.1, 3 May 2013, http://www.ohchr.org/.

[23] O. Tringham, *The Case for Legal Aid for Refugees in Tunisia,* in *Rights in Exile*, 20 June 2016, https://bit.ly/2Bq8HN2

[24] Tunisian Forum for Economic and Social Rights, *Migrants Placed in the Wardia Centre: Detained, then Deported or 'Forcibly' Returned*, 2019, https://ftdes.net/.

[25] Tunisian Forum for Economic and Social Rights, cit.

[26] Tunisian Forum for Economic and Social Rights, cit.

[27] Tunisian Forum for Economic and Social Rights, cit., p. 53.

[28] Special Rapporteur on the Human Rights of Migrants, cit.

[29] Tunisian Forum for Economic and Social Rights, cit.

[30] Tunisian Forum for Economic and Social Rights, cit.

impeded from having contact with their family and legal representatives[31]. These practices run counter Art. 31 of the Refugee Convention, according to which migrants shall not be penalized for having crossed a border irregularly, as well as Art. 34 of Organic Law 1975-40, which provides for exceptions to expulsion for convicted foreigners, implying that refugees would not be subject to penalties for illegal entry or exit. In addition, as widely recalled, the detention of a child because of their or their parents' migration status constitutes a child rights violation and always contravenes the principle of the best interests of the child[32].

4.2 *Indiscriminate detention and collective expulsions*

Since September 2021, collective expulsions of black foreigners from Tunisia to Libya and Algeria are more frequently detected with a peak since June 2023[33]. Evidence shows that national authorities - the Tunisian *Garde Nationale* - operates through «capture operations», as no legal procedures are followed, no judicial order is sought to legitimize detention, and the detainees are systematically deprived of money, personal belongings and documents[34]. People illegally detained are unable to speak with a lawyer. No legal documentation concerning their deprivation of liberty is provided and their individual circumstances are not taken into consideration. When arrested, people are told that it is just a routine check and that they would be soon released. Reports denounce the discriminatory and arbitrary arrest by the *Guarde Nationale* of whoever is Black in Tunisia regardless of their legal status. To be arrested are Black people – men, women, children – with or without documentation, including students, regular workers, asylum seekers, people with Tunisian passports, people with documents issued by

[31] Special Rapporteur on the Human Rights of Migrants, cit.

[32] UNICEF, *A home away from home for refugee and migrant children*. Advocacy Brief, UNICEF, August 2016, http://www.unicef.org/; UN Committee on the Rights of the Child, *General comment No. 6 (2005): Treatment of Unaccompanied and Separated Children Outside their Country of Origin*, 1 September 2005 (CRC/GC/2005/6), par. 61; UN Special Rapporteur on Torture, *Thematic Report on torture and ill-treatment of children deprived of their liberty*, 5 March 2015 (A/HRC/28/68), par. 80.

[33] Alarm Phone, *Chain of push-backs from Tunisian ports to the Libyan desert!,* 3 October 2021, https://alarmphone.org/.

[34] Researchers X, *State trafficking. Expulsion and sale of migrants from Tunisia to Libya*, June 2023 – November 2024, https://statetrafficking.net/.

UNHCR, migrants intercepted at sea, and irregular migrants[35]. Indiscriminate detention of Black people in Tunisia amounts to severe human rights violations in breach of core principles enshrined in key international and regional treaties on refugee and human rights law to which Tunisia is bound, including the prohibitions of arbitrary detention and of racial discrimination.

What is more, while detained in prison, people suffer from diverse forms of violence, including sexual harassment, beating, and deprivation of food, water and healthcare amounting to torture, inhuman and degrading treatment. From here, the victims' faith depends on the route they will be forced to follow. They could indeed be transferred onto busses and left at the border with Algeria or be removed to Libya in open violation of their right to asylum, the principle of non-refoulement, and the prohibition of mass or collective expulsions.

In the first case, people are loaded onto buses and driven to the Algerian border, where they are abandoned in desert areas (so called «desert dumps») without any assistance, water or food, leaving them at risk of kidnapping, extortion, torture, sexual violence, and death. They are ordered to walk towards Algeria, where border officials often open fire against them[36]. Al Jazeera reported that hundreds of refugees and migrants, including children, have enforcedly disappeared after being captured in Tunis and are abandoned in the desert near Algeria[37].

In the second case, people are transferred onto buses and forcibly removed at the border with Libya, where they are detained again in degrading and inhumane conditions. At the Libyan border, prisoners are sold in exchange for money, hashish, and fuel. The most common selling prices range between 40 and 300 Tunisian dinars (12 to 90 euros) per person[38]. Women are usually more expansive than men. The selling of human beings, which is conducted by Tunisian uniformed personnel and Libyan militias, is therefore institutionalized and carried out with the connivence of both States. Once in Libya, people are again detained in overcrowded facilities in conditions violating minimum international

[35] InfoMigrants, *UN alleges Tunisian border guards rounded up migrants and passed them to Libya*, 12 June 2025, https://www.infomigrants.net/.

[36] Lighthouse reports, *Desert Dumps*, 21 May 2024, https://www.lighthousereports.com/; InfoMigrants, *Tunisia: Hundreds of migrants intercepted at sea are nowhere to be found*, 2 April 2024, https://www.infomigrants.net/.

[37] Al Jazeera, *Children, infants missing after Tunis police clear makeshift refugee camps*, 3 May 2024, https://www.aljazeera.com/.

[38] Researchers X, cit.

standards and remain at heightened risk of sexual abuses, including gender-based violence, and torture. They are divided into two groups: those who are able to pay immediately a ransom for their release and those who will be subjected to torture and violence. Those who cannot pay are detained for long periods and some of them become part of the activities that revolve around the management of the prisons or the release of the prisoners[39].

5. *Asylum deterrence: South Africa*

Akin to Tunisia, South Africa went through a radical transformation in its recent past, moving from the apartheid regime to a democratic one. Into force from 1948 to 1994, apartheid was a system based on racial superiority and segregation. During apartheid, asylum seekers and refugees were not recognized in South Africa as the country was not bound by any international and regional conventions on refugees and administered its refugee policy on an ad hoc basis. For instance, South Africa welcomed white people fleeing from Rhodesia and Mozambique, but refused to do so for black Mozambicans fleeing civil war[40]. Under apartheid, the 1991 Aliens Control Act institutionalized discrimination in migration policy with high control and deterrence over non-white migration[41]. People wishing to enter South Africa had to bear heavy costs for their applications, meet restrictive administrative and financial requirements, and discrimination based on nationality. Indeed, immigration from some African countries, such as Zimbabwe, was particularly discouraged[42]. In addition, foreign black

[39] M. Townsend, *The brutal truth behind Italy's migrant reduction: beatings and rape by EU-funded forces in Tunisia*, in *The Guardian,* 19 September 2024, https://www.theguardian.com/. According to The New Arab, a law is under development that would allow the deportation of irregular migrants from Tunisia to their countries of origin. The law allegedly includes exemptions for people who may be at risk of suffering torture or inhumane treatment in their home countries and the possibility for people to appeal deportation orders in administrative courts. If this law were adopted, collective expulsions would become institutionalized with a risk of systematizing them. See, The New Arab, *Tunisia parliament wants to legalise pro-Saied deportation of migrants law*, 27 January 2025, https://www.newarab.com/.

[40] The New Arab, cit.

[41] S. Peberdy – C. Rogerson, *Rooted in racism: The Origins of the Aliens Control Act,* in J. Crush (ed) *Beyond Control: Immigration and Human Rights in a Democratic South Africa*. Cape Town, 1998.

[42] S. Peberdy, *Imagining Immigration: Inclusive Identities and Exclusive Policies in Post-1994 South Africa*, in *AfricaToday*, 2001.

Africans were victims of racist discrimination and targeted for detention and repatriation with no possibility of judicial review. Undocumented migrants were banned from exercising basic human rights, such as access to healthcare and education. In addition, from 1986 to 1993, land borders with Zimbabwe, Botswana and Mozambique were militarized and protected with lethal electric fences.

After the end of the apartheid regime, South Africa ratified the most relevant refugees and human rights treaties and started to reform the 1991 national immigration and asylum policy. Yet, the apartheid rhetoric was still in place and massive deportations of irregular migrants from Mozambique occurred between 1994 and 1995[43]. Thanks to the intervention of third parties, the Refugee Act adopted in 1998 not only reflected South African international and regional commitments relating to refugees and ensured the principle of non-refoulement, access to asylum and to integration, but it also expanded protection by extending the refugee status to additional grounds of persecution beyond those provided by the 1951 Refugee Convention and the 1969 OAU Convention, namely tribe and gender[44]. Yet, the steady rise in migration inflows from neighboring countries in the years following the end of apartheid, which coincided with the outbreak of wars and economic collapse in neighboring countries, put the already scares financial resources of South Africa under pressure and made evident the systematic lack of adequate knowledge and administrative capacity of South Africa in managing migration flows. Over time, South Africa's open asylum and migration policy turned into containment and a wide range of deterrence measures have been implemented to curb migration. Two main barriers in this regard are examined in the following sections.

5.1 Arbitrary and indefinite detention

Migrants who have entered South Africa irregularly and who do not possess an asylum transit visa are considered to be illegal foreigners under the Immigration Act. Likewise, migrants who have been provided with said visa to apply for asylum at a Refugee Reception Office (RRO) and failed to do so within the timeframe prescribed by the law are equally considered illegal foreigners pursuant to Section 23(2) of the Immigration Act. Section

[43] J. Crush – D. McDonald, *Introduction to special issue: Evaluating South African immigration policy after apartheid*, in Africa Today, 2001.

[44] Section 3(a) of the Refugee Act.

32(2) requires that illegal foreigners must be detained and then deported; however section 34(1) confers discretion on the officer as to whether the individual must be detained. It also includes a range of safeguards including the obligation to bring the person before a court within 48 hours of their arrest for the court to determine whether to confirm their detention after having heard the immigration officer and the foreigner concerned, the need for the authorities to provide reasons in writing for the detention order, the right to appeal and review before a Court, the temporal limits of detention. Finally, Section 41 of the Immigration Act allows police and immigration officers to detain and verify the status of a person suspected of not being entitled to be in South Africa. The law mandates that the verification of immigration status should be carried out promptly and should be based on reasonable grounds.

Irregular migrants can be subject to administrative immigration detention for the purpose of deportation or criminal detention for the crime of entering and remaining in the country illegally. Specifically, under Section 34, administrative detention can last up to 30 days although the Magistrate Court may, on good reasonable grounds, extend detention for a maximum of 90 days if warranted. In any event, detention cannot be protracted beyond the maximum limit of 120 days. Section 49 of the Immigration Act provides for criminal sanctions of a fine or imprisonment for individuals who commit offences such as unauthorized entry, overstaying, and failing to comply with deportation orders, with penalties ranging from fines to prison terms of up to four years. In recent years, there has been a notable increase in persons arrested under both Section 49 and Section 34, whereby migrants are first given a criminal sentence and are then put in administrative detention pending deportation[45].

However, this contrasts with the Refugee Act, which generally prohibits the detention of asylum seekers and provides for specific norms to regulate it (i.e., Art. 23 - Detention of asylum seeker; Art. 29 – Restriction of Detention). In particular, the case law has interpreted the Refugee Act to imply that, from the moment asylum seekers apply for asylum until they receive a final decision of their claim, they should be protected from arrest and detention for entering and/or being in the country irregularly, except

[45] Lawyers for Human Rights, *Status of Immigration Detention in South Africa*, December 2023, https://lawyersforhumanrights.b-cdn.net/.

for the circumstances provided by the law[46]. Emblematically, in *Ulde v Minister of Home Affairs*, the Supreme Court of Appeal confirmed that foreigners cannot be detained arbitrarily or without just cause, and that Section 34 of the Immigration Act obligates officials to exercise their discretion, which must be construed in favour of liberty[47]. In *Bula v Ministry of Home Affairs*, which was decided before the entry into force of the current immigration and asylum framework, the Constitutional Court ruled that the protection provided by the Refugees Act trumped any punitive measures of the Immigration Act, provided an intention to apply for asylum had been evinced, and regardless of delay or any other reason[48].

However, recent amendments to the Refugee Act, adopted in 2017 but entered into force in 2020, have further curtailed the fundamental right to asylum and key guarantees. Indeed, according to Section 4(1)(h) of the Refugee Amendment Act if asylum seekers fail to present at a RRO with a valid asylum visa within five days from entry, asylum seekers will be detained at the RRO while being interviewed by an immigration officer to determine whether there were compelling reasons for not having complied with the law. This is consistent with the new Regulation 8(3) of the Refugee Act, which stipulates that asylum seekers who fail to enter the country through a designated port of entry or fail to obtain an asylum transit visa at the border must, *prior to being permitted to apply for asylum*, show good cause for their illegal entry or stay. Following the 2020 amendments, the judiciary has also provided for restrictive interpretation of the right to access asylum. For instance, in *Ashebo v Minister of Home Affairs and Others*, the Constitutional Court observed that the new provisions are not in contrast with Art. 31 of the Refugee Convention, as it «does not provide an asylum seeker with unrestricted indemnity from penalties»[49]. Furthermore, the Court held that a mere intention to apply for asylum is no longer sufficient to grant release from detention given the 2020 amendments. In *Lembore and Others v Minister*

[46] Among others, South African Supreme Court of Appeals, *Abdi v Minister of Home Affairs* (2011) ZASCA 2; South African Constitutional Court, *Arse v Minister of Home Affairs* [2010] ZASCA 9, 2012 (4) SA 544 (SCA); South African Constitutional Court, *Bula v Minister of Home Affairs* [2011] ZASCA 209, 2012 (4) SA 560 (SCA); South African Constitutional Court, *Ersumo v Minister of Home Affairs* 2012 (4) SA 581 (SCA).

[47] Supreme Court of Appeal, *Ulde v Minister of Home Affairs and Another* (320/08) [2009] ZASCA 34; 2009 (4) SA 522 (SCA); 2009 (8) BCLR 840 (SCA); [2009] 3 All SA 332 (SCA) (31 March 2009)

[48] South African Constitutional Court, *Bula v Minister of Home Affairs* [2011] ZASCA 209, 2012 (4) SA 560 (SCA).

[49] South African Constitutional Court, *Ashebo v Minister of Home Affairs and Others* (CCT 250/22) [2023] ZACC 16.

of Home Affairs and Others, the High Court clarified that detention under the Immigration Act remains lawful until an applicant demonstrates valid reasons for their illegal entry or delayed asylum claim[50].

Not only do the 2020 amendments facilitate the use of detention, but the procedural and substantial safeguards that must be ensured in this context are rarely respected. Indeed, the detention of asylum seekers is often protracted without legal assessment and the time limits for detention are circumvented. Migrants and asylum seekers are often kept in arbitrary or indefinite detention without proper legal basis or judicial oversight and in degrading conditions in violation of the right not to be tortured or subject to cruel, inhuman or degrading treatment or punishment; freedom from arbitrary arrest or detention; the right to freedom of movement; and the right to fair trial and due process. The executive has justified several times the use of indefinite detention of illegal foreigners as this is in the best interest of justice and argued that releasing them would mean to perpetuate illegality by sending the wrong message to illegal migrants in the country[51]. Individuals are frequently arrested without reasonable ground, often perpetuated by xenophobia and anti-migrant sentiments or profiling. Furthermore, DHA officials frequently delay or fail to verify detainees' immigration status promptly, unlawfully holding people, including asylum seekers with pending claims. This gives rise to pervasive corruption where detainees are often released only after paying bribes. If people are unable to pay, they are kept in prolonged and arbitrary detention, violating the right to freedom and security. Corruption indeed plays a relevant role in detention dynamics in South Africa and determines not only the release of people already in detention, but also the destiny of those at the border. Evidence shows, in fact, that corrupted border officers threaten migrants to pay high sums to enter the country to seek asylum[52]. Those who cannot pay are immediately pushed back or often arrested and eventually sent to a Johannesburg migrant repatriation centre, Lindela[53]. In some cases, police

[50] High Court of South Africa – Guateng Division, *Lembore and Others v Minister of Home Affairs and Others* [2024] 2 All SA 113 (GJ).

[51] R. Amit, *Security rhetoric and detention in South Africa*, in Forced Migration Review, https://www.fmreview.org/.

[52] R. Amit, *Queue here for corruption. Measuring irregularities in South Africa's asylum system*. Lawyers for Human Rights and the African Centre for Migration & Society, July 2015, https://www.lhr.org.za/.

[53] United States Department of State - Bureau of Democracy, Human Rights and Labor, *Country Reports on Human Rights Practices for 2014: South Africa*, 2014.

officers even threaten documented migrants and asylum seekers with indefinite detention and bureaucratic hurdles unless they paid bribes.

Detention is also used against children. In 2004, over 100 children were detained at Lindela. The High Court of Pretoria censored this practice as unlawful and in violation of children's rights as provided by Section 28 of the Constitution – which establishes the duty to protect, fulfil, and promote children's rights -, the Children's Act 38 of 2005 and the African Children's Charter[54]. Again in 2023, NGOs denounced the arrest of migrant children and the risk of being deported in breach of their rights[55].

5.2. *Closure of Refugee Reception Offices*

Over time the DHA has implemented a wide number of procedural barriers to limit the number of asylum claims to be processed[56]. An emblematic example rests in the unlawful closure of half of RROs available in the country.

Included in the mandate of the Director General (DG) of the DHA is the (dis)establishment of RROs, in addition to the designation of RSDOs and of the administrative staff of the SCRA, and the designation of places where specified categories of asylum seekers should lodge applications[57]. The DG also has powers to withdraw an asylum seeker visa for specified

[54] South African Constitutional Court, *Centre for Child Law v Director General: Department of Home Affairs and Others* (CCT 101/20) [2021] ZACC 31; 2022 (2) SA 131 (CC); 2022 (4) BCLR 478 (CC) (22 September 2021).

[55] Global Detention Project, Lawyers for Human Rights, *South Africa: Submission Concerning Arbitrary Detention and Other Violations of the Human Rights of Migrants, Refugees, and Asylum Seekers,* September 2024, https://www.globaldetentionproject.org/.

[56] Among others, in 2006 the DHA used pre-screening questions to determine whether the person was eligible for asylum and quota system, which was used to set to max 20 the number of asylum claims to be registered per day. The DHA justified the use of pre-screening forms as a way to counteract the tendency of asylum seekers to abuse the national protection system, whereas the quota system was useful in order to ease the enormous pressure on RROs. Both practices were censored by the case law. The quota system was quashed in *Tafira* (2006) where the Court held that the practice precludes persons from applying for asylum and thus amounted to a violation of their right to seek asylum. In *Kiliko*, the quota system was declared to be unlawful and a violation of an asylum seekers' constitutional right to dignity and freedom of movement. See respectively, Transvaal High Court, *Tafira and Others v Ngozwane and Others* (12960/16) ZAGPHC 136 (TPD) 12 December 2006; African Constitutional Court, *Kiliko v Minister of Home Affairs* 2006 (4) SA 114 (C).

[57] Refugees Act, sections 8, 9H, 20A, 21(1C).

reasons (usually security issues), and also to revoke an asylum seeker's right to work in case they fail to provide proof of employment after six months.

Between 2011 and 2012, the DG decided to close three out of the six RROs available in South Africa. In particular, they decided to shut down the RRO in Johannesburg, while closing the RROs in Cape Town and Port Elizabeth to *new* asylum seekers, this meaning that they would continue to process existing cases but would not accept new applications for asylum. For years, asylum seekers had to walk long distance to get to one of the only three RROs still open on the entire South African territory, namely Durban, Musina and Pretoria. In addition, significant pressure has been put on asylum seekers, as they are required by law to be registered at RROs within 5 days from entry. The arbitrary closure of three RROs had a severe impact on asylum seekers whose ability to exercise their right to seek asylum was impaired as well as their possibility to formalize their claim and get legal documentation. According to Amnesty International, asylum seekers in Cape Town and Port Elizabeth who had to travel to an open RRO took a trip «which ranges between 900km and 1.900km depending on the destination, takes a day or more and the cost of travel, accommodation, and food ranges anywhere from R900 ($62) to over R5.000 ($342) per trip»[58].

The reasons behind this choice were twofold. On the one hand, the DHA aimed to reduce the overall number of asylum seekers in South Africa. On the other hand, it planned to advance a legislative proposal to move RROs from their urban location to the borders in order to swiftly deport asylum seekers not in genuine need of protection[59]. However, the closure of urban RROs occurred before the new policy was even completely formulated[60].

In 2013, 2015 and 2018, judges declared this practice unlawful and procedurally unfair, and ordered the re-opening of these offices. However, it took numerous legal disputes before the RROs were finally reopened. For instance in 2015, the Supreme Court of Appeal ordered that the RRO in

[58] Amnesty International, South Africa: Living in limbo: Rights of asylum seekers denied, 29 October 2019, https://www.amnesty.org/en/documents/afr53/0983/2019/en/.

[59] Fatima Khan, Megan Lee, Policy Shifts in the Asylum Process in South Africa Resulting in Hidden Refugees and Asylum Seekers, African Human Mobility Review, Vol. 4, No. 2 (August 2018), https://www.sihma.org.za/journals/Policy-Shifts-in-the-Asylum-Process-in-South-Africa.pdf

[60] Ngwato, T.P. 2013. Policy Shifts in the South African Asylum System: Evidence and Implications. African Centre for Migration and Society (ACMS) and Lawyers for Human Rights (LHR).

Port Elizabeth be fully restored by 1 July 2015, however it remained closed for other three years until October 2018. In its judgement, the Court expressed severe concerns regarding the DG's conduct in seeking to circumvent previous judicial orders, saying that «it is a most dangerous thing for litigants, particularly a state department and senior officials in its employ, to willfully ignore an order of court»[61]. The Court also recognized the particularly vulnerable position of asylum seekers, who «[…] experience grave difficulty in legalising their stay in this country. […] That especial vulnerability is recognised in our legislation governing the status of refugees»[62]. In a subsequent ruling of 2017, the Supreme Court of Appeal ordered the DHA to reopen the RRO in Cape Town, whose closure had been already censored in 2013. However, it only reopened in 2023 after 12 years[63].

6. *Influencing factors of asylum deterrence policies*

As seen, Tunisia and South Africa are notably different from many perspectives, yet they share a tendency towards asylum deterrence policies and practices. The following sections pinpoint to a series of factors that have arguably facilitated the emergence of asylum barriers. First is the turbulent past that Tunisia and South Africa share, where restrictive migration and asylum policies have been accompanied by intolerance and racism, so rooted to be institutionalized in the case of South Africa, against groups of a specific nationality or skin color. Such sentiments are still echoed in current deterrence policies. In addition, recent political and societal developments occurring in these countries may have further enabled the proliferation and severity of deterrence policies to the detriment of asylum seekers.

[61] Minister of Home Affairs and Others v Somali Association of South Africa Eastern Cape (SASA EC) and Another (831/2013) [2015] ZASCA 35; 2015 (3) SA 545 (SCA); [2015] 2 All SA 294 (SCA) (25 March 2015), para. 35.

[62] Idem, para 2.

[63] Scalabrini Centre, Cape Town and Others v Minister of Home Affairs and Others (1107/2016) [2017] ZASCA 126; [2017] 4 All SA 686 (SCA); [2018] 4 SA 125 (SCA) (29 September 2017)

6.1 Enabling factors in Tunisia

According to Amnesty International, there has been a «[…] drastic rollback of the human rights progress that Tunisia had made since the 2011 revolution»[64]. Indeed, since 2021, President Kais Saied has started to seize control of the State by passing a new Constitution, suspending the Parliament, dismantling judicial independence, and impairing the right to fair trial, freedom of expression and assembly. On 9 August 2022, the Administrative Tribunal issued a landmark decision, where it ordered the President to reinstate the 57 judges and prosecutors arbitrarily dismissed through decree law 2022-35. However, judges continue to be summarily dismissed, and lawyers keep on being victims of harassment. In June 2023, journalists, political opponents, and NGOs staff workers started to be arbitrarily detained and accused of conspiracy against state security in violation of Presidential decree law 2022-54 on cybercrime, which imposes heavy prison sentences for spreading «fake news» and «rumors» online and in the media. Political opposition has been equally pulled to pieces as almost all the members of the largest opposition party (Ennahda) have been arrested, and its headquarters have been closed. Travel bans in connection to criminal investigations have been also imposed. As of September 2023, at least 27 lawyers faced civil or criminal prosecution in relation to actions they took while defending their clients or for expressing their opinions. Several of them were accused of conspiracy against state security[65].

The democratic downturn occurring in Tunisia has also severely impacted on foreigners, including migrants, refugees and asylum seekers. In February 2023, President Saied linked undocumented Black African migrants to crime and a «conspiracy» to change Tunisia's demographics. In his words, «hordes of illegal migrants» arriving from Sub-Saharan countries were part of «a criminal plan to change the composition of the demographic landscape of Tunisia» and were the source «of violence, unacceptable crimes and practices»[66]. The UN Committee on the Elimination of Racial Discrimination (CERD) found that such remarks were in breach of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial

[64] Amnesty International, Tunisia: *Amnesty International's Secretary General denounces rollback of human rights upon concluding four-day visit,* 26 July 2024, https://www.amnesty.org/.

[65] Human Rights Watch, *World Human Rights Report: Tunisia,* 2024, https://www.hrw.org/.

[66] Human Rights Watch, cit.

Discrimination[67]. It also noted that, following such xenophobic statement in February, racial violence and attacks, vandalism, arbitrary evictions and job termination against Black migrants have notably increased in Tunisia as well as the number of Black people kept in arbitrary detention. In February and July 2023, Tunisian authorities reportedly arrested thousands of Black African foreigners indiscriminately, including both documented and undocumented people in Sfax and other cities. According to the UN High Commissioner for Human Rights, in June 2023 national security forces summarily and collectively expelled some 2.000 people of at least 16 African nationalities to remote areas along the Tunisian borders with Libya and Algeria[68]. Expelled people remained stranded at the borders with little access to water, food, or medical care. At least 28 migrants who were expelled to Algeria died at the border[69].

In addition to internal factors exacerbating asylum deterrence policies and severe violations of asylum seekers' rights, external factors are also visible in Tunisia, including, in particular, the role of the European Union (EU) and its Member States. Although, as said, the country does not have a national law on asylum, a provisional draft has been on the table for some time now. Yet, it has been so far blocked for several reasons. In particular, the government is concerned that passing an asylum law would make Tunisia a migration hotspot, and increase its burden in the field of migrants and refugees' reception, protection and integration. In particular, it fears that national provisions may be instrumentalized by the EU to frame it as a safe third country and thereby make it responsible for the management of vast numbers of asylum seekers, while pushing for the installation of offshore processing centers on Tunisian soil. Emblematically, in June 2023, ahead of a planned visit by European officials, President Saied declared that Tunisia would not accept becoming a «border guard» for other countries[70].

The government also fears that UNHCR would hand over the RSD procedure to national institutions, thus further increasing the government's responsibility in the asylum sphere. This would also mean that

[67] CEDR, *Press Release: Tunisia must immediately stop hate speech and violence against migrants from south of Sahara, UN Committee issues early warning*, 4 April 2023, https://www.ohchr.org/.

[68] UN High Commissioner for Human Rights, *Türk: Human rights are antidote to prevailing politics of distraction, deception, indifference and repression*, 11 September 2023, https://www.ohchr.org/.

[69] UN High Commissioner for Human Rights, cit.

[70] Reuters, *Tunisia will not be Europe's border guard, president says*, 10 June 2023, https://www.reuters.com/.

the government would need to allocate a budget for asylum matters, which is currently lacking as UNHCR's activities are financed by donors, in primis the EU. In addition to being a monist country, as underlined by Cantor and Chikwanha, the lack of a national asylum law seems to also be a direct response to EU unilateral interests in migration management in Tunisia[71].

Such concerns are not unjustified. Several scholars have pointed out that the EU's goal in cooperating with Tunisia is the containment of refugees and asylum seekers[72]. As scholars have shown, the vast majority of the legal, political, and financial instruments of cooperation are negotiated and implemented with limited or no transparency, and lack accountability mechanisms in the case of human rights violations occurring within their framework[73]. For instance, the EU-Tunisia Memorandum of Understanding on a strategic and global partnership (MoU), which was signed on 23 July 2023 in the presence of the EU Commission President Von Der Leyen and the Dutch and Italian Prime Ministers, covers a broad range of asylum-related aspects, from cooperation on migration control to prevention of departures by sea, from the fight against smuggling and trafficking to the return of irregular migrants from Tunisia to their countries of origin. In turn, the EU committed to strengthen cooperation and financial support to foster Tunisia's economic stability, trade and investment, green energy transition, and migration. As pointed out by Garcia Andreade and Frasca, the EU-Tunisia MoU «[…] is yet another illustration of the process of informalisation of international law-making to which the EU and its Member States significantly contribute, and of the proliferation of soft law instruments particularly in the external dimension of the EU migration

[71] B.A. Tinni – O. Djurovic – R. Djurovic – A. Hamadou - M. Ineli Ciger – C. Ovacık – F. Raach – H. Sha'ath – T. Spijkerboer – O. Ulusoy, *Shortcomings in EU Cooperation for Externalization of Asylum: Lessons from Niger, Serbia, Tunisia and Türkiye.* ASILE project, November 2023, https://www.asileproject.eu/.

[72] B.A. Tinni – O. Djurovic – R. Djurovic – A. Hamadou - M. Ineli Ciger – C. Ovacık – F. Raach – H. Sha'ath – T. Spijkerboer – O. Ulusoy, cit. See also, T. Strik – R. Robbesom, *Compliance or Complicity? An Analysis of the EU-Tunisia Deal in the Context of the Externalisation of Migration Control*, in *Netherland International Law Review*, 2024.

[73] For a deep analysis of these arrangements, please see F. Raach – H. Sha'ath, *Tunisia-EU Cooperation in Migration Management: From Mobility Partnership to Containment*, in S. Carrera E. Karageorgiou – G. Ovacik – N. Feith Tan (eds) *Global Asylum Governance and the European Union's Role. Rights and Responsibility in the Implementation of the United Nations Global Compact on Refugees*, 2025.

policy»[74]. Indeed, although it was presented as a non-binding political agreement, it may have likely infringed the principle of institutional balance pursuant Art. 13(2) of the Treaty on the EU (TEU) on two grounds. First, the Commission did not obtain prior approval from the Council before signing the MoU with a third country[75]. Second, the Parliament has not been consulted, which runs counter its power of political control and consultation as provided by Art. 14 TEU, which is also relevant in the context of the adoption of international soft agreements.

Not only the content of EU-Tunisia cooperation is driven by security concerns over migration movements, but also the financial side of these arrangements clearly reveals the EU's containment priorities. For instance, just 5% of the committed 105 million euros under the EU-Tunisia MoU is allocated to the protection of refugees and migrants in Tunisia. Rather, 62% of the budget is provided to the Tunisian Coast Guard and the Maritime Rescue Coordination Centre, among others, for police, search and rescue, returns and border management operations, while 17% is dedicated to returns and readmission[76]. Reports show that out of the asylum and migration-related projects that are financed through the EU Trust Fund for Africa (EUTF), adopted during the Valetta Summit in 2015, and the 2014-2020 European Neighborhood Instrument, border management activities receive 57.8% of the total EU budget allocated to Tunisia. Only 6.8% of the budget has been allocated to the protection of refugees[77]. In particular, most of EUTF's fund in Tunisia (44%, or €38 million) has been allocated to integrated border management, followed by assisted voluntary returns and migration management (23% or €20 million), community protection and stabilization (18% or €16 million) and labour migration (15% or €13 million)[78].

---

[74] P. Garcia Andreade – E. Frasca, *The Memorandum of Understanding between the EU and Tunisia: Issues of procedure and substance on the informalisation of migration cooperation*, in *EU Immigration and Asylum Law and Policy*, 26 January 2024, https://eumigrationlawblog.eu/.

[75] See, Court of Justice of the EU, *Council v Commission*, C-660/13, where it observed that the Commission's power of international representation does not include the power to sign a political agreement as the previous consent of the Council is required (par. 36-40).

[76] EUobserver, *Gaza war "pressing" EU on Egypt anti-migrant deal*, 11 October 2023, https://euobserver.eu/

[77] F. Raach – H. Sha'ath – T. Spijkerboer, cit., p. 34.

[78] E. Casajuana – G. Jana Pintus, *Beyond borders, beyond limits. Critical analysis of EU financial support for border control in Tunisia and Libya*. Profundo, 2023, https://extranet.greens-efa.eu/.

All in all, it seems clear that the top priority that the EU is pursuing in its cooperation with Tunisia is the containment of migrants and refugees in the country. Yet, it is exactly this logic of deterrence that is undermining Tunisia's willingness to cooperate, as the clear pursuit of the EU's own interests and the consequent unilaterality of EU instruments in this field makes the EU an unreliable actor in the government's eyes.

6.2 Enabling factors in South Africa

Akin to Tunisia, a first driver of deterrence policies in South Africa may arguably be the progressively xenophobic and racist wave against foreigners, including refugees and asylum seekers, which is often merged with political rhetoric and propaganda. Politicians in South Africa are using migrants as a scapegoat by pushing a narrative according to which 15 million irregular migrants live in South Africa posing an unbearable burden on national economy and security[79]. Human Rights Watch has collected an impressive number of xenophobic declarations made by political leaders, whereby migrants would be responsible for drug trafficking and unemployment and have called for the mass deportation of illegal immigrants from South African cities[80]. The perception that foreigners have caused increasing rate in crime and unemployment in South Africa has also inflamed violence between natives and refugees[81]. In addition, according to the International Commission of Jurists, certain provisions of the Immigration Act, such as Section 41, allow warrantless searches by immigration officers and have allegedly encouraged unlawful enforcement practices by private individuals, such as the vigilante group called «Operation Dudula», which has resorted to violence in conducting unlawful forced evictions, public harassment, intimidation, and denial of access to schools and hospitals for foreign nationals. The case has been brought before the High Court of South Africa - Gauteng Division in the matter of

[79] Daily Maverick, *No ActionSA, no evidence that 15 million undocumented immigrants live in South Africa,* 7 July 2023, https://www.dailymaverick.co.za/.

[80] Human Rights Watch, *South Africa: Toxic Rhetoric Endangers Migrants,* 6 May 2024, https://www.hrw.org/.

[81] B. Dratwa, *Xenophobia: A Pervasive Crisis in Post-Apartheid South Africa*, in Georgetown Journal of International Affairs, 26 May 2024, https://gjia.georgetown.edu/.

Kopanang Africa Against Xenophobia and Others v Operation Dudula and Others, currently pending[82].

Xenophobia and political rhetoric have also been sponsored in the last White Papers issued by the DHA to the Ministry of Interior[83]. In the 2017 White Paper on International Migration for South Africa, the DHA called for the need to curb irregular migration and to promote restrictive policies in order to limit the number of low-skilled migrants and «fake» asylum seekers in the country, while attracting skilled and business persons[84]. According to the Department, «the asylum seeker regime is being abused by economic migrants resulting in over 90 per cent of the claims for asylum being rejected», an abuse that comes with high economic costs and waste of public resources[85]. In the 2023 White Paper on Citizenship, Immigration and Refugee Protection, the DHA reiterates the concerns expressed in 2017, with particular emphasis on abuses that overburden asylum and social system. The misguided idea that migrants are harming the national economy underscores many proposals in the 2023 White Paper, which fuels the social perception that migrants are stealing jobs from natives and wasting public resources. Instead of seeking adequate solutions to asylum issues, the DHA accuses the government of having adhered to the Refugee Convention and the 1967 Protocol without reservations, as this has allowed courts to establish extensive asylum guarantees in the country, in particular with regard to the principles of non-refoulement and non-penalisation, the right to a legal remedy and a fair trial, as well as other socio-economic, political and civil rights. To counteract «judicial activism», the DHA suggests leaving the Refugee Convention and its Protocol in order to re-join it with reservations like other countries. An additional reason for such a radical, and if pursued, unprecedented choice is the national inability to guarantee refugees all the socio-economic rights provided for by the Refugee Convention. UNHCR observed that «withdrawing from the 1951 Convention and its Protocol would set a negative precedent, both regionally

[82] International Commission of Jurists, *South Africa: ICJ urges high court to apply international law protecting migrants and refugees from discrimination and xenophobia in case involving vigilante attacks*, 8 July 2025, https://www.icj.org/.

[83] The White Paper is a broad, yet refined statement of government policy drafted by the DHA in order to propose legislative amendments or other policy proposals. The White Paper is sent to the Ministry for further discussion, input and final decisions.

[84] South African Department of Home Affairs, *White paper on international migration for South Africa*, July 2017, http://www.dha.gov.za/.

[85] South African Department of Home Affairs, cit., p. 59.

and globally»[86]. No signatory State has ever left these treaties, confirming their enduring relevance. In addition, UNHCR notes that while some States made reservations upon acceding to the Refugee Convention or its Protocol, 17 States have now withdrawn them. And many States that maintain reservations no longer apply them as more progressive national laws and policies have superseded them, including countries in Southern Africa.

In addition, the 2023 White Paper suggests a radical overhaul of the national asylum system, whereby the Refugees Act should be repealed in its entirety and be included in a single legislation dealing with citizenship, immigration and refugee protection enshrining more stringent requirements to qualify for protection and be eligible for citizenship. According to the Department's view, RROs should be moved from their urban location and be located at ports of entry to facilitate immediate assessment of asylum claims[87]. Here, RSDO officers would undertake «quick and virtual hearing» to swiftly separate genuine asylum seekers from economic migrants[88]. The DHA proposes to appoint either serving or retired judges or Senior Counsels as chairpersons of the appeal bodies. It is also suggested to review the qualification needed to be appointed as RSDOs, which is currently «grossly inadequate. Many of the appointees have never practiced law»[89]. At the time of writing, a legislative proposal on the subject has not been formulated yet. However, the eventual transfer of RROs at the border raises severe concerns as it would increase the risk of refoulement and removal of people at the border without due assessment of their asylum claim or personal conditions. In addition, the systemic corruption of officials involved in the asylum procedure, from immigration officers to border guards, further exacerbates the risk of human rights violations at the border and the lack of respect for the procedural and substantial safeguards at the core of the right to asylum. At the same time, the absence of adequate knowledge of the authorities appointed at RROs further exacerbates the risk of incorrect assessment of asylum claims with consequently a heightened risk of detention and deportation of asylum seekers in need of protection.

[86] UNHCR, *UNHCR's Observations on the 'White Paper on Citizenship, Immigration and Refugee Protection: Towards a Complete Overhaul of the Migration System in South Africa*, 1 January 2024, p. 3 https://www.refworld.org/.

[87] This proposal takes inspiration from para 9.1.13 of the resolution of the 55th ANC National Conference, held on 20 December 2022 and 5 January 2023.

[88] South African Department of Home Affairs, cit., par. 62.3.

[89] South African Department of Home Affairs, cit.

7. *Concluding remarks*

This contribution focused on Tunisia and South Africa as two widely divergent countries in Africa, which have however similarly endorsed deterrence asylum norms, policies and practices. After having analyzed the different asylum frameworks and procedures available at the national level, attention was devoted to emblematic barriers to asylum implemented respectively by Tunisia and South Africa in order to deter migration. Legal and procedural barriers have been analyzed both regulated and not regulated by law, yet equally in breach of asylum seekers' fundamental rights and key States' obligations. The analysis then moved to the evaluation of past and present political and societal factors that may have contributed to exacerbating asylum deterrence in Tunisia and South Africa. Xenophobia and political rhetoric are mentioned as relevant factors fueling hate and intolerance between natives and non-nationals both in Tunisia and South Africa. In addition, the pressure that the EU and its Member States is exercising on Tunisia in the field of migration cooperation is arguably aggravating intolerance and violence against migrants and asylum seekers in the country.

The impact of the aforementioned asylum barriers on the human rights of asylum seekers is all the more severe. Asylum seekers who are denied access to the fundamental right to asylum are at heightened risk of further human rights violations, including being exposed to refoulement in countries where their life could be threatened, detention, and ill-treatment. As seen, the role of domestic courts in counteracting deterrence measures in Tunisia and South Africa is widely different. Although South African courts can count on a solid legal framework which stem from supranational obligations as well as from the country's constitution, recent amendments to the national refugee law have reportedly curtailed substantial and procedural guarantees and have facilitated the use of detention in turn restricting access to asylum. For their part, Tunisian courts cannot rely on a national asylum law. In addition, no judicial remedy is available against violations of the right to access to asylum in Tunisia, which further limits their judicial scrutiny. This adds to the democratic downturn in the country and the severe attacks against judges, lawyers and NGOs that have severely compromised their mandate.

RIVISTA DI
DIRITTI COMPARATI

***

ABSTRACT: Tunisia and South Africa are characterized by important geographical, linguistic, historical and legal differences that have contributed to shaping the right to asylum differently at the national level. Despite these differences, both countries have embraced a restrictive approach to the right to asylum in recent years, implementing deterrence norms, policies and practices. This contribution offers an overview of some of the most prominent barriers to asylum in these two countries and indicates key factors that are helpful to explain why Tunisia and South Africa, despite being poles apart in many respects, have equally implemented asylum deterrence measures.

KEYWORDS: asylum – deterrence – Africa – human rights – barriers.

***

Chiara Scissa – Research Fellow in EU Law at University of Bologna (chiara.scissa2@unibo.it)

RIVISTA DI
DIRITTI COMPARATI

Il nuovo ruolo dei genitori nella tutela della vulnerabilità digitale dei minori: spunti di comparazione giuridica tra UE, USA, Italia e Australia*

Jacopo Fortuna

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Il ruolo dei genitori nella tutela online dei minori nel diritto dell'UE. – 3. KOSA e *parental control*. – 4. Alcuni recenti d.d.l. italiani sulla tutela online del minore e sul ruolo dei genitori per garantire la sicurezza digitale dei figli. – 5. Il diverso approccio australiano: *Online Safety Amendment* (*Social Media Minimum Age*) *Bill 2024*. – 6. Rilievi conclusivi.

1. *Introduzione*

Il ruolo dei genitori nello sviluppo e nella protezione dei figli[1] risulta sempre più complicato alla luce del contesto digitale, specialmente a causa dei rischi online che espongono i minori a pericoli nuovi e crescenti quali, ad esempio, disturbi alla salute mentale e al benessere psicofisico, cyberbullismo, *grooming* e truffe online. Tali criticità risultano inevitabilmente transnazionali a fronte della globalità del fenomeno digitale. Per questo motivo, l'Unione Europea e diversi ordinamenti giuridici nazionali stanno tentando, attraverso approcci differenti, di tutelare le vulnerabilità dei minori, concentrandosi anche sull'individuazione dei compiti dei genitori, necessari a garantire la salute psicofisica dei figli.

Il presente lavoro mira ad offrire alcuni spunti comparatistici sulle iniziative legislative adottate in materia, partendo innanzitutto dell'UE e degli USA che, attraverso rispettivamente una pluralità frammentaria di normative[2] (ma in particolare attraverso il *Digital Services Act*) e il KOSA (*Kids*

---

* L'articolo è stato sottoposto, in conformità al regolamento della Rivista, a *double-blind peer review*.

L'articolo è stato scritto nell'ambito del progetto PRIN PNRR Self-assessment Network Impact Program (SNIP) – code P2022AK2HK. Il contributo è stato sottoposto, in conformità al regolamento della Rivista, a *double-blind peer review*.

[1] Sulla funzione educativa dei genitori, v. G. Di Rosa, *I termini giuridici della funzione educativa nell'attuale quadro delle relazioni tra genitori e figli*, in *Actualidad Jurídica Iberoamericana,* 2022, p. 806 ss.

[2] V. § successivo.

Online Safety Act, riproposto dal 119° Congresso[3]), hanno delineato diversamente le modalità di tutela dei minori online e, di conseguenza, il ruolo dei genitori e gli strumenti a loro disposizione per la protezione dei figli.

Dal proprio canto, all'interno del contesto europeo anche l'Italia ha iniziato, attraverso una serie di disegni di legge, a interrogarsi concretamente su tali temi, tentando di valorizzare la responsabilità genitoriale per garantire la sicurezza digitale dei figli.

Diversamente, l'Australia ha recentemente introdotto, attraverso l'*Online Safety Amendment (Social Media Minimum Age) Bill 2024*[4], l'età minima di 16 anni per l'accesso ai social media, che non è quindi subordinato ad un preventivo consenso del genitore ma direttamente vietato dalla legge al di sotto di una certa età, eliminando il coinvolgimento parentale nella valutazione sulle misure per la tutela online del minore infrasedicenne.

Data l'interconnessione propria dell'ecosistema digitale e le caratteristiche delle piattaforme online, che sono accessibili e utilizzate in tutti i contesti oggetto d'indagine, risulta quantomai rilevante osservare le differenze tra i diversi approcci normativi al ruolo del genitore, al fine comprendere la forma maggiormente auspicabile di tutela dei minori online nell'ottica di una possibile armonizzazione legislativa transnazionale per quanto riguarda il ruolo parentale nel garantire la sicurezza dei figli all'interno della nuova dimensione digitale.

2. *Il ruolo dei genitori nella tutela online dei minori nel diritto dell'UE*

Negli ultimi anni l'UE ha emanato diverse normative volte a proteggere i minori, che sono tra gli utenti online più vulnerabili e i diritti dei quali sono sempre più esposti ai potenziali pericoli dell'ambiente digitale[5].

[3] Nonostante il supporto *bipartisan* di repubblicani e democratici, non ha tuttavia ancora ricevuto voto favorevole (sul punto, v. §3).

[4] *Online Safety Amendment (Social Media Minimum Age) Bill 2024*, consultabile al seguente link: <https://www.aph.gov.au/Parliamentary_Business/Bills_Legislation/Bills_Search_Results/Result?bId=r7284>.

[5] Sul tema della vulnerabilità e degli utenti vulnerabili, compresi i bambini, si veda D. Amram, *Standards to Face Children and Patients Digital Vulnerabilities*, in C. Crea - A. De Franceschi (eds.), *The New Shapes of Digital Vulnerability in European Private Law*, 2024, p. 439

All'interno dell'Unione europea non esiste però, attualmente, alcuna legge dedicata esclusivamente alla protezione digitale dei minori e alla loro vulnerabilità[6], essendo la loro tutela il risultato di varie disposizioni incluse in atti dell'UE che regolano ambiti diversi[7]. Il quadro giuridico europeo in materia risulta quindi frammentato, ma il *Digital Services Act* (Regolamento (UE) 2022/2065 relativo al mercato unico dei servizi digitali)[8] costituisce la pietra angolare su cui si basa la protezione di tutti gli utenti vulnerabili, compresi i minori, e fornisce le linee guida fondamentali che orientano le modalità di protezione delle persone più esposte ai pericoli online nell'UE. Pertanto, per quanto riguarda il contesto eurounitario, il DSA può costituire il testo primariamente analizzato anche in relazione al coinvolgimento dei genitori nella tutela online dei figli.

Il DSA è un regolamento di ampia portata che stabilisce gli obblighi e le responsabilità dei fornitori di servizi intermediari che consentono l'accesso a beni, servizi o contenuti, compresi i mercati online, con

ss.; Id., *La transizione digitale delle vulnerabilità e il sistema delle responsabilità*, in *Rivista italiana di medicina legale*, 2023, p. 1 ss.; Id., *Children (in the Digital Environment)*, in G. Comandé (eds.), *Elgar Encyclopedia of Law and Data Science*, 2022, p. 64 ss. Sul concetto di vulnerabilità all'interno dell'UE, cfr. G. Malgieri, *Vulnerability*, in G. Comandé (ed.), *Elgar Encyclopedia of Law and Data Science*, 2022, p. 363 ss.

[6] Si pensi, ad esempio, all'esposizione dei minori a contenuti dannosi o inappropriati, alle pratiche commerciali che sfruttano la loro vulnerabilità o al cyberbullismo.

[7] Anche la Direttiva (UE) 2018/1808 del Parlamento europeo e del Consiglio del 14 novembre 2018 recante modifica della direttiva 2010/13/UE, relativa al coordinamento di determinate disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri concernenti la fornitura di servizi di media audiovisivi (direttiva sui servizi di media audiovisivi - c.d. *Audiovisual Media Services Directive*), il Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016 relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la direttiva 95/46/CE (regolamento generale sulla protezione dei dati – c.d. GDPR) e la Proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che stabilisce norme per la prevenzione e la lotta contro l'abuso sessuale su minori (Testo rilevante ai fini del SEE) {SEC(2022) 209 final} - {SWD(2022) 209 final} - {SWD(2022) 210 final} contengono disposizioni sulla protezione dei minori online, delineando un quadro normativo frammentato e non sempre coerente. Sul punto, v. C. Di Francesco Maesa, *Digital platforms' private regulating and vulnerable users: the case of minors*, in F. Casarosa - M. Grochowski (eds.), *Enforcing Private Regulation in the Platform Economy*, 2025 (*forthcoming*). Si veda anche il compendio dei testi dell'UE relativi ai minori nel mondo digitale consultabile al seguente link <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/library/european-strategy-better-internet-kids-bik-compendium-legislation>.

[8] Regolamento (UE) 2022/2065 del Parlamento europeo e del Consiglio del 19 ottobre 2022 relativo a un mercato unico dei servizi digitali e che modifica la direttiva 2000/31/CE (regolamento sui servizi digitali – c.d. *Digital Services Act*).

l'obiettivo di contribuire al corretto funzionamento del mercato interno dei servizi intermediari, garantire un ambiente online sicuro e costruire la sovranità digitale dell'UE[9]. Il regolamento fa parte della strategia europea volta a bilanciare il rispetto dei diritti fondamentali con il perseguimento degli obiettivi economici. Il quadro normativo del DSA definisce gli obblighi secondo un sistema di cerchi concentrici, prevedendo una pervasività crescente e progressiva a seconda dei servizi forniti e delle dimensioni del fornitore[10].

Nonostante l'ampiezza dell'ambito applicativo, come anticipato il DSA è anche la normativa all'interno del diritto dell'UE che meglio delinea i principi fondamentali relativi alla garanzia della sicurezza online dei minori che interagiscono con i fornitori di servizi intermediari, e prevede norme finalizzate a proteggerli dai contenuti dannosi o potenzialmente tali, obbligando le piattaforme ad adottare misure di sicurezza adeguate[11], trattando di conseguenza anche il ruolo dei genitori (ancorché in maniera non sufficientemente approfondita; v. *infra* in questo §) ai fini della tutela della vulnerabilità digitale dei figli.

[9] Sul *Digital Services Act* si veda, *ex multis*, S. Del Gatto, *Il Digital Services Act: un'introduzione*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2023, p. 724 ss.; A. Chander, *When the Digital Services Act Goes Global,* in *Berkeley Technology Law Journal* , 2023, p. 1067 ss.; F. Casolari, *Il Digital Services Act e la costituzionalizzazione dello spazio digitale europeo*, in *Giurisprudenza Italiana*, 2024, p. 462 ss.; C. Irti, *Piattaforme digitali, contratti e protezione dei dati personali*, in *I contratti*, 2024, p. 5 ss.; G. Finocchiaro, *Responsabilità delle piattaforme e tutela dei consumatori*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2024, p. 730 ss.; G. Pascuzzi, *Il diritto dell'era digitale*, Bologna, 2024, pp. 289-302; M. Husovec, *Principles of the Digital Services Act*, 2024, Oxford; F. Hofmann - B. Raue (eds.), *Digital Services Act: Article-by-Article Commentary*, Monaco, 2024. Unitamente al *Digital Markets Act* (Regolamento (UE) 2022/1925 del Parlamento europeo e del Consiglio del 14 settembre 2022 relativo a mercati equi e contendibili nel settore digitale e che modifica le direttive (UE) 2019/1937 e (UE) 2020/1828 (regolamento sui mercati digitali), il DSA mira a costruire il c.d. mercato unico digitale; cfr., anche, J. Quinn, *Regulating Big Tech: The Digital Markets Act and the Digital Services Act*, in *Dublin Law and Politics Review*, 2021, pp. 2-4; M. L. Chiarella, *Digital Markets Act (DMA) and Digital Services Act (DSA): New Rules for the EU Digital Environment*, in *Athens Journal of Law,* 2023, p. 33 ss.

[10] S. Del Gatto, *op. cit.*, pp. 724-725.

[11] Per una panoramica sui riferimenti nel DSA ai minori e alla loro tutela si consenta di rimandare a J. Fortuna, *Minors' Digital Vulnerability in the EU and the US: A Comparison Between The Digital Services Act and The Kids Online Safety and Privacy Act*, in *Comparative Law Review*, 2025, p.115 ss. V., altresì, L. Vizzoni, *I "minori digitali" tra doveri educativi e tutele*, Bari, 2025, p. 78 ss.

Ad esempio, il DSA nella sezione 5[12] stabilisce che solo le piattaforme online di grandi dimensioni (VLOP) e i motori di ricerca online di grandi dimensioni (VLOSE)[13] dovranno prendere in considerazione i rischi sistemici relativi ai loro servizi, comprensivi degli effetti negativi (reali o potenziali) sui minori[14]. Per questo motivo i fornitori di VLOP e VLOSE devono tenere conto della capacità dei minori di comprendere la struttura e il funzionamento del servizio e di comprendere altresì il rischio di esposizione a contenuti potenzialmente dannosi[15].

Il DSA richiede però in modo generico ai VLOP e ai VLOSE di adottare misure per proteggere i minori da contenuti che potrebbero danneggiare il loro sviluppo e di fornire strumenti che consentano l'accesso condizionato a tali contenuti[16]. A tal fine, le VLOP e i VLOSE dovrebbero

[12] Sezione 5: Obblighi supplementari a carico dei fornitori di piattaforme online di dimensioni molto grandi e di motori di ricerca online di dimensioni molto grandi per la gestione dei rischi sistemici.

[13] DSA, art. 33: «Piattaforme online di dimensioni molto grandi e motori di ricerca online di dimensioni molto grandi. 1. La presente sezione si applica alle piattaforme online e ai motori di ricerca online che hanno un numero medio mensile di destinatari attivi del servizio nell'Unione pari o superiore a 45 milioni e che sono designati come piattaforme online di dimensioni molto grandi o motori di ricerca online di dimensioni molto grandi a norma del paragrafo 4. […] 4. La Commissione, previa consultazione dello Stato membro di stabilimento o tenuto conto delle informazioni fornite dal coordinatore dei servizi digitali del luogo di stabilimento a norma dell'articolo 24, paragrafo 4, adotta una decisione che designa come piattaforma online di dimensioni molto grandi o motore di ricerca online di dimensioni molto grandi ai fini del presente regolamento la piattaforma online o il motore di ricerca online con un numero medio mensile di destinatari attivi del servizio pari o superiore al numero di cui al paragrafo 1 del presente articolo. La Commissione adotta la propria decisione sulla base dei dati comunicati dal fornitore della piattaforma online o del motore di ricerca online a norma dell'articolo 24, paragrafo 2, o delle informazioni richieste a norma dell'articolo 24, paragrafo 3, e di qualsiasi altra informazione a sua disposizione».

[14] DSA, art. 34, par. 1, let. (d): «Valutazione del rischio 1. I fornitori die piattaforme online di dimensioni molto grandi e di motori di ricerca online di dimensioni molto grandi individuano, analizzano e valutano con diligenza gli eventuali rischi sistemici nell'Unione derivanti dalla progettazione o dal funzionamento del loro servizio e dei suoi relativi sistemi, compresi i sistemi algoritmici, o dall'uso dei loro servizi. […] La valutazione del rischio deve essere specifica per i loro servizi e proporzionata ai rischi sistemici, tenendo in considerazione la loro gravità e la loro probabilità, e deve comprendere i seguenti rischi sistemici: […] (d) qualsiasi effetto negativo, attuale o prevedibile, in relazione alla violenza di genere, alla protezione della salute pubblica e dei minori e alle gravi conseguenze negative per il benessere fisico e mentale della persona».

[15] DSA, considerando (81). Tali rischi possono anche derivare dalla progettazione delle stesse interfacce online, che potrebbero sfruttare (intenzionalmente o meno) le vulnerabilità e l'inesperienza dei minori.

[16] Cfr. DSA, considerando (89).

quindi fornire strumenti che consentano, ad esempio, la verifica dell'età e il controllo parentale[17], anche eventualmente per permettere il solo accesso

[17] Per una panoramica sulle misure tecniche attivabili dai genitori per tutelare i propri figli online v. F. D'Ambrogio, *Parental control: accorgimenti tecnici per escludere la fruizione da parte dei minori di contenuti classificati a visione non libera*, in *Familia*, 2018, p. 25 ss.; E. Battelli, *Minori e nuove tecnologie*, in E. Battelli (a cura di), *Diritto privato delle persone minori di età. Diritti, tutele, nuove vulnerabilità*, Torino, 2021, p. 111 ss.; B. Agostinelli, *Autonomia e controllo dei minori on line. I nuovi confini della responsabilità genitoriale*, in *Rivista italiana di informatica e diritto*, 2024, in particolare p. 424 ss.; in tema di *parental control*, sia consentito rimandare anche a J. Fortuna - N. Patti, *Children's Rights and the Cinematic Experience in the Digital Age: Addressing Regulatory Challenges*, in *Opinio Juris in Comparatione*, 2025, pp. 1-53. Sul tema della effettiva tutela dei minori nel mondo digitale cfr. A. Thiene, *I diritti della personalità dei minori nello spazio virtuale*, in *Annali online della Didattica e della Formazione Docente*, 2017, p. 26 ss. Il riferimento al controllo parentale viene fatto con pari genericità anche nella proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che stabilisce norme per la prevenzione e la lotta contro l'abuso sessuale su minori {SEC(2022) 209 final} - {SWD(2022) 209 final} - {SWD(2022) 210 final}, che al considerando (16) prevede: «Al fine di prevenire e contrastare efficacemente l'abuso sessuale su minori online, è opportuno che i prestatori di servizi di hosting e i prestatori di servizi di comunicazione interpersonale accessibili al pubblico prendano misure ragionevoli per attenuare il rischio che i loro servizi siano usati impropriamente a fini di tale abuso, come individuato dalla valutazione del rischio. I prestatori soggetti all'obbligo di prendere misure di attenuazione a norma del regolamento (UE) .../... [relativo a un mercato unico dei servizi digitali (normativa sui servizi digitali) e che modifica la direttiva 2000/31/CE] possono considerare in qual misura le misure di attenuazione disposte per conformarsi a tale obbligo, come quelle mirate alla tutela dei diritti dei minori, ad esempio strumenti di verifica dell'età e di controllo parentale, possano servire anche a gestire il rischio individuato nella valutazione specifica prevista dal presente regolamento, e in qual misura possano rendersi necessarie altre misure di attenuazione mirate per conformarsi al medesimo regolamento». In relazione all'accesso in generale dei minori e al ruolo dei genitori, risulta utile anche richiamare il provvedimento adottato dal Garante per la protezione dei dati personali verso ChatGPT in data 30/03/2023 (consultabile al seguente link <https://www.gpdp.it/web/guest/home/docweb/-/docweb-display/docweb/9870832>), con il quale era stata disposta, con effetto immediato, la limitazione provvisoria del trattamento dei dati degli utenti italiani nei confronti di OpenAI, la società statunitense che ha sviluppato e gestisce la piattaforma. Il provvedimento, infatti, era stato motivato anche dall'assenza di qualsivoglia verifica dell'età degli utenti in relazione al servizio che, secondo i termini pubblicati da OpenAI L.L.C., è riservato a soggetti che abbiano compiuto almeno 13 anni, ed era stato altresì motivato dall'assenza di filtri per i minori di età di 13 anni, che espone gli stessi a risposte assolutamente inidonee rispetto al grado di sviluppo e autoconsapevolezza degli stessi (sul tema della consapevolezza digitale del minore, cfr. I. Cortoni, *La questione della consapevolezza digitale nei minori*, in M. Bianca (a cura di), *The best interest of the child*, Roma, 2021, p. 189 ss.). Il trattamento dei dati personali degli utenti (compresi i minori) e degli interessati i cui dati erano utilizzati dal servizio si poneva dunque in violazione degli artt. 5, 6, 8, 13 e 25 del

alle piattaforme, nonché fornire strumenti che consentano ai minori di segnalare abusi o di ottenere il sostegno dei genitori per affrontare il caso specifico[18]. Senonché, è evidente tanto il richiamo solo generico al coinvolgimento parentale quanto il fatto che lo stesso non sia previsto per i

GDPR. Con provvedimento dell'11/04/2023 (consultabile al seguente link <https://www.gpdp.it/web/guest/home/docweb/-/docweb-display/docweb/9874702>), il Garante per la protezione dei dati personali chiedeva che ChatGPT rendesse obbligatorio per tutti gli utenti che si collegavano dall'Italia, ivi inclusi quelli già registrati, di superare, in sede di primo accesso, un age gate che escludesse, sulla base dell'età dichiarata, gli utenti minorenni (punto 7 del provvedimento) e chiedeva altresì la sottoposizione al Garante, entro il 31 maggio 2023, di un piano per l'adozione di strumenti di *age verification* idoneo a escludere l'accesso al servizio agli utenti infratredicenni e a quelli minorenni in assenza di un'espressa manifestazione di volontà da parte di chi esercita sugli stessi la responsabilità genitoriale (punto 8). Con comunicato stampa del 28 aprile 2023 (consultabile al seguente link <https://www.gpdp.it/web/guest/home/docweb/-/docweb-display/docweb/9881490>), il Garante faceva sapere che ChatGPT aveva inserito nella schermata di "benvenuto" riservata agli utenti italiani già registrati al servizio un pulsante attraverso il quale, per riaccedere al servizio, era necessario dichiarare di essere maggiorenni o ultratredicenni e, in questo caso, di avere il consenso dei genitori, e che ChatGPT aveva anche inserito nella maschera di registrazione la richiesta della data di nascita, prevedendo un blocco alla registrazione per gli utenti infratredicenni oltreché, nell'ipotesi di utenti ultratredicenni ma minorenni, la necessaria conferma di avere il consenso dei genitori all'uso del servizio.

[18] Cfr. DSA, art. 35, par. 1 (j).

prestatori di servizi intermediari[19] che non rientrano tra le VLOP e i VLOSE[20].

La genericità e la poca precisione nella individuazione delle misure per la protezione dei minori rendono in realtà difficile anche per le VLOP e i VLOSE stessi capire quali siano effettivamente le misure adeguate da adottare e tale problema si riverbera anche sull'incertezza che caratterizza le modalità di moderazione dei contenuti potenzialmente dannosi presenti nelle piattaforme[21].

Va osservato, infine, come anche i *social media* iniziano a percepire la necessità di normative europee maggiormente specifiche rivolte alla tutela della vulnerabilità dei minori e che impongano l'effettivo coinvolgimento dei genitori. Infatti, Instagram ha chiesto nel maggio 2025 una normativa

[19] Il DSA ha un ambito di applicazione più ampio, che riguarda tutti i fornitori di servizi di intermediazione, compresi i fornitori di servizi di "semplice trasporto", "memorizzazione temporanea" e "memorizzazione" di informazioni. Sul punto, si veda DSA, artt. 4, 5 e 6. Peraltro, gli intermediari che rientrano nelle predette categorie godono di una esenzione dalla responsabilità a determinate condizioni. Infatti, il regolamento stabilisce che i fornitori di servizi che svolgono un ruolo "passivo" rispetto alle informazioni specifiche ospitate sono esenti da responsabilità per le informazioni fornite da un destinatario del servizio. Va inoltre notato che l'articolo 8 della DSA, relativo all'assenza di obblighi generali di monitoraggio o di ricerca attiva dei fatti, stabilisce che «Ai prestatori di servizi intermediari non è imposto alcun obbligo generale di sorveglianza sulle informazioni che tali prestatori trasmettono o memorizzano, né di accertare attivamente fatti o circostanze che indichino la presenza di attività illegali». Su questo aspetto v. G. Pascuzzi, *op. cit.*, pp. 295-296. Tuttavia, sull'esenzione di responsabilità per gli intermediari che agiscono come facilitatori della comunicazione e sul concetto di passività, si veda anche G. Sartor, *Providers Liability: From the eCommerce Directive to the future'. In-Depth Analysis for the IMCO Committee*, 2017, consultabile al seguente link< https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2017/614179/IPOL_IDA(2017)614179_EN.pdf>, p. 24 e 26: «[…] we must abandon the view that only "passive" intermediaries should be protected, i.e., the view that intermediaries that take a "non-passive", or active role" – by indexing user-generated content, or linking advertising to it, or determining what results will be provided to user queries – should lose their protection from secondary liability. What justifies the exemption from secondary liability is not the passivity of intermediaries, but rather their function as communication enablers. This function would be incompatible with initiating the communications at issue, but may allow or even require playing an active role in creating an environment in which users' communications can be delivered and made accessible».

[20] Per la definizione di VLOP e VOLSE v., *supra*, nota n. 13.

[21] Sul punto, sia consentito rimandare a J. Fortuna, *Minors' Digital Vulnerability in the EU and the US: A Comparison Between The Digital Services Act and The Kids Online Safety and Privacy Act*, cit., p. 129 ss.

europea che preveda la verifica dell'età e l'approvazione dei genitori negli app store, dove le app vengono normalmente scaricate dai minori[22].

Instagram ha iniziato a collaborare attivamente con altri attori del settore, *policy maker*, membri della società civile, genitori ed esperti, sostenendo che l'UE necessita di *standard* coerenti per tutte le *app*, al fine di contribuire a tutelare i *teenager*, rafforzare il ruolo dei genitori e proteggere la *privacy* dei minori. Un unico *standard* per la verifica dell'età e l'approvazione dei genitori negli *app store* darebbe, infatti, più controllo ai genitori stessi, che potrebbero così svolgere un ruolo più attivo nella protezione dei figli online[23].

3. *KOSA e* parental control

Gli Stati Uniti hanno avviato sin dal 2023 un *iter* legislativo finalizzato all'approvazione di una legge specificamente volta a tutelare la sicurezza dei minori online, il cui testo era stato approvato dal Senato statunitense il 30 luglio 2024[24] con la denominazione di "Kids Online Safety and Privacy Act"[25] (di seguito KOSPA) in attesa di un possibile voto favorevole anche

[22] Consultabile al seguente link: <https://about.instagram.com/it-it/approvazionedeigenitori >. Instagram riporta come un sondaggio condotto da Morning Consult (consultabile al seguente link: <https://pro-assets.morningconsult.com/wp-uploads/2024/11/Euro-Parents-Study-on-Teen-App-Downloads_Memo.pdf>) indica che tre genitori su quattro, negli otto Paesi europei presi in esame (Francia, Italia, Danimarca, Germania, Spagna, Polonia, Irlanda e Paesi Bassi), sono a favore di una normativa che preveda l'approvazione dei genitori per il download di app da parte dei teenager.

[23]Consultabile al seguente link: <https://about.instagram.com/it-it/approvazionedeigenitori>.

[24] *Statement on Senate Passage of the Kids Online Safety and Privacy Act*, DCPD Number: DCPD202400658, July 30, 2024: «Today the Senate took a crucial bipartisan step forward to make our kids safer online. There is undeniable evidence that social media and other online platforms contribute to our youth mental health crisis. Today, our children are subjected to a wild west online, and our current laws and regulations are insufficient to prevent this. It is past time to act. […] The last time Congress took meaningful action to protect children and teenagers online was in 1998, before the ubiquity of social media and smartphones. Our kids have been waiting too long for the safety and privacy protections they deserve and which this bill would provide. This is more important than ever with the growing use of AI».

[25] Consultabile al seguente link: < https://www.congress.gov/bill/118th-congress/senate-bill/2073/text>.

da parte della Camera dei Rappresentanti[26]. Votata a larghissima maggioranza, con 91 voti a favore e 3 contrari, la legge aveva goduto del sostegno *bipartisan* al Senato, il che sembrava presagire un'approvazione anche alla Camera.

Il KOSPA riuniva leggi che avevano iniziato il loro *iter* separatamente al Congresso: il KOSA (*Kids' Online Safety Act*)[27] e il COPPA 2 (*Children Online Privacy Protection Act 2*)[28], che era un aggiornamento del *Children Online Privacy Protection Act* del 1998[29]. Il KOSPA mirava a proteggere la vulnerabilità digitale dei minori e a prevenire pericoli e danni specifici che gli stessi potrebbero subire (ad esempio, ansia, depressione, bullismo, ecc.)[30]. A tal fine, la sezione 103 trattava delle specifiche forme di salvaguardia a garanzia della loro sicurezza, prevedendo che, qualora le piattaforme fossero consapevoli che la persona che interagiva con loro fosse

[26] Per un'analisi comparatistica del KOSPA, si consenta di rimandare a J. Fortuna, *Minors' Digital Vulnerability in the EU and the US: A Comparison Between The Digital Services Act and The Kids Online Safety and Privacy Act*, cit., p.115 ss.

[27]Consultabile al seguente link: <https://www.congress.gov/bill/118th-congress/senate-bill/1409/text>.

[28] Consultabile al seguente link: < https://www.congress.gov/bill/118th-congress/senate-bill/1418/text>.

[29] *Children's Online Privacy Protection Act of 1998*, 15 U.S.C. 6501–6505 (COPPA); sul COPPA e sulla necessità di una sua riforma, v. A. Parra, *Coping with COPPA: Exploring Alternatives to the Children's Online Privacy Protection Act*, in *Indiana Journal of Law and Social Equality*, 2024, pp. 193-208. Sull'inadeguatezza delle attuali normative statunitensi per la protezione della *privacy* online dei minori, si veda S. Steinberg, *The Myth of Children's Online Privacy Protection*, in *SMU Law Review*, 2024, p. 441 ss. Per alcuni approfondimenti sul futuro della legge statunitense sulla *privacy* nel contesto digitale: E. Lampmann-Shaver, *Privacy's next Act*, in *Washington Journal of Law, Technology & Arts*, 2024, p. 97 ss.

[30]La Sec. 102 stabilisce che una piattaforma deve occuparsi adeguatamente della creazione e dell'implementazione di qualsiasi caratteristica di progettazione utile a prevenire e mitigare i danni ai minori. Tali danni possono riguardare disturbi della salute mentale (come ansia, depressione, disturbi alimentari, uso di sostanze e comportamenti suicidi), modelli di utilizzo che incoraggiano alle dipendenze, violenza fisica, bullismo online e molestie. Il danno può essere causato anche dallo sfruttamento e dall'abuso sessuale dei minori, dalla promozione di stupefacenti, tabacco, gioco d'azzardo o alcol e da pratiche di marketing predatorie, sleali o ingannevoli. Il c.d. "*duty of care*" del KOSPA mira anche a limitare i danni finanziari ai minori (cfr. KOSPA, Sec. 102. *Duty of care*, (a), no. (1)-(6)). La Sec. 102 specifica, tuttavia, che la protezione da parte delle piattaforme non può in alcun caso impedire o precludere ai minori la possibilità di ricercare autonomamente contenuti o accedere a risorse e informazioni volte alla prevenzione o alla riduzione del danno (cfr. KOSPA, SEC. 102. *Duty of care*, (b)).

un minore, dovevano fornire misure di protezione facilmente accessibili e di semplice utilizzo[31].

Il KOSPA, tuttavia, nonostante gli sforzi profusi[32], non è stato approvato in tempo dal 118° Congresso e, a seguito della rielezione di Donald Trump nel novembre del 2024 a Presidente degli USA, il Senato nel corso del 2025 ha riproposto la sua versione della normativa con la denominazione (nuovamente) di *Kids Online Safety Act* (KOSA) all'interno del 119° Congresso[33], mentre il COPPA 2.0 è stato riproposto separatamente[34].

Il KOSA per come reintrodotto mantiene in gran parte la formulazione della versione presentata nel 118° Congresso, riproponendo gli obblighi per le piattaforme interessate di proteggere i minori e mitigare i potenziali danni. Senonché la nuova versione del KOSA include una parte aggiuntiva nella Sezione 102 che impedisce agli enti governativi di limitare indiscriminatamente la libertà di parola e di espressione, nel rispetto del Primo Emendamento della Costituzione[35]. Tali modifiche erano state annunciate per la prima volta già nel dicembre 2024 dei senatori Blackburn e Blumenthal, secondo i quali, infatti, le modifiche mirano a salvaguardare la libertà di espressione online, garantendo che la normativa e in particolare

[31] Ad esempio, devono limitare la capacità di altri utenti o visitatori di comunicare con il minore e impedire loro di visualizzare i dati personali raccolti o condivisi sulla piattaforma, in particolare limitando l'accesso pubblico a tali dati. Cfr. KOSPA, Sec. 103, (a), (1). (A) e (B).

[32] Cfr. B. Graves, *Senate Reintroduces Kids Online Safety Act*, in *Educause Review*, 21 luglio 2025, consultabile al seguente link: <https://er.educause.edu/articles/2025/7/senate-reintroduces-kids-online-safety-act>; B. Graves, *Senate Reintroduces Children and Teens' Online Privacy Protection Act*, in *Educause Review*, 10 aprile 2025, consultabile al seguente link: <https://er.educause.edu/articles/2025/4/senate-reintroduces-children-and-teens-online-privacy-protection-act>.

[33] *Kids Online Safety Act*, S. 1748, 119th Congress (2025), consultabile al seguente link: <https://www.congress.gov/bill/119th-congress/senate-bill/1748/text>.

[34] *Children and Teens' Online Privacy Protection Act*, S. 836, 119th Congress (2025), consulatbile al seguente link: <https://www.congress.gov/bill/119th-congress/senate-bill/836/text>.

[35] KOSA, Sec. 102, (b), (2): «Nothing in this section shall be construed to allow a government entity to enforce subsection (a) based upon the viewpoint of users expressed by or through any speech, expression, or information protected by the First Amendment to the Constitution of the United States».

il *duty of care* contenuto nella Sec. 102 non vengano utilizzati per soffocare la libertà di espressione degli utenti[36].

Il nuovo KOSA, a differenza del DSA, analizza specificamente gli strumenti di controllo parentale per proteggere i figli, in modo che i genitori possano supportarli nell'utilizzo della piattaforma, specialmente per quanto riguarda la capacità di gestire la privacy e le impostazioni dell'account[37]. I genitori devono anche avere la possibilità di limitare gli acquisti e le transazioni finanziarie effettuate dalla loro prole, oltreché di visualizzare le metriche del tempo totale trascorso sulla piattaforma e di porre un limite al tempo di utilizzo[38].

Per quanto riguarda i meccanismi di segnalazione (che possono essere attivati dai genitori, dai minori e dalle scuole), anche in questo caso le piattaforme sono tenute a fornire uno strumento facilmente accessibile per consentire la presentazione in modo semplice di segnalazioni di danni subiti, creando quindi a tal fine un c.d. "punto di contatto elettronico specifico"[39]. Pertanto, una piattaforma deve stabilire un processo interno tempestivo ed efficace per ricevere e rispondere a tali segnalazioni[40].

Prima della registrazione di una persona che la piattaforma sa essere minorenne, essa deve fornire informazioni chiare, ben visibili e di facile comprensione sulle politiche e le pratiche della piattaforma stessa in materia di tutela dei minori e sull'accesso agli strumenti di controllo parentale, nonché informazioni sul possibile utilizzo o fornitura di un prodotto, servizio o funzionalità (compreso qualsiasi sistema di raccomandazione personalizzato) che presenti un rischio elevato di danno per i minori[41]. Una piattaforma che gestisce un sistema di raccomandazione personalizzato

[36] V. Marsha Blackburn - Richard Blumenthal, Blackburn, Blumenthal Statement on New 'X' Negotiation KOSA Text, in *Marsha Blackburn U.S. Senator for Tennessee (website)*, December 7, 2024, (consultabile al seguente link:<https://www.blackburn.senate.gov/2024/12/issues/technology/blackburn-blumenthal-statement-on-new-x-negotiated-kosa-text>); cfr. altresì quanto riportato al seguente link <https://er.educause.edu/articles/2025/7/senate-reintroduces-kids-online-safety-act#fn3>.

[37] KOSA, Sec. 103, (b), (1), (2), (A).

[38] KOSA, Sec. 103, (B) e (C). Inoltre, una piattaforma deve fornire un avviso chiaro e visibile quando gli strumenti di controllo parentale descritti sono attivi e informazioni su quali impostazioni e controlli sono applicati. La piattaforma deve prevedere che, nel caso di un utente che la piattaforma sa essere un bambino (fino a 13 anni di età), gli strumenti siano abilitati per impostazione predefinita; cf., Sec. 103, (3) e (4).

[39] KOSA, Sec. 103, (c), (1), (A) e (B); Inoltre, è necessario fornire una conferma di ricezione del report e una risposta a chi lo ha presentato; cf. KOSA, Sec. 103, (c), (1), (C).

[40] KOSA, Sec. 103, (c), (2). Si vedano anche lett. (A), (B) e (C) per i tempi specifici.

[41] KOSA, Sec. 104 (a), (1).

deve inoltre specificare nei propri termini e condizioni le modalità di funzionamento di tale sistema, compreso il modo in cui tratta i dati personali; devono, altresì, essere fornite informazioni sulle modalità con cui i minori (o i loro genitori) possono rinunciare al sistema di raccomandazione personalizzato o gestirlo[42].

Il KOSA si concentra anche sulle disposizioni specifiche per la protezione dei minori di età inferiore ai 13 anni, denominati "bambini"[43]. In tal caso, infatti, la piattaforma dovrà fornire ulteriori informazioni sugli strumenti e sulle modalità di tutela parentale richiesti ai sensi della Sezione 103 e ottenere il consenso verificabile[44] del genitore prima dell'utilizzo iniziale del servizio da parte del bambino[45].

Risulta evidente, pertanto, sia la specificità del KOSA sulle forme di tutela dei minori nell'ambiente digitale sia il coinvolgimento dei genitori che la nuova regolamentazione americana tenta di valorizzare, prevedendo strumenti maggiormente chiari per aumentare il controllo parentale sulle attività online dei figli.

4. *Alcuni recenti d.d.l. italiani sulla tutela online del minore e sul ruolo dei genitori per garantire la sicurezza digitale dei figli*

Attualmente, anche in Italia risultano presenti una serie di disegni di legge che mirano alla tutela dei minori online attraverso l'introduzione di nuovi strumenti di protezione rivolti ai c.d. "nativi digitali"[46]. Fra questi, risulta utile segnalare in particolare i quattro disegni di legge abbinati (AA.C.

[42] KOSA, Sec. 104 (b). Una piattaforma deve fornire ai minori e ai genitori informazioni chiare, evidenti, di facile comprensione e complete in una posizione ben visibile sulle sue politiche e pratiche in materia di protezione dei minori richieste dalla Sec. 103 e sulle modalità di accesso alle forme di tutela e agli strumenti richiesti dalla Sec. 103; su questo punto, v. KOSA, Sec. 104 (d).

[43] KOSA, Sec. 101, (1): «Child. The term 'child' means an individual who is under the age of 13».

[44] Come definito nella Section 1302 del Children's Online Privacy Protection Act of 1998 (15 USC 6501).

[45] KOSA, Sec. 104 (a), (2), (A).

[46] A. Astone, *I dati personali dei minori in rete. Dall'Internet delle cose all'Internet delle persone*, Milano, 2019, p. 5 ss. L. Vizzoni in *I "minori digitali" tra doveri educativi e tutele*, *op. cit.*, a p. 61 chiarisce che l'espressione "nativi digitali" è stata coniata da Marc Prensky nel 2001 per indicare i soggetti nati a partire dalla fine del 1990, che hanno appreso sin da subito il linguaggio informatico e acquisito disinvoltura nell'uso degli strumenti digitali derivata dal contatto quotidiano con gli stessi.

1217, 1771, 1800 e 1863) «in materia di minori e Internet, con riferimento particolare all'accesso alle piattaforme e all'uso dell'immagine dei minori»[47] e il d.d.l. n. 1136[48], all'interno dei quali sembra possibile osservare anche il tentativo di sottolineare il ruolo dei genitori nella tutela della vulnerabilità dei figli.

Tali d.d.l. si concentrano innanzitutto (ma non solo, come si vedrà di seguito in questo paragrafo) sulla sicurezza dei minori. Invero, la proposta di legge n. 1217[49] consta di 3 articoli, innalza di un anno (da 14 a 15 anni) l'età minima per il consenso digitale[50] e prevede l'individuazione di servizi di comunicazione elettronica[51] (l'accesso ai quali viene ristretto in base

[47] Consultabile al seguente link: <https://documenti.camera.it/leg19/dossier/Pdf/TR0109.pdf>.

[48] D.d.l. contenente "Disposizioni per la tutela dei minori nella dimensione digitale", presentato il 13 maggio 2024.

[49] (Modifiche al codice in materia di protezione dei dati personali, di cui al decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196, in materia di verifica dell'età degli utenti dei servizi di comunicazione elettronica, e altre disposizioni per la tutela dei minori nella fruizione di tali servizi).

[50] Con il termine "consenso digitale" si intende il consenso al trattamento dei dati personali per i servizi della società dell'informazione; v. quanto riportato al seguente link >https://documenti.camera.it/leg19/dossier/Pdf/TR0109.pdf>, p.15. Si ricorda che la disciplina europea sul trattamento dei dati personali, di cui al regolamento UE n. 2016/679 (c.d. GDPR), prevede che l'età minima per l'espressione del consenso al trattamento dei dati online è di sedici anni e, al di sotto di tale età, il consenso deve essere prestato dai genitori. È tuttavia previsto che gli Stati membri possano stabilire una soglia d'età minima differente ma comunque non inferiore a 13 anni (Cfr. GDPR, considerando n. 38, art. 8, par. 1 e art. 8, par 3.). Sul tema del diritto europeo sul trattamento dei dati personali dei minori cfr. A. Annoni - A. Thiene (a cura di), *Minori e privacy. La tutela dei dati personali dei bambini e degli adolescenti alla luce del Regolamento (UE) 2016/679*, Napoli, 2019; V. Montaruli, *La protezione dei dati personali e il minore*, in V. Cuffaro - R. D'Orazio - V. Ricciuto (a cura di), *I dati personali nel diritto europeo*, Milano, 2019, p. 275 ss.; C. Camardi, *Relazione di filiazione e privacy. Brevi note sull'autodeterminazione del minore*, in *Jus civile*, 2018, p. 827 ss.; F. Naddeo, *Il consenso al trattamento dei dati personali del minore*, in *Dir. informaz. informatica*, 2018, p. 27 ss. In Italia, il codice in materia di protezione dei dati personali, di cui al d.lgs. n. 196/2003, stabilisce che l'età minima per l'espressione del consenso è di 14 anni, ma la normativa attualmente vigente non prevede sistemi di controllo sull'effettiva età degli utilizzatori dei siti internet e, quindi, dei social media. Sul codice della *privacy* italiano, v. R. Sciaudone (a cura di), *Commentario al codice della privacy – Commento al d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196 e al d.lgs. 10 agosto 2018, n. 101 alla luce del regolamento (UE) 2016/679 (GDPR)*, Pisa, 2023.

[51] *Ex* D.lgs. n. 259 del 2003, art. 2, comma 1, lettera fff) (il c.d. Codice delle comunicazioni elettroniche) per servizi di comunicazione elettronica si intendono i servizi, forniti di norma a pagamento su reti di comunicazioni elettroniche, che comprendono, con l'eccezione dei servizi che forniscono contenuti trasmessi utilizzando reti e servizi di

all'età) che comportano maggiori rischi per la salute fisica e mentale, nonché per la sicurezza e l'incolumità dei minori. Il d.d.l. prevede anche per i gestori dei servizi l'obbligo di verificare l'età degli utenti e le relative sanzioni in caso di mancato rispetto di tale obbligo.

In relazione al ruolo dei genitori l'art. 1[52] del d.d.l., con riguardo ai servizi della società dell'informazione[53], prevede che «il trattamento dei dati personali […] del minore di età inferiore a quindici anni è lecito a condizione che il consenso sia prestato, anche in modalità disgiunta, dai titolari della responsabilità genitoriale o, in loro assenza, dal tutore, fatta salva l'applicazione delle pertinenti disposizioni processuali in caso di disaccordo. […] È illecito l'accesso dei minori di anni tredici ai servizi di comunicazione elettronica, individuati con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri, che comportano maggiori rischi per la salute fisica e mentale dei minori e per la loro sicurezza e incolumità. L'accesso a questi servizi è lecito, fatta salva l'esclusione di quelli riservati a cittadini maggiorenni: a) per i minori di età compresa tra tredici e quindici anni, con il consenso congiunto dei titolari della responsabilità genitoriale o, in loro assenza, del tutore»[54].

comunicazione elettronica o che esercitano un controllo editoriale su tali contenuti, i tipi di servizi seguenti: 1. servizio di accesso a internet quale definito all'articolo 2, secondo comma, punto 2), del regolamento (UE) 2015/2120; 2. servizio di comunicazione interpersonale; 3. servizi consistenti esclusivamente o prevalentemente nella trasmissione di segnali come i servizi di trasmissione utilizzati per la fornitura di servizi da macchina a macchina e per la diffusione circolare radiotelevisiva.

[52] L'art. 1 è rubricato "Verifica dell'età e tutela dei minori utenti dei servizi di comunicazione elettronica".

[53] Ex art. 4 GDPR, il servizio della società dell'informazione è quello definito all'art. 1, par. 1, lett. b, direttiva UE 2015/1535 del Parlamento europeo e del Consiglio, ossia qualsiasi servizio prestato normalmente dietro retribuzione, a distanza, per via elettronica e a richiesta individuale di un destinatario di servizi.

[54] L'articolo così prosegue: «previa verifica dei relativi attributi specifici attraverso soluzioni tecniche offerte da fornitori di servizi fiduciari accreditati ai sensi del regolamento (UE) n. 910/2014 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 luglio 2014, e del codice dell'amministrazione digitale, di cui al decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82».

Per ciò che riguarda il controllo parentale[55], l'art. 2. (rubricato "Applicazioni di controllo parentale[56] nei dispositivi di comunicazione elettronica") prevede che: «1. I produttori di dispositivi abilitati all'utilizzo di servizi di comunicazione elettronica che danno accesso a contenuti o a modalità di interazione tra gli utenti che possono nuocere alla salute fisica e mentale dei minori e mettere a rischio la loro sicurezza e incolumità, all'atto dell'immissione di tali dispositivi sul mercato garantiscono nei sistemi operativi installati la disponibilità di applicazioni di controllo parentale. 2. L'attivazione delle applicazioni di cui al comma 1 è offerta al momento della prima messa in servizio del dispositivo, senza alcun costo aggiuntivo per l'utente. I dati personali raccolti o generati durante l'attivazione delle applicazioni non possono essere utilizzati per finalità commerciali».

Le citate fome di controllo parentale prese in considerazione dal d.d.l. sono strumenti, impostazioni o funzioni che consentono ai genitori di monitorare o limitare l'accesso dei propri figli a contenuti e attività online che potrebbero rivelarsi potenzialmente dannosi o comunque inappropriati. Il controllo parentale può applicarsi a dispositivi come computer, smartphone, console di gioco ma anche a piattaforme online che offrono servizi di *streaming* e può abilitare funzioni che consentono di limitare il tempo trascorso online, di bloccare siti *web*, applicazioni o funzioni specifiche, e di monitorare attività svolte sui social media o su applicazioni di messaggistica[57].

Il d.d.l n. 1136 (che contiene disposizioni analoghe al d.d.l. n. 1863[58] e che per questo motivo gode di un sostegno *bipartisan* in Parlamento) prevede altresì degli obblighi per i fornitori di servizi della società

[55] All'interno dell'ordinamento italiano il d.l. n. 123 del 2023 (c.d. Decreto Caivano), recante misure urgenti di contrasto al disagio giovanile, alla povertà educativa e alla criminalità minorile, nonché per la sicurezza dei minori in ambito digitale, convertito con legge n. 159/2023, all'art. 13 definisce al co.1, lett. a) il controllo parentale come: «la possibilità di limitare e controllare, da parte dei genitori o di coloro che esercitano la responsabilità genitoriale, l'accesso ai contenuti e/o alla rete da parte dei minori, mediante la scelta degli spazi digitali e dei tempi di utilizzo».

[56] Il d.l. n. 123 del 2023 (c.d. Decreto Caivano), convertito con legge n. 159/2023, all'art. 13 definisce al co.1, lett. c) le applicazioni di controllo parentale: «elementi esterni a dispositivi di comunicazione elettronica, soluzioni a livello di rete o applicazioni o software per dispositivi di comunicazione elettronica, facilmente comprensibili e accessibili agli utenti, che consentano il controllo parentale».

[57] Consultabile al seguente link <https://documenti.camera.it/leg19/dossier/Pdf/TR0109.pdf >, p. 20.

[58] Presentato il 13 maggio 2024 e denominato: "Disposizioni per la tutela dei bambini e degli adolescenti nell'utilizzo degli strumenti digitali".

dell'informazione con l'obiettivo di tutelare i minori dai pericoli online. Tra tali obblighi vi sono la verifica dell'età degli utenti e l'introduzione di una funzionalità che consenta ai minori di 15 anni l'attivazione istantanea di un canale di comunicazione vocale o testuale con il numero di emergenza per l'infanzia (art. 6, "Ampliamento del numero di emergenza infanzia 114").

Per ciò che riguarda in particolare il coinvolgimento parentale, il d.d.l. tratta dei contratti conclusi tra i fornitori dei servizi della società dell'informazione e i minori, prevedendo la nullità di contratti conclusi con i minori di 15 anni a meno che il consenso non sia stato validamente prestato dai genitori. Invero, l'art. 3[59] prevede che «1. I contratti con i fornitori di servizi della società dell'informazione conclusi da minori di quindici anni sono nulli e non possono rappresentare idonea base giuridica per il trattamento dei dati personali[60] […]. 2. In deroga a quanto previsto dal comma 1, i contratti con i fornitori di servizi della società dell'informazione stipulati con minori di quindici anni sono validi quando sono stati conclusi per conto di questi ultimi da chi ne esercita la responsabilità genitoriale o ne è tutore».

La norma pare innanzitutto superare il limite dei quattordici anni per la valida prestazione del consenso al trattamento dei dati personali nell'ambito delle società dell'informazione, previsto dall'art. 2-quinquies, 1° c., d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196, che, non a caso, viene abrogato dall'art. 4 della stessa proposta di legge. Invero, il comma 1 dell'art. 3, nel prevedere la nullità dei contratti conclusi tra i fornitori di servizi della società dell'informazione e i minori di quindici anni, sancisce anche la relativa inidoneità a rappresentare una base giuridica per il trattamento dei dati personali ex art. 6, par. 1, lett. b), GDPR. Peraltro, dal negare al minore che non abbia compiuto i quindici anni la possibilità di concludere contratti di acquisto/fornitura di servizi della società dell'informazione deriva anche il divieto di iscrizione a social network, di download di app per smartphone e di acquisto di videogiochi (ancorché adatti alla fascia di età in cui il minore si colloca) senza il consenso del genitore[61].

È opportuno notare, inoltre, che la norma prevede la nullità dei predetti contratti come forma di invalidità; senonché, nel codice civile il rimedio prescelto per i contratti conclusi dal minore è l'annullabilità[62]. La previsione della nullità da parte del legislatore potrebbe tradire la volontà di

[59] Rubricato "Validità dei contratti per i servizi della società dell'informazione".

[60] Ai sensi dell'articolo 6, paragrafo 1, lettera b), del regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 aprile 2016 (c.d. GDPR).

[61] L. Vizzoni, *op. cit.*, pp. 98-100.

[62] Cfr. art 1425, co. 1 c.c. e art. 2 c.c.

richiamare la forma di invalidità riservata alla tutela del consumatore, anche se la nullità prescritta dal d.d.l. non ha i tratti di una nullità di protezione[63] e quindi deducibile solo ad opera della parte a tutela della quale l'invalidità è comminata, bensì di nullità ordinaria[64].

Vi sono però temi ulteriori legati ai minori che i d.d.l. trattano, che si aggiungono alla già citata esigenza di tutelare direttamente la sicurezza online del minore e che coinvolgono i genitori, cioè i fenomeni dei cosiddetti *baby influencers*[65] e dello *sharenting*[66]. Essi comportano l'impiego di minori nell'ambito di piattaforme digitali per la produzione e/o condivisione di contenuti multimediali rispettivamente per finalità di lucro (nel caso dei *baby influencers*, che sono *content creators* a tutti gli effetti) o per finalità ludico-relazionali (nel caso dello *sharenting*, dove i genitori condividono l'immagine dei figli). Tuttavia, tale distinzione non appare sempre così netta quando vi siano delle sponsorizzazioni di prodotti all'interno di contenuti condivisi dai genitori che prevedano la presenza dei figli, a fronte della inevitabile componente economica legata all'utilizzo del minore anche al fine di generare (direttamente o indirettamente) profitto[67].

---

[63] Propria anche della disciplina consumeristica; v. art. 36 del "Codice del consumo" (D. Lgs. n. 206/2005), rubricato infatti "nullità di protezione". Sulle nullità di protezione, v. C. M. Bianca, *Il contratto*, in *Diritto civile*, 3, Milano, 2019, p. 578 ss.; M. Girolami, *Le nullità di protezione nel sistema della invalidità negoziale (per una teoria della moderna nullità relativa)*, Padova, 2008.

[64] Così L. Vizzoni, *op. cit.*, p. 100.

[65] B. Sciarra, *La tutela patrimoniale dei baby influencer*, in A. Morace Pinelli (a cura di), *Riflessioni sul diritto di famiglia effettivo. Continuando a dialogare con Cesare Massimo Bianca*, Pisa, 2024, p. 229 ss.

[66] Per una panoramica sul fenomeno dello *sharenting*, *ex multis*, v. C. Di Bari, *L'infanzia rappresentata dai genitori nei social network: riflessioni pedagogiche sullo sharenting*, in *Studi Sulla Formazione/ Open Journal of Education*, 2017, p. 57 ss; S. B. Steinberg, *Sharenting: Children's Privacy in the Age of Social Media*, in *Emory Law Journal*, 2017, p. 839 ss.; S. Donovan, *"Sharenting": The Forgotten Children of the GDPR*, in *Peace Human Rights Governance*, 2020, p. 35 ss.; L. Aulino, *Tutela dei minori e servizi digitali: i rischi dello sharenting*, in *Familia*, 2022, n° 1, p. 35 ss.; G. Carapezza Figlia, *Sharenting: nuovi conflitti familiari e rimedi civili*, in *Nuova giur. comm.*, 2023, p. 1104 ss.; Ş. B. Tosunta, M. D. Griffiths, *Sharenting: A systematic review of the empirical literature*, in *Journal of Family Theory & Review*, 2024, p. 525 ss.; L. Vizzoni, *op. cit.*, p. 102 ss.

[67] Non a caso, l'art. 5 dei d.d.l. 1136 e 1863 disciplina indistintamente il fenomeno tanto dei baby influencers quanto dello *sharenting* nel caso in cui vi siano potenziali introiti legati all'uso del minore nella produzione e/o condivisione dei contenuti online. Cfr. anche L. Vizzoni, *op. cit.*, p. 102, ss. Sul più generale tema dell'uso e della diffusione per fini di pubblicità commerciale dell'immagine del minore senza il consenso di uno dei genitori si veda Cass. civ., sez. I, 21 agosto 2024, ord. n. 23018 in *Giustizia Civile Massimario* 2024, nella quale la Corte chiarisce che in tema di tutela contro l'abuso dell'immagine di un minore,

Innanzitutto, il termine "*baby influencer*"[68] si riferisce ai minori che, mediante la notorietà online, generano profitti promuovendo prodotti o servizi. In genere la promozione avviene mediante la pubblicazione di contenuti sulle piattaforme attraverso i profili propri o dei genitori. Ciò aumenta i potenziali effetti negativi dell'esposizione mediatica come le critiche pubbliche, gli atti di cyberbullismo da parte di altri utenti dei *social media* e le possibili conseguenze negative per la salute psicofisica, l'identità e l'autostima del minore[69]. Se tali rischi di frequente non vengono adeguatamente considerati dai genitori, i guadagni dei figli sono tuttavia spesso gestiti in autonomia dai genitori stessi, rendendo evidente l'esigenza (percepita dal legislatore) di tutelare il minore sia dal punto di vista della sicurezza che del potenziale guadagno derivante dall'utilizzo della sua immagine[70].

Il c.d. "*sharenting*" (termine che unisce "*sharing*" e "*parenting*") si riferisce invece alla pratica dei genitori di condividere contenuti multimediali dei propri figli sui *social media*, generalmente senza scopo di lucro[71]. Anche se non comporta uno sfruttamento commerciale diretto, il fenomeno può avere conseguenze significative sulla sicurezza e la serenità dei minori, oltreché sulla loro privacy. I contenuti condivisi possono, infatti, essere riprodotti su altri siti, anche per produrre materiale pedopornografico o per furti di identità. Ad ogni modo, come accennato anche il fenomeno dello

---

l'accertamento della illiceità della diffusione del ritratto del bambino per fini di pubblicità commerciale, effettuata senza il consenso di uno dei genitori, comporta il diritto al risarcimento del danno a condizione che sia accertata l'effettività e la serietà della lesione al diritto alla riservatezza dell'immagine (su quest'ultimo punto, si veda Cass. civ., sez. 3, del 24 agosto 2023, ord. n. 25222 in *Redazione Giuffrè 2023*, consultabile al link: <https://dejure.it/#/ricerca/giurisprudenza_documento_massime?idDatabank=0&idDocMaster=10715860&idUnitaDoc=0&nVigUnitaDoc=1&docIdx=1&isCorrelazioniSearch=true&correlatoA=Giurisprudenza>).

[68] Sul tema, cfr. M. Martìnez Allué, M. A. Martìn-Càrdaba, *Kidfluencers: An Analysis Of The Communication Strategies Of Child Influencers On YouTube and TikTok and their Impact on Children's Audience*, in *Visual Review*, 2024, p. 261 ss.; E. M. Pastor, R. C. Presuel, I. S. Maíllo, *Minors as content creators: A study of the effectiveness of advertising regulation in the United States, the United Kingdom and Spain*, in *Medijske Studije Media Studies*, 2022, p. 48 ss.; B. Sciarra, *op. cit.,* p. 229 ss.;

[69]Consultabile al link: <https://documenti.camera.it/leg19/dossier/Pdf/TR0109.pdf> , p. 8.

[70] V. art. 5 dei d.d.l. n. 1136 e n. 1863.

[71] Sulla nascita del neologismo, v. L. Vizzoni, *op. cit.*, p. 103 che chiarisce come il termine "*sharenting*" è stato coniato dal *Wall Street Journal* e che con *oversharenting* si indicavano le eccessive condivisioni ad opera dei genitori: Leckart, *The Facebook-Free Baby*, in *The Wall Street Journal*, 15 maggio 2012.

sharenting può determinare la produzione di profitti se la condivisione di immagini dei minori da parte dei genitori genera un introito economico[72].

Non a caso, l'art. 5 dei d.d.l. n. 1136 e 1863 tenta di prevedere una tutela patrimoniale per il minore sia nel caso di *baby influencers* sia in caso di *sharenting*[73].

È possibile osservare, allora, che i d.d.l. presi in esame mirano a tutelare il minore non solo dalle minacce online dal punto di vista della

[72] Peraltro, la relativa disciplina dei d.d.l. italiani di cui all'art. 5 è di difficile applicazione nel caso in cui si tratti di immagini (che ritraggono minori in età infantile o neonatale) che abbiano natura mista, ovvero si sovrappongano e/o integrino ai contenuti prodotti dai genitori stessi, non essendo facile stabilire se effettivamente quei contenuti derivino dalla pubblicazione di contenuti inerenti strettamente ai figli.

[73] Art. 5. (Disciplina dei proventi derivanti dalla diffusione di immagini di minori) «1. La diffusione, non occasionale, dell'immagine di minori di quindici anni attraverso un servizio di piattaforma online, come de finita ai sensi dell'articolo 3, lettera i), del regolamento (UE) 2022/2065 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 19 ottobre 2022, ove il minore è il soggetto principale, deve essere autorizzata da chi esercita la responsabilità genitoriale sul minore o ne è tutore, nonché dalla direzione provinciale del lavoro ai sensi dell'articolo 4 della legge 17 ottobre 1967, n. 977, quando la diffusione dei contenuti generati utilizzando l'immagine del minore produce o è finalizzata a produrre entrate dirette o indirette superiori all'importo di 10.000 euro annui. 2. Con l'autorizzazione di cui al comma 1, la direzione provinciale del lavoro, ove ne ricorrano i presupposti, stabilisce: a) i tempi e la durata massima di impiego del minore per la realizzazione dei contenuti di cui al comma 1; b) le misure da adottare da parte di chi esercita la responsabilità genitoriale sui minori per limitare i rischi, in particolare psicologici, legati alla diffusione dei contenuti di cui al comma 1; c) le misure necessarie per consentire la regolare e proficua attività scolastica nonché la relativa frequenza obbligatoria da parte del minore. 3. Quando le entrate dirette e indirette derivanti dalla diffusione dei contenuti di cui al comma 1 superano l'importo di 10.000 euro annui, le entrate percepite a partire dalla data di superamento di tale soglia sono versate su un conto corrente intestato al minore protagonista dei contenuti e non possono essere utilizzate in nessun caso da chi esercita la responsabilità genitoriale sul minore. In deroga al primo periodo, in eccezionali casi di emergenza le predette entrate possono essere utilizzate nell'esclusivo interesse del minore, previa autorizzazione del competente tribunale dei minorenni. 4. L'investitore pubblicitario che richiede l'inserimento di un proprio prodotto o servi zio in un contenuto il cui soggetto principale è un minore di quindici anni, destinato a essere diffuso su una piattaforma di cui al comma 1, verifica il rispetto delle disposi zioni di cui ai commi 1, 2 e 3 del presente articolo ed effettua il pagamento della somma corrispettiva, e di qualsiasi altro importo di denaro a qualsivoglia titolo, esclusivamente sul conto corrente dedicato di cui al comma 3. Analogo obbligo spetta al gestore della piattaforma attraverso la quale il contenuto è veicolato, che deve procedere al versamento di qualsivoglia importo maturato a fronte della diffusione dei contenuti anche laddove il profilo attraverso il quale i conte nuti sono diffusi risulti intestato a un soggetto diverso dal minore. 5. L'inosservanza da parte dei soggetti di cui al comma 4 degli obblighi ivi previsti è punita ai sensi dell'articolo 26 della legge 17 ottobre 1967, n. 977».

salute psicofisica attraverso l'introduzione, tra le altre misure, di meccanismi di controllo parentale, ma sono finalizzati anche (specialmente i d.d.l. n. 1771[74] e 1800[75] e l'art. 5 dei d.d.l. n. 1136 e 1863, a differenza del DSA e del KOSA) a impedire o limitare lo sfruttamento dell'immagine del minore per finalità di lucro o per mere finalità ludico relazionali da parte dei genitori stessi.

5. *Il diverso approccio australiano:* Online Safety Amendment (Social Media Minimum Age) Bill 2024

L'Australia ha approvato il cd. "Online Safety Amendment (Social Media Minimum Age) Bill 2024"[76] che modifica l'*Online Safety Act 2021* e che si occupa della sicurezza online dei minori, fissando in particolare un'età

[74] D.d.l. recante "Modifiche alla legge 17 ottobre 1967, n. 977, in materia di impiego dei minori nell'ambito delle piattaforme digitali di condivisione di contenuti multimediali, nonché disposizioni sulla diffusione dell'immagine e di contenuti multimediali di minori".

[75] A.C. 1800: "Modifiche all'articolo 37 del testo unico dei servizi di media audiovisivi, di cui al decreto legislativo 8 novembre 2021, n. 208, in materia di impiego dei minori nell'ambito delle piattaforme digitali per la condivisione di video, audio e immagini, e disposizioni concernenti il diritto del minorenne alla rimozione dei dati e dei contenuti che lo riguardano dalla rete internet e dai motori di ricerca", d.d.l. presentato il 22 marzo 2024. Ad esempio, all'interno dell'art. 1 il d.d.l. dispone che nel caso di diffusione delle immagini di un minore di anni quattordici tramite un servizio di piattaforma per la condivisione di video, in cui il minore stesso è il soggetto principale oppure compartecipa al contenuto diffuso dal genitore, è obbligatoria una comunicazione all'Autorità garante nelle comunicazioni (AGCOM) da parte di chi esercita la responsabilità genitoriale o dei rappresentanti legali. Con tale comunicazione si dichiara se l'immagine del minore sarà sfruttata per fini commerciali e se da tale sfruttamento deriverà un guadagno e, di conseguenza, nel caso in cui la diffusione su piattaforma digitale di un'immagine in cui è presente un minore di anni 14 avvenga per scopo di lucro, chi esercita la responsabilità genitoriale o i rappresentanti legali del minore sono tenuti a dichiararlo all'AGCOM (v. d.d.l. 1800, Art.1, lett. a)).

[76] Con effetti applicativi comunque posticipati di 12 mesi: *Online Safety Amendment (Social Media Minimum Age) Bill 2024*, Sezione 63E, *Delayed effect of requirement to take reasonable steps to prevent age-restricted users having accounts* (1): «Section 63D takes effect on a day specified in an instrument under subsection (2) of this section. (2) The Minister may, by notifiable instrument, specify a day for the 26 purposes of subsection (1). (3) The specified day must not be later than 12 months after the day this section commences […]».

minima per accedere ai *social media* e attribuendo alle piattaforme la responsabilità della sicurezza dei propri utenti[77].

L'Australia, consapevole del fatto che i minori sono tra gli utenti più vulnerabili all'interno del contesto digitale e che le attività sulle piattaforme di *social media* possono causare loro potenziali danni alla salute fisica e mentale[78], attraverso la citata normativa mira a migliorare la sicurezza e il benessere online dei giovani[79], al fine di salvaguardare i diritti e l'interesse superiore del minore per come tutelato dall'art. 3 della Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti del fanciullo[80].

In particolare, il Parlamento ha approvato una nuova disciplina che, nel modificare le vigenti disposizioni in materia di sicurezza online,

---

[77] Onli*ne Safety Amendment (Social Media Minimum Age) Bill 2024*, *Explanatory Memorandum,* p. 1. Per alcuni spunti sulla nuova normativa australiana, v. T. Flew, T. Koskie, A. Stepnik, *Digital Policy as Problem Space: Policy Formation, Public Opinion, and Australia's Online Safety Amendment (Social Media Minimum Age) Act 2024*, 2025, consultabile al seguente link: <https://ssrn.com/abstract=5310865 or http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.5310865>.

[78] Cfr. *Online Safety Amendment (Social Media Minimum Age) Bill 2024*, Sezione 63B, *Object of this Part*: "The object of this Part is to reduce the risk of harm to age-restricted users from certain kinds of social media platforms".

[79] *Online Safety Amendment (Social Media Minimum Age) Bill 2024*, *Explanatory Memorandum*, p. 1.

[80] Cfr. *Online Safety Amendment (Social Media Minimum Age) Bill 2024*, *Explanatory memorandum*, p. 10: «Human rights implications 4. The Bill engages the following rights: The principle that the best interests of a child shall be a primary consideration in actions concerning children in Article 3 of the Convention on the Rights of a Child (CRC)». Si veda Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti del fanciullo, New York, 20/11/1989, art. 3, co. 1; nel medesimo solco tracciato dall'art. 3 si pone l'art. 24 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE ("Carta di Nizza"), che stabilisce come in tutti gli atti relativi ai bambini, compiuti da autorità pubbliche o da istituzioni private, l'interesse superiore del bambino deve essere considerato preminente (per una panoramica sui diritti del minore in ambito internazionale, europeo e interno si veda E. Battelli, *I diritti dei minori nell'ordinamento italiano, europeo e internazionale*, in E. Battelli (a cura di), *Diritto privato delle persone minori di età. Diritti, tutele, nuove vulnerabilità*, Torino, 2021, p. 1 ss.). Sull'interesse primario del minore si veda, M. Bianca (a cura di), *The best interest of the child*, Roma, 2021; tra i vari e rilevanti contributi contenuti nell'opera si segnalano per quanto di utilità in questa sede quelli di L. A. Scarano, *The best interest of the child nella giurisprudenza della Corte suprema di Cassazione*, in M. Bianca (a cura di), *The best interest of the child*, Roma, 2021, p. 101 ss. e R. Senigaglia, *The best interest of the child tra persona e contratto*, in M. Bianca (a cura di), *The best interest of the child*, Roma, 2021, p. 491 ss.; sempre sul tema dell'interesse primario del minore si veda L. Lenti, «*Best interests of the child» o «best interests of children*»?, in *Nuova giur. comm.*, 2010, p. 157 ss.; Id., *Note critiche in tema di interesse del minore*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, p. 86 ss.; V. Scalisi, *Il superiore interesse del minore, ovvero il fatto come diritto*, in *Rivista di diritto civile*, 2018, p. 405 ss.; E. Lamarque, *Pesare le parole. Il principio dei best interests of the child come principio del miglior interesse*

individua l'età di 16 anni ai fini dell'accesso alle piattaforme di *social media*[81], ponendo a carico dei gestori dei servizi una serie di obblighi da osservare, tra cui l'adozione di misure adeguate al fine di rispettare le prescrizioni imposte dal legislatore[82].

Le piattaforme hanno dunque l'obbligo di introdurre sistemi e processi verificabili che siano idonei a garantire che le persone al di sotto dell'età minima prevista non possano creare e detenere un *account* sui *social media*[83]. Senonché l'*Online Safety Amendment Bill 2024* non mira a sanzionare una piattaforma per i singoli casi in cui i giovani eludono le misure individuate dalla piattaforma, dal momento che solo la mancanza sistematica di misure atte a limitare tali elusioni potrebbe dare origine a una violazione. Peraltro, dal momento che l'obbligo è a carico delle piattaforme, non sono previste sanzioni per gli utenti al di sotto dei 16 anni che riescano ad accedere al *social media*, né sono previste per i loro genitori[84].

Ai fini della delimitazione dell'applicabilità della normativa, viene definita la "piattaforma di social media" rilevante ai sensi dell'Online Safety Amendment (Social Media Minimum Age) Bill 2024: la nozione, di ampia portata, comprende un "servizio elettronico" in grado di consentire

del minore, in *Famiglia e dir.*, 2023, p. 365 ss. In relazione all'evoluzione dell'interesse primario del minore è stato recentemente osservato che «analizzando il principio in esame su un versante più generale, di respiro sistematico, si osserva che nella nozione di "interesse del minore" rientrano non soltanto gli interessi intesi come situazioni giuridiche soggettive di rango inferiore, ma anche i diritti soggettivi del minore stesso, quali la libertà, la salute, l'istruzione e la formazione. Per vero, il *best interest of the child* si erge ormai a clausola generale il cui contenuto non è definito in modo univoco e astratto, ma va completato di volta in volta nel suo significato concreto dall'interprete»: così L. Vizzoni, *op. cit.*, p. 36.

[81] *Online Safety Amendment (Social Media Minimum Age) Bill 2024*, Parte 1, Sec. 1 prevede di aggiungere all'*Online Safety Act* del 2021 alla sezione 4 la seguente dicitura: «There are age restrictions for certain social media platforms. A provider of such a platform must take reasonable steps to prevent children who have not reached a minimum age from having accounts». La sezione 2 specifica che «age-restricted user means an Australian child who has not reached 16 years».

[82] *Online Safety Amendment (Social Media Minimum Age) Bill 2024*, Part 4A, Social media minimum age; Division 1, Introduction; 63A Simplified outline of this Part: «Providers of certain kinds of social media platforms must take reasonable steps to prevent children who have not reached a minimum age from having accounts. This requirement takes effect on a day specified by the Minister. There are privacy protections for information collected by social media platforms for the purposes of the minimum age requirement».

[83] Inoltre, la Sezione 5 dell'*Online Safety Amendment (Social Media Minimum Age) Bill 2024*, prevede anche «to formulate, in writing, guidelines for the taking of reasonable steps to prevent age-restricted users having accounts with age-restricted social media platforms».

[84] Cfr. *Online Safety Amendment (Social Media Minimum Age) Bill 2024*, Explanatory Memorandum, p. 2.

l'interazione *online* tra 2 o più utenti, di permettere il collegamento e di pubblicare contenuti[85], fatte salve le limitate eccezioni individuate con apposite norme[86].

Le piattaforme di *social media* sono anche tenute a dimostrare di aver individuato misure adeguate e ragionevoli al fine di evitare danni ai minori, con il conseguente onere probatorio di aver introdotto sistemi e processi efficaci in grado di precludere ai soggetti al di sotto dell'età-soglia la possibilità di creare *account* personali e con irrogazione di sanzioni in caso di eventuali violazioni riscontrate[87].

Infatti, il regime sanzionatorio dell'*Online Safety Amendment (Social Media Minimum Age) Bill 2024*[88] prevede rilevanti conseguenze patrimoniali a carico delle piattaforme di social media**,** dal momento che la mancata adozione di misure adeguate ad impedire agli utenti iscritti al di sotto dei 16 anni di creare un *account* comporta l'applicazione di sanzioni potenzialmente

[85] Si tenga tuttavia conto dell'eccezione per la quale: «The obligation would not affect user access to 'logged-out' versions of a social media platform. As an example, the obligation would not affect the current practice of users viewing content on YouTube without first signing into an account. Similarly, Facebook offers users the ability to view some content, such as the landing page of a business or service that uses social media as their business host platform, without logging in»; così *Online Safety Amendment (Social Media Minimum Age) Bill 2024*, *Explanatory Memorandum*, p. 4.

[86] *Online Safety Amendment (Social Media Minimum Age) Bill 2024*, Sezione 63C, Age-restricted social media platform: «(1) For the purposes of this Act, age-restricted social media platform means: (a) an electronic service that satisfies the following conditions: (i) the sole purpose, or a significant purpose, of the service is to enable online social interaction between 2 or more end-users; (ii) the service allows end-users to link to, or interact with, some or all of the other end-users; (iii) the service allows end-users to post material on the service; (iv) such other conditions (if any) as are set out in the legislative rules; or (b) an electronic service specified in the legislative rules; but does not include a service mentioned in subsection (6). […] (6) An electronic service is not an age-restricted social media platform if: (a) none of the material on the service is accessible to, or delivered to, one or more end-users in Australia; or (b) the service is specified in the legislative rules. Note: For specification by class, see subsection 13(3) of the Legislation Act 15 2003».

[87] Cfr. A. Alù, *Minori, un futuro senza social? Dopo l'Australia, le mosse dell'Italia*, in *Agendadigitale.eu*, 12 dicembre 2024, consultabile al seguente link: <https://www.agendadigitale.eu/cultura-digitale/un-futuro-senza-social-per-i-minori-laustralia-apre-la-strada-le-mosse-dellitalia/>. V. *Online Safety Amendment (Social Media Minimum Age) Bill 2024*, Division 2, *Civil penalty*, 63D, *Civil penalty for failing to take reasonable steps to prevent age-restricted users having accounts*: «A provider of an age-restricted social media platform must take reasonable steps to prevent age-restricted users having accounts with the age-restricted social media platform».

[88] Cfr. *Online Safety Amendment (Social Media Minimum Age) Bill 2024*, Divisione 2, Sezioni 63D e ss.

pari 9,9 milioni di dollari, somma che può aumentare sino a 49,5 milioni di dollari a determinate condizioni[89].

L'*Online Safety Amendment Bill 2024* non individua dettagliatamente *ex ante* le misure adeguate che devono essere adottate, ciò probabilmente per evitare la cristallizzazione delle modalità attraverso cui affrontare i nuovi fenomeni digitali, che sono sempre in evoluzione. Senonché, nel rispetto di determinati standard tecnici, le piattaforme online hanno pur sempre l'obbligo di prevedere dei meccanismi di identificazione che consentano di accertare con precisione l'età dell'utente[90]. Tale identificazione, però, deve in ogni caso essere effettuata nel rispetto della normativa sulla *privacy* e tra gli obblighi previsti a carico delle piattaforme per la tutela dei dati personali vi è il divieto di utilizzare informazioni raccolte per scopi diversi da quelli previsti per accertamento dell'età[91], a meno che non vi sia la

[89] *Online Safety Amendment (Social Media Minimum Age) Bill 2024*, *Explanatory Memorandum*, p. 6 «The Bill will create new civil penalty provisions and require age-restricted social media platforms to take reasonable steps to prevent age-restricted users from having an account. A failure by the provider will be subject to 30,000 civil penalty units (currently equivalent to $9.9 million). This increases to 150,000 penalty units (currently equivalent to $49.5 million) if the provider is a body corporate, due to the application of section 82 of the Regulatory Powers (Standard Provisions) Act 2014 (Regulatory Powers Act). Penalties do not apply to age-restricted users who may gain access to an age-restricted social media platform, or to their parents, carers or educators. The Bill will also increase maximum civil penalties in the Online Safety Act for: non-compliance with a direction to comply with industry codes; and non-compliance with industry standards. Penalties will rise from 500 to 30,000 civil penalty units (currently equivalent to $9.9 million). For bodies corporate, this increases to 150,000 penalty units (currently equivalent to $49.5 million). These amounts are consistent with the maximum penalties currently available for contravention of the Australian Consumer Law under the Competition and Consumer Act 2010, and for serious and repeated interferences with privacy under the Privacy Act 1988 (the Privacy Act). Both provide maximum penalties of at least $50 million, noting that higher maximum penalties may be available depending on the turnover of the offending body corporate. Maximum civil penalties of $49.5 million for bodies corporate will also bring Australia in line with the online safety maximum financial penalties in Ireland, the European Union and the UK».

[90] Cfr. *Online Safety Amendment (Social Media Minimum Age) Bill 2024*, Explanatory Memorandum, pp. 3 e 4; cfr. altresì quanto riportato al seguenet link < <https://www.agendadigitale.eu/cultura-digitale/un-futuro-senza-social-per-i-minori-laustralia-apre-la-strada-le-mosse-dellitalia/>.

[91] Section 63DA, *Information that must not be collected*: «(1) A provider of an age-restricted social media platform must not collect information: (a) for the purpose of complying with section 63D; or (b) for purposes that include the purpose of complying with section 63D; if the information is of a kind specified in the legislative rules». Si veda inoltre quanto disposto dalla Sezione 63DB, Use of certain identification material and

preventiva acquisizione del consenso, che deve essere in ogni caso validamente prestato in quanto volontario, informato, aggiornato, specifico e non ambiguo[92]. Inoltre, anche nel caso di mancato rispetto delle disposizioni a tutela della *privacy*, sono previste sanzioni fino a 50 milioni di dollari ai sensi della Sezione 13G della normativa sulla *privacy* (c.d. *Privacy Act*)[93].

È opportuno osservare, infine, che l'*Online Safety Amendment (Social Media Minimum Age) Bill 2024*, potrà essere soggetto a revisione e aggiornamento decorsi 2 anni dall'entrata in vigore[94] a seguito della costante

services «(1) A provider of an age-restricted social media platform must not: (a) collect government-issued identification material; or (b) use an accredited service (within the meaning of the Digital ID Act 2024); for the purpose of complying with section 63D, or for purposes that include the purpose of complying with section 63D». A tal proposito al punto (4) si veda come «In this section: government-issued identification material includes: (a) identification documents issued by the Commonwealth, a State or a Territory, or by an authority or agency of the Commonwealth, a State or a Territory (including copies of 16 such documents); and (b) a digital ID (within the meaning of the Digital ID Act 2024) issued by the Commonwealth, a State or a Territory, or by an authority or agency of the Commonwealth, a State or a Territory».

[92] Sezione 63F, *Information collected for purposes including taking reasonable steps to comply with age restriction*; «(1) If an entity: (a) holds personal information about an individual that was collected for the purpose of, or for purposes including the purpose of, taking reasonable steps to prevent age-restricted users having accounts with an age-restricted social media platform; and (b) uses or discloses the information otherwise than: (i) for the purpose of determining whether or not the individual is an age-restricted user; or (ii) in circumstances where paragraph 6.2(b), (c), (d) or (e) of the Australian Privacy Principles applies; or (iii) with the consent of the individual, which must be in accordance with subsection (2); the use or disclosure of the information is taken to be: (c) an interference with the privacy of the individual for the purposes of the Privacy Act 1988; and (d) covered by section 13 of that Act. (Note: An act or practice that is an interference with privacy may be the subject of a complaint under section 36 of the Privacy Act 1988)». La natura del consenso deve essere (2) (a): «(i) voluntary; and (ii) informed; and (iii) current; and (iv) specific; and (v) unambiguous; and (b) the individual must be able to withdraw the consent in a manner that is easily accessible to the individual».

[93] Cfr. *Explanatory memorandum*, p. 7 e cfr. Section 63F, (3): «If an entity holds personal information about an individual that was collected for the purpose of, or for purposes including the purpose of, taking reasonable steps to prevent age-restricted users having accounts with an age-restricted social media platform, then: (a) the entity must destroy the information after using or disclosing it for the purposes for which it was collected; and (b) if the entity does not so destroy the information, the failure to destroy the information is taken to be: (i) an interference with the privacy of the individual for the 6 purposes of the Privacy Act 1988; and (ii) covered by section 13 of that Act. (Note: An act or practice that is an interference with privacy may be the subject of a complaint under section 36 of the Privacy Act 1988)».

[94] Allegato 1, Parte 1, sezione 8.

valutazione dei futuri effetti sulla sicurezza dei minori, con l'obbiettivo di perfezionare le forme di protezione di tali soggetti vulnerabili all'interno dell'ecosistema digitale.

Ciò che emerge dall'analisi della normativa australiana in relazione al ruolo dei genitori è che, a fronte dell'età minima per l'accesso alle piattaforme, dell'obbligo di adottare misure adeguate per impedire all'infrasedicenne di aggirare il divieto di utilizzo e delle rilevanti sanzioni verso le piattaforme in caso di inadeguatezza delle predette misure, l'Australia ha deciso di deresponsabilizzare i genitori nella valutazione delle attività online dei figli, evidenziando al contempo il ruolo delle piattaforme nella tutela digitale dei minori. Ciò in base alla consapevolezza che, anche per chi esercita la responsabilità genitoriale, valutare i pericoli dell'ecosistema digitali o comunque le conseguenze di una qualunque attività online non risulta semplice, a prescindere dal livello di alfabetizzazione digitale a disposizione del genitore[95].

Non a caso, all'interno dell'*Explanatory memorandum* dell' *Online Safety Amendment Bill* 2024 si può leggere che: «Parents and carers feel unsupported to make evidence-based choices about when their children should be on social media and many are overwhelmed by pressure from their children and other families. This is supported by a recent survey conducted by the eSafety Commissioner, with 95 per cent of caregivers reporting that children's online safety is the hardest parenting challenge they face. Setting

[95] A tal proposito, parte della dottrina sottolinea però come non bisogna dimenticare il ruolo fondamentale dei genitori nell'educazione dei figli in ambito digitale, al quale gli stessi non possono abdicare: v. A. Thiene, *Ragazzi perduti online: illeciti dei minori e responsabilità dei genitori*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, p. 1621 e B. Agostinelli, *Autonomia e controllo dei minori on line. I nuovi confini della responsabilità genitoriale*, in *Rivista italiana di informatica e diritto*, cit., p. 420 «i genitori devono impartire ai figli una specifica "educazione digitale" per assolvere integralmente al loro compito». Sulla funzione però dello strumento di diritto privato regolativo come alleato fondamentale nel compito educativo dei genitori all'interno dell'era digitale, si veda R. Senigaglia, *Il dovere di educare i figli nell'era digitale*, in *Persona e mercato*, 2021, p. 511 ss. e in part. p. 525: «[…] nell'ambiente digitale e nel rapporto con le tecnologie intelligenti l'intervento regolativo non può essere concepito una volta per tutte e nella staticità del modello formale, ma necessita di essere consegnato a tecniche flessibili e a "legislatori" privati, che indirizzino la tecnica a servizio del diritto e, in questo ordine di senso, a controllo di se stessa. Nello stesso tempo, quando l'utente è un minorenne, questi strumenti si inseriscono nella cifra dell'alleanza educativa, in uno spazio in cui la tecnica supplisce il ruolo genitoriale, divenendo responsabile dell'educazione e della vigilanza delle condotte del minore […]».

a minimum age removes ambiguity about when the 'right' time is for their children to engage on social media and establishes a new social norm»[96].

6. *Rilievi conclusivi*

Dallo studio delle normative che sono state oggetto d'indagine, emergono due evidenze principali: la prima è la percezione comune degli ordinamenti nazionali e dell'UE della necessità di tutelare i minori online, interrogandosi sul ruolo dei genitori nel garantire la sicurezza dei figli; la seconda è che tale scopo comune viene declinato in maniera diversa nei contesti analizzati.

Innanzitutto, tra il KOSA statunitense e il DSA dell'UE vi è una chiara differenza sul ruolo dei genitori e sugli strumenti a loro disposizione nella tutela dei minori *online*. Il KOSA, infatti, disciplina in maniera maggiormente specifica le funzioni e gli strumenti a disposizione dei genitori per il monitoraggio e il controllo delle attività dei minori, nonché per l'accesso ai dati raccolti sulle piattaforme[97]. Il DSA, invece, non prevede disposizioni molto dettagliate per il coinvolgimento dei genitori né un ruolo chiaro per gli stessi nella regolamentazione della sicurezza dei figli online[98].

L'Italia, dal proprio canto, ha iniziato degli *iter* legislativi che mirano alla valorizzazione e alla responsabilizzazione dei genitori. Tuttavia, i d.d.l. presi in esame tentano non solo di tutelare il minore dalle minacce online dal punto di vista della salute psicofisica attraverso l'introduzione, tra le altre misure, di meccanismi di controllo parentale, ma mirano anche a impedire o limitare lo sfruttamento dell'immagine dei figli per finalità di lucro o ludico-relazionali da parte dei genitori stessi, che sono dunque considerati sia una risorsa nella protezione online sia un potenziale elemento negativo per la salute psicofisica e per i diritti patrimoniali del minore.

---

[96] *Online Safety Amendment (Social Media Minimum Age) Bill 2024*, *Explanatory Memorandum*, p. 2.

[97] KOSA, Sec. 103 (b). Per una comparazione tra DSA e KOSPA, sia consentito rimandare a J. Fortuna, *Minors' Digital Vulnerability in the EU and the US: A Comparison Between The Digital Services Act and The Kids Online Safety and Privacy Act*, cit.

[98] Anche su questo aspetto, il DSA prevede genericamente che i VLOP e i VLOSE debbano predisporre strumenti utili alla tutela dei minori che consentano, ad esempio, la "verifica dell'età" e il "controllo parentale", nonché predisporre strumenti che permettano ai minori di denunciare gli abusi o di ottenere il supporto necessario e adeguato al fine di affrontare il caso specifico: cfr. DSA, art. 35, par. 1 (j).

L'Australia, diversamente, attraverso l'*Online Safety Amendment (Social Media Minimum Age) Bill 2024,* nel prevedere l'età minima di 16 anni per l'accesso ai *social media*, che non è quindi subordinato ad un preventivo consenso del genitore ma direttamente vietato dalla legge al di sotto dell'età-soglia, ha preferito non valorizzare il ruolo parentale, responsabilizzando di conseguenza le piattaforme digitali (sotto pena di rilevanti sanzioni) ai fini della protezione dei minori. Ciò nella convinzione che anche per gli stessi genitori l'attività di controllo e monitoraggio dei figli nell'ecosistema digitale può rivelarsi molto complessa.

Come si è osservato, gli approcci ai temi della vulnerabilità digitale dei minori e del ruolo dei genitori nella sicurezza degli stessi sono vari e, dato l'*iter* legislativo non ancora concluso di alcune delle normative analizzate e la genericità delle disposizioni dell'UE in materia, non è attualmente facile capire quale si rivelerà la più efficace delle forme di regolamentazione del fenomeno. Vi è da dire, tuttavia, che il tentativo australiano, che impedisce la creazione di *account* in determinate piattaforme di *social media* al di sotto dei 16 anni, sembra tenere effettivamente in considerazione tanto gli innumerevoli pericoli in cui possono incappare i minori quanto le difficoltà che i genitori possono trovare nel cercare di tutelarli, specialmente a fronte del livello spesso non adeguato di alfabetizzazione digitale e del fatto che la vulnerabilità, nel contesto digitale[99], sembra ormai abbracciare non solo categorie specifiche come i minori ma, in generale, la maggior parte degli individui che svolgono delle attività online, genitori compresi[100].

***

[99] L. Vizzoni, *op. cit.*, p. 15: «Ciò è stato efficacemente comprovato dalle riforme susseguitesi nel tempo, anche con specifico riguardo al passaggio alla responsabilità genitoriale: quest'ultima necessita tuttavia di trovare nuove declinazioni, specie in relazione proprio alla funzione educativa, tantopiù quando nel rapporto genitori-figli "digitali" intervengano pericolose interferenze esterne che svelano al contempo reali carenze educative di genitori, i quali non appaiono sufficientemente idonei alla cura e alla protezione dei propri figli minori nel peculiare ambiente considerato. Il che potrebbe portare all'applicazione di rimedi particolarmente incisivi nei confronti dei genitori stessi». Sulle difficoltà dei genitori di vigilare sulla sicurezza e, più in generale, sulle decisioni prese dai propri figli online v. anche p. 121 ss.

[100] Sull'ampliamento del concetto di soggetto vulnerabile nell'ecosistema digitale, v. D. Amram, *Standards to Face Children and Patients Digital Vulnerabilities*, cit., in particolare pp. 466 – 467.

RIVISTA DI
DIRITTI COMPARATI

Jacopo Fortuna
Il nuovo ruolo dei genitori nella tutela della vulnerabilità digitale dei minori: spunti di comparazione giuridica tra UE, USA, Italia e Australia

ABSTRACT: This paper analyses, through a comparative study, the role of parents in protecting minors' digital vulnerability in the EU, the US, Italy and Australia. While the EU in its fragmented framework of regulations on the subject (and in particular in the Digital Services Act) does not provide very detailed provisions for the involvement of parents nor a clear role for them in the regulation of their children's online safety, the United States, in the new KOSA bill (reintroduced in the 119th Congress), regulates in a more specific way the functions and tools available to parents for the monitoring and control of minors' online activities. Italy, too, in some bills currently under consideration in Parliament, aims at empowering parents to ensure the safety of their children, but also takes care to prevent or limit the exploitation of the child's image for profit or for mere recreational purposes by the parents themselves. On the contrary, Australia, through the Online Safety Amendment (Social Media Minimum Age) Bill 2024, in providing for a minimum age of 16 years for access to social media, has preferred not to emphasise the parental role, thus making digital platforms responsible for the protection of minors. This article analyses the differences between different regulatory approaches to the role of the parent with a view to a possible transnational legislative harmonisation of the parental role in ensuring the safety of children in the new digital dimension.

KEYWORDS: role of parents – minors – digital vulnerability – comparative law – Australian law

***

Jacopo Fortuna – Assegnista di ricerca in diritto privato comparato, Scuola Superiore Sant'Anna di Pisa (jacopo.fortuna@santannapisa.it; j.fortuna@unimc.it)

RIVISTA DI
DIRITTI COMPARATI

Le assemblee cittadine sul clima nei modelli francese e spagnolo. Riflessioni sull'impatto e sul ruolo del decentramento*

Chiara Padrin

SOMMARIO: 1. Considerazioni introduttive sulla crisi della rappresentanza politica e sulla spinta «nel limbo tra il de iure e il de facto» verso le pratiche partecipative. – 2. Un tentativo di mappatura delle assemblee cittadine: tratti essenziali ed elementi di comparazione. – 3. La *Convention Citoyenne pour le Climat* in Francia. – 4. Cosa resta della *Convention Citoyenne pour le Climat*? Un primo bilancio con qualche riflessione sulla circolabilità intra-ordinamentale (sul piano regionale) ed extra-ordinamentale della Ccc. – 5. L'esperienza spagnola della *Asamblea Ciudadana para el Clima*– 6. La circolabilità intra-ordinamentale nelle Comunità Autonome – 7. Conclusioni.

1. *Considerazioni introduttive sulla crisi della rappresentanza politica e sulla spinta «nel limbo tra il de iure e il de facto»*[1] *verso le pratiche partecipative*

La stagione di crisi che attraversa le moderne democrazie costituzionali[2] riporta con forza al centro del dibattito politico e giuridico la riflessione sull'utilizzo degli strumenti di partecipazione civica e, più

* L'articolo è stato sottoposto, in conformità al regolamento della Rivista, a *double-blind peer review*.

[1] Utilizza questo termine per sottolineare la mancanza di una sostanziale giuridicizzazione delle pratiche partecipative, I.M. Lo Presti, *Il diritto di partecipazione nell'esperienza delle comunità autonome spagnole e le esigenze di proceduralizzazione degli strumenti partecipativi*, in *Rivista AIC*, 4, 2020, p. 2.

[2] La crisi delle moderne democrazie presenta molteplici sfaccettature, difficilmente riconducibili ad una definizione unitaria; ne sono espressione, ad esempio, le perduranti crisi di governo in diversi Paesi europei. Sul tema, in chiave comparata, A. Osti - N. Nobile, *Dal Tamigi al Reno (passando per la Senna): Stati sull'orlo di una crisi di…governo*, in *DPCE Online*, 2025, p. 1123.

precisamente, sul ruolo che – in questa fase – può assumere la democrazia partecipativa[3].

Come noto, essa può estrinsecarsi in vari strumenti, anche di natura deliberativa[4], con origine piuttosto risalente, alcuni dei quali hanno visto negli ultimi due decenni un rinvigorimento[5], soprattutto in Europa, sotto la spinta di una serie di squilibri a cui sono sottoposti gli ordinamenti – tanto di natura strutturale quanto contingente – che mettono alla prova (a vario titolo) la tenuta dei meccanismi democratici tradizionali e, al contempo, sollecitano una maggior apertura alla società civile. Tra questi, merita particolare attenzione la perdurante crisi della rappresentanza politica, che

[3] Tra le molteplici definizioni che la stessa può avere, la democrazia partecipativa può individuarsi quale insieme di «procedure in cui istituzioni e società compartecipano nella formazione di una decisione o altra attività pubblica, con un ruolo forte di entrambe», U. Allegretti, *La democrazia partecipativa in Italia e in Europa*, in *Rivista AIC*, 1, 2011, p. 1 ss. Essa ha invero una intrinseca connotazione polisemica che si deve alle molteplici e diversificate pratiche in cui può estrinsecarsi; nel tentativo di procedere ad una tassonomia, prendendo a riferimento la maggior o minor intensità della partecipazione nei processi di *decision-making*, si può giungere ad una tripartizione nelle pratiche consultazione, di dibattito pubblico organizzato e di "coproduzione" delle scelte pubbliche. Cfr. C. Severino, *La democrazia partecipativa in Francia: ambizioni, quadro giuridico ed esperienze concrete*, in R. Balduzzi - R. Lombardi (a cura di) *Autonomie locali, democrazia deliberativa e partecipativa, sussidiarietà. Percorsi di ricerca ed esperienze italiane ed europee*, Pisa, 2018, p. 81-96.

[4] Senza voler riprendere in questa sede il fitto dibattito sulla distinzione che può essere svolta tra democrazia partecipativa e democrazia deliberativa, basti precisare che alcuni studiosi distinguono, sul piano teorico, la prima dalla seconda benché «in via di prima approssimazione ciò che può dirsi è che [...] si occupano del medesimo problema». Riprendendo Bifulco, la democrazia deliberativa ha infatti una natura fortemente astratta, mentre la democrazia partecipativa (per brevità, dp) ha un carattere maggiormente concreto-applicativo, ragion per cui «anche se è impossibile tracciare una linea retta di separazione, pare di poter dire che la dp si occupa per lo più delle forme storiche concrete attraverso le quali, in diversi contesti ordinamentali, si cerca di coinvolgere direttamente l'individuo/il cittadino nell'esercizio del potere decisionale pubblico», Cfr. R. Bifulco, *Democrazia deliberativa e democrazia partecipativa*, in *Astrid-Rassegna*, 2009, p. 4. In tema, una diversa lettura propone di inquadrare democrazia partecipativa e democrazia deliberativa in un rapporto *species-genus* in base al quale la democrazia deliberativa è, quindi, una forma di democrazia partecipativa, ma i suoi contorni sono più circoscritti e più definiti, L. Bobbio, *Dilemmi della democrazia partecipativa*, in *Democrazia e Diritto*, 4, 2006, p. 14.

[5] Conferma questa tendenza rispetto ai *mini-publics*, I. Česnulaitytė, *Citizens' Assemblies: Democratic Responses to Authoritarian Challenges in Central and Eastern Europe*, DemocracyNext, 2024, p. 23.

trova una delle sue manifestazioni nell'aumento dell'astensionismo elettorale in taluni Paesi europei[6].

Tra i fattori che concorrono a questo fenomeno può rinvenirsi il fatto che «la legittimazione che deriva dal voto popolare viene ritenuta sempre più spesso inadeguata a colmare la distanza tra i rappresentanti e rappresentati»[7]. Quest'inadeguatezza si accompagna a un progressivo indebolimento della capacità dei partiti politici di svolgere efficacemente la propria funzione di intermediazione tra società e istituzioni, anche a causa della crescente insoddisfazione nei confronti degli strumenti tradizionali – legislativi ed esecutivi – nel dare risposte tempestive e adeguate a crisi contingenti, come quella climatica e ambientale.

In reazione a tali disfunzioni, la spinta di partecipazione proveniente dal basso si pone quale strumento integrativo e non sostitutivo della rappresentanza tradizionale[8] e può estrinsecarsi in diverse modalità, le quali possono essere interpretate – a seconda dell'angolo prospettico adottato – come sintomo o, al contrario, come cura rispetto alla crisi della rappresentanza. Una di queste modalità si rinviene nella valorizzazione di strumenti partecipativi in senso stretto, coinvolgendo i cittadini nei processi decisionali, attraverso istituti tradizionali (e non solo) di partecipazione.

È proprio in relazione a questo versante che si sviluppa il presente contributo, con particolare interesse per le assemblee dei cittadini (anche

[6] Sulla crisi della democrazia rappresentativa e la partecipazione in alcuni ordinamenti di Paesi europei, vedasi, *ex multis*, **F. Salmoni,** *Crisi della rappresentanza e partecipazione. Il caso italiano*, in *Rivista AIC*, 4, 2020, p. 517 ss.; H. Pünder, *More Government with the People: The Crisis of Representative Democracy and Options for Reform in Germany*, in *German Law Journal*, 16, 4, 2015, p. 713-739. Per una panoramica sul fenomeno dell'astensionismo, prendendo a riferimento il nostro ordinamento, G. Delledonne - L. Gori - G. Martinico - F. Pacini (a cura di), *Il peso dell'assente – Il fenomeno dell'astensionismo elettorale in Italia*, Soveria Mannelli (CZ), 2024.

[7] Cfr. N. Urbinati - L. Vandelli, *La democrazia del sorteggio*, Torino, 2020, p. 5-6.

[8] In tal senso, Allegretti sottolinea come rispetto alla varie modalità in cui la democrazia può esprimersi (rappresentativa, diretta, pluralistica, associativa, deliberativa), «la democrazia partecipativa manifesta la sua peculiarità, la sua novità concettuale e storica e in qualche modo la sua "opposizione concettuale" a esse, senza per questo che si debba pensare a una sostituzione a qualcuna di loro, ma piuttosto a un complemento, a un'integrazione, a un arricchimento che provocano anche interferenze positive tra l'una e le altre. Si tratta, in tutti questi casi, di un complesso di fenomeni che si misurano, ciascuno con la sua natura peculiare, con quella "democratizzazione della democrazia" di cui si sente un gran bisogno», U. Allegretti, *Democrazia partecipativa (Voce)*, in *Enc. del diritto*, Annali IV, 2011, p. 295.

note come *citizen assemblies*, per brevità, Ca), nate intorno agli anni Duemila[9] e rientranti nella categoria dei c.d. *mini-publics*[10].

Nell'ultimo decennio tali assemblee hanno avuto un più intenso sviluppo in Europa[11], dando luogo a varie sperimentazioni sia sul piano locale che nazionale e sovranazionale, progressivamente ampliandone l'incidenza rispetto all'impianto originario. Pur rimanendo nella sostanza forme partecipative-deliberative di natura consultiva, in taluni casi – come da ultimo quello olandese[12] – le deliberazioni assembleari sono state "istituzionalizzate" prevedendo un obbligo formale di risposta da parte dei Governi. Sulla stessa scia, si può collocare il pioneristico tentativo di

[9] Con la precisazione che gli anni Duemila come momento di nascita delle assemblee cittadine si riferiscono alla versione moderna delle stesse, ossia quale strumento supplementare "al servizio" della democrazia rappresentativa. L'assemblea cittadina deliberativa nella sua forma più "pura" ha invece origine nell'antica Atene, nella forma della Ecclesia, l'assemblea del popolo che votava le leggi, o ancora attraverso la delega a gruppi di cittadini estratti a sorte, come l'Assemblea dei Cinquecento, anche detta *Boulé* o *Bulé*.

[10] Tale categoria si compone, ad esempio, delle giurie civiche, dei sondaggi deliberativi e delle consensus conferences. Si tratta di metodi «che prevedono la selezione casuale dei partecipanti secondo metodi secondo metodi di campionamento della società, che vengono poi fatti riunire per determinati periodi di tempo sotto la guida di facilitatori professionisti al fine di essere informati da esperti e di deliberare in sessioni plenarie e parallele», M. Trettel, *La democrazia partecipativa negli ordinamenti composti: studio di diritto comparato sull'incidenza della tradizione giuridica nelle democratic innovations*, Napoli, 2020, p. 40. Per approfondire ulteriormente, vedasi K. Grönlund - A. Bächtiger - M. Setälä, *Deliberative mini-publics. Involving citizens in the democratic process*, Colchester, 2014; N. Curato - D. Farrell - B. Geissel - K. Grönlund et al. (eds), *Deliberative Mini-Publics: Core Design Features*, Bristol, 2021.

[11] Si è parlato, in proposito, di una «*deliberative wave*», OECD, *Innovative citizen participation and new democratic institutions: Catching the deliberative wave*, 10 giugno 2020, https://www.oecd.org/en/publications/innovative-citizen-participation-and-new-democratic-institutions_339306da-en.html.

[12] La *Nationaal Burgerberaad Klimaat* è stata commissionata da parte del Governo olandese e, segnatamente, dal Ministro del Clima e della Crescita Verde e dal Ministero dell'Interno e delle Relazioni del Regno. L'Assemblea si è riunita in sei incontri tra gennaio e giugno 2025. Le riunioni, tenute in presenza in diverse sedi (con anche visite sul campo a luoghi rilevanti, quali impianti produttivi, ristoranti sostenibili, snodi del trasporto pubblico), hanno alternato fasi di apprendimento con esperti, deliberazione in sottogruppi e formulazione collettiva di raccomandazioni, ad oggi non ancora reso pubblico. L'aspetto istituzionale più innovativo del *Burgerberaad Klimaat* è l'esplicita presa in carico istituzionale del suo esito, il Governo si è infatti impegnato a rispondere ufficialmente entro sei mesi dalla conclusione, comunicando quali raccomandazioni intende adottare e motivando le eventuali decisioni di scostamento.

constitution-making partecipativo che si è avuto in Islanda, volto ad utilizzare le assemblee cittadine nell'ambito del processo costituente[13].

Restringendo ancor più il campo d'indagine, un terreno particolarmente significativo per osservare l'evoluzione delle assemblee cittadine è rappresentato dal settore ambientale-climatico[14].

Si tratta di un ambito che, per la stessa conformazione delle problematiche che lo interessano, ha sempre manifestato una spiccata inclinazione ad aprirsi a pratiche partecipative[15], specie se si considera l'alta conflittualità che ne connota le relative scelte pubbliche, che sottendono complesse operazioni di bilanciamento, con rilevanti ricadute in termini di giustizia sociale[16] tra interessi ambientali, economici e sociali.

Proprio per la necessità di ponderare un'ampia gamma di interessi e situazioni soggettive, spesso confliggenti, la materia ambientale ha mostrato nel tempo una «insofferenza per la tradizionale partecipazione

[13] Il processo di *constitution-making* partecipativo ha preso avvio in Islanda a seguito di moti di protesta conseguenti alla crisi economica del 2008, il Forum Nazionale creato nel 2010 e composto da 950 cittadini sorteggiati aveva il compito di definire i principi e i valori fondanti della nuova costituzione islandese. La legge n. 90/2010 prevedeva poi l'elezione di un'Assemblea Costituente per redigere una nuova Carta, ma, a seguito di un vizio formale nell'elezione, l'incarico fu affidato nel 2011 a un Consiglio Costituente nominato dal Parlamento. I lavori si svolsero secondo criteri di trasparenza, con sessioni pubbliche, possibilità di invio di proposte online e aggiornamenti continui. La bozza finale fu sottoposta a referendum consultivo nel 2012, ricevendo il sostegno del 66,9 % dei votanti, ma non fu mai recepita dal Parlamento. Cfr. H. Landemore, *When public participation matters: The 2010–2013 Icelandic constitutional process*, in *International Journal of Constitutional Law*, vol. 18, 1, 2020, p. 179 ss.; E. Bergmann, *Participatory Constitution Making in the Wake of Crisis: The Case of Iceland*, in M. Reuchamps - J. Suiter (eds.), *Constitutional Deliberative Democracy in Europe*, Colchester, 2016. Allargando lo sguardo ad altre esperienze, U. Allegretti, *Recenti costituzioni partecipate: Islanda, Ecuador, Bolivia*, in *Quaderni costituzionali*, 3, 2013, p. 689 ss.

[14] In tal senso, giova sottolineare il considerevole apporto del diritto internazionale ed europeo tramite l'approvazione della Convenzione di Aarhus, poi implementata dal Reg. Ue n. 1367/2006. Cfr. G. Ragone, *Decisioni in materia di editing genetico e partecipazione democratica. Un ambito privilegiato per l'applicazione dei principi della democrazia deliberativa?*, in *Biolaw Journal*, 1, 2021, p. 377-379; S.T. Mcallister, *The Convention on Access to Information, Public Participation in Decision-Making, and Access to Justice in Environmental Matters,* in *Colorado Journal of International Environmental Law and Policy*, 1999, p. 187 ss.

[15] Come osserva Feola «sul terreno della democrazia partecipativa [il diritto ambientale] ha saputo assumere il ruolo importante di diritto-sonda connotandosi per la tendenza ad anticipare istituti e strumenti» poi confluiti nella disciplina amministrativistica, M. Feola, *Ambiente e democrazia. Il ruolo dei cittadini nella governance ambientale*, Torino, 2014, p. 63-64.

[16] Sul punto, F. Costamagna, *Contrasto al cambiamento climatico e giustizia sociale nell'ordinamento dell'Unione europea*, in *Osservatorio AIC*, 6, 2023, p. 22 ss.

procedimentale», pretendendo «forme di più ampio dialogo tra istituzioni e consociati»[17].

In questo solco possono inquadrarsi le assemblee cittadine sul clima, le quali si sono diffuse essenzialmente in Europa[18] e rispondono all'esigenza di rafforzare la legittimazione, sia dal punto di vista sostanziale che procedurale, delle scelte pubbliche in materia climatica, attraverso il coinvolgimento strutturato, informato[19] e – astrattamente – imparziale[20] della cittadinanza.

Il fenomeno sin qui descritto pone, tuttavia, alcune delicate questioni sul piano costituzionale, con particolare riguardo alla legittimazione democratica e al rapporto delle assemblee con il principio di rappresentanza. Un primo nodo riguarda, a questo proposito, la selezione dei partecipanti tramite sorteggio che, seppur raffinata da correttivi diretti a mitigare il deficit democratico, non può che scontrarsi con l'assenza di un'investitura elettorale. Tale aspetto può risultare problematico qualora si ipotizzi di

[17] G. Pepe, *La democrazia partecipativa ambientale tra ordinamenti sovranazionali ed ordinamento italiano*, in *Federalismi.it*, 2020, 2, p. 183.

[18] Nonostante la naturale inclinazione dei Paesi dell'America Latina a sviluppare strumenti di partecipazione – si pensi, da ultimo, alla elezione diretta dei giudici in Messico, oppure, andando indietro nel tempo all'esperienza paradigmatico di Porto Alegre rispetto al bilancio partecipato – , le assemblee sul clima hanno una matrice occidentale. Tale assunto trova conferma nel portale Knoca che non registra ad oggi alcuna esperienza di assemblea nazionale sul clima e individua solo due Ccas locali; la *Assembleia Ciudad di Clima* della città di Salvador e la *Citizen Assembly Respirar Puro* della città di Toritama, entrambe in Brasile. Per un confronto con l'esperienza europea, R. Iannaccone, *Le potenzialità della democrazia partecipativa in materia climatico-ambientale: considerazioni a partire dall'esperienza andina ed europea*, in *DPCE Online*, 4, 2024, p. 2341 ss.

[19] Un elemento essenziale che connota le *assemblee cittadine per il clima* è la fase preliminare di **formazione** (anche detta *learning phase*) per i partecipanti, al fine di acquisire gli strumenti per la discussione e l'elaborazione di raccomandazioni qualificata. Tale formazione è garantita dall'intervento di esperti scientifici, stakeholder e facilitatori indipendenti. Sul tema, L. van Beek - N. Mouter - P. Pelzer, M. Hajer - D. van Vuuren, *Experts and expertise in practices of citizen engagement in climate policy: a comparative analysis of two contrasting cases*, in *Climatic Change*, 177, 1, 2024; J. Roberts - H. Salamon - M. Reggiani - R. Lightbody - S. Reher - C. Pirie, *Citizen assemblies must report on expert diversity and inclusion*, in *The Loop – ECPR's Political Science Blog*, 18 novembre 2022, https://theloop.ecpr.eu/citizen-assemblies-must-report-on-expert-diversity-and-inclusion/.

[20] Sottolineano l'approccio «imparziale– e, *lato sensu*, precauzionale – dello strumento del mini-pubblico», E. Buono - C. Pizi, *La democrazia climatica tra climate change mitigation e climate change litigation. Spunti comparati per l'elaborazione di strumenti partecipativi*, in *DPCE Online*, 3, 2024, p. 1948 ss. L'imparzialità si deve alla selezione dei partecipanti tramite sorteggio, mentre l'elemento precauzionale intercetta una composizione di interessi di carattere intergenerazionale, che guarda al lungo termine.

attribuire una qualche forza normativa alle raccomandazioni dell'organo deliberativo, che resta pur sempre «*representative but not representing*»[21].

In questa cornice, la comparazione diviene uno strumento fondamentale per guardare a certe esperienze paradigmatiche e tentare di rispondere ad alcune delle domande fondamentali che ruotano attorno all'emersione e alla diffusione delle assemblee dei cittadini.

Viene infatti da chiedersi se esse possano rappresentare una risposta efficace alle crisi in corso, in chiave integrativa alla tradizionale rappresentanza, o se, al contrario, rischino di aggravarla ulteriormente[22]. Tale domanda, se calata nell'ambito della crisi climatico-ambientale, assume ancor più pregnanza, posto che «di fronte delle problematiche ambientali le consuete modalità di funzionamento delle istituzioni democratiche rappresentative tendono a entrare in crisi»[23], rendendole perciò un ambito privilegiato tanto per attrarre (e sperimentare) pratiche partecipative, quanto per coglierne potenzialità e criticità.

A completamento del quadro appena descritto, va aggiunto che tale dialogo tra società e istituzioni necessita – per la natura globale del problema ambientale-climatico – di essere collocato nel quadro di una governance multilivello, con molteplici attori istituzionali chiamati in causa, che vanno dall'Unione europea al livello di governo più prossimo al cittadino.

Di fronte a tale stratificazione di competenze, si potrebbe assistere ad una tensione strutturale tra democrazia partecipativa e tutela dell'ambiente; la prima, che per sua natura predilige l'ambito regionale-locale quale spazio di sperimentazione[24], mentre la seconda che, al contrario, tende ad

[21] Così, efficacemente, M. King - R. Wilson, *Local government and democratic innovations: reflections on the case of citizen assemblies on climate change*, in *Public Money & Management*, vol. 43, 1, 2023, p. 74.

[22] Tale domanda di ricerca, pur se posta in chiave generale sulla partecipazione, si ritrova e viene approfondita nell'intervento della Prof.ssa Piciacchia nel corso del Convegno dal titolo "Procedure parlamentari e partecipazione cittadina: quali itinerari?", 3 luglio 2025, Roma, la cui registrazione è disponibile online al seguente link: https://www.radioradicale.it/scheda/763672.

Sul rapporto tra democrazia partecipativa e democrazia rappresentativa, vedasi A. Pizzorusso, *Democrazia rappresentativa e democrazia partecipativa*, in *Studi in memoria di Carlo Esposito*, vol. III, Padova, 1973, p. 1473-1488.

[23] Così, G. Manfredi - S. Nespor, *Ambiente e democrazia: un dibattito*, in *Rivista Giuridica dell'Ambiente*, 2, 2010, p. 293.

[24] *Ex multis*, osserva Rotelli che «la partecipazione è inversamente proporzionale all'ampiezza dell'entità territoriale e demografica; è massima nella piccola dimensione, dove il cittadino è in grado di verificare di persona l'esistenza e la consistenza dei problemi, nonché la procedura per la loro soluzione, e tende a calare dove tale controllo gli sfugge

accentrare la regolazione in capo ai livelli superiori di governo, in alcuni casi a ragion veduta per evitare particolarismi locali[25]. In questo contesto, il principio di sussidiarietà[26], che «ha visto la propria emersione, sia pure non in riferimento esclusivo alla dimensione orizzontale, nell'Atto unico europeo[,] proprio con esplicito riguardo alla tutela ambientale, [salvo] poi assurgere a principio generale nel Trattato di Maastricht»[27], si pone come criterio correttivo per contemperare le due – idealmente contrapposte – esigenze.

Tale intreccio tra ambiente, pratiche partecipative e sussidiarietà rappresenta un'interessante prospettiva attraverso cui guardare le assemblee cittadine sul clima, posto che questo schema e questa tensione si riflette anche nella recente evoluzione e conformazione delle stesse.

Esse sono infatti plastica rappresentazione della sussidiarietà nella sua dimensione orizzontale, considerato il ruolo primario che riveste il cittadino e la loro aspirazione a contribuire alla definizione e implementazione delle politiche pubbliche. Tuttavia, anche lungo il piano verticale del medesimo principio, per misurare l'efficacia di tali strumenti di partecipazione non può

perché non riesce a esercitarlo in via diretta», E. Rotelli, *Per la democrazia diretta nell'amministrazione locale*, in *Pol. dir.*, 1977, p. 362-363. Più recentemente, dello stesso avviso, G. Pepe, *Il modello della democrazia partecipativa tra aspetti teorici e profili applicativi. Un'analisi comparata*, Milano, 2020, p. 40.

[25] Per alcune delle questioni ambientali, la dimensione locale porta con sé alcune ombre. Alcuni Autori osservano che «se, infatti, si mette a confronto in sede locale un interesse che riguarda la collettività intera (al limite, anche un interesse ambientale) con un interesse ambientale o di tutela della salute localizzato sul territorio, è intuibile che ben difficilmente si può evitare l'insorgere di atteggiamenti di particolarismo localistico di un qualche tipo, ossia della tanto paventata sindrome nimby», G. Manfredi - S. Nespor, *op. cit.*, p. 302.

Sulla definizione di *nimby*, acronimo per *Not In My Backyard*, tale termine è stata frequentemente descritto, in ambito giuridico-amministrativo, come espressione di un conflitto tra interessi pubblici generali (es. produzione energetica, infrastrutture, impianti per la gestione dei rifiuti) e interessi ambientali o sanitari localizzati, con conseguente rischio di particolarismi territoriali.

[26] La letteratura sul principio di sussidiarietà è sterminata. Per un inquadramento sul piano generale, uno per tutti, L. Violini, *Sussidiarietà e poteri sostitutivi* (voce), in M. Cartabia - M. Ruotolo (a cura di), *Enciclopedia del Diritto. Potere e Costituzione*, Milano, 2023, pp. 1173 ss.

In relazione al rapporto tra ambiente e principio di sussidiarietà, J. van Zeben, *Subsidiarity in European Environmental Law: a Competence Allocation Approach*, in *Harvard Environmental Law Review*, vol. 38, 2014, p. 415 ss.; M. Petrachi, *Declinazioni del principio di sussidiarietà in materia di ambiente*, in *Federalismi.it*, 24, 2016, p. 2 ss.

[27] Cfr. P. Duret, *Riflessioni sulla legitimatio ad causam in materia ambientale tra partecipazione e sussidiarietà*, in *Dir. proc. amm.*, 2008, p. 693.

prescindersi dal livello di governo in cui esse si sviluppano e, in parallelo, dal substrato costituzionale in cui questi si innestano[28].

È proprio in questa prospettiva – che coniuga la dimensione orizzontale e quella verticale della sussidiarietà – che si colloca la scelta dei casi di studio, diretta all'esame delle assemblee nazionali sul clima tenutesi in Francia e in Spagna.

La scelta di concentrare l'analisi su queste due esperienze si fonda, da un lato, su alcune affinità strutturali tra le stesse. Entrambe le assemblee sono state infatti istituite secondo un approccio top-down (*infra* § 2), hanno operato su scala nazionale e si collocano in un arco temporale ravvicinato (in Francia, 2019, in Spagna, 2021). Da ultimo, le stesse hanno avuto un significativo eco sul piano regionale e locale all'interno dei rispettivi ordinamenti, ma anche sul piano extra ordinamentale.

D'altro canto, tuttavia, gli ordinamenti costituzionali presi in esame presentano comunque molteplici elementi di distanza, tra cui rientra l'essere espressione di due diversi modelli di decentramento; la Francia storicamente considerata come un Paese accentrato e la Spagna che invece si caratterizza per un forte decentramento.

È un fattore, quello del decentramento, che ha una sua autonoma rilevanza nell'implementazione degli strumenti partecipativi, ma che assume in questa sede altresì il ruolo di variabile di comparazione, in grado di aggiungere, a margine rispetto alle questioni sostanziali di cui sopra, un ulteriore elemento d'indagine. Il riferimento è al tema della circolabilità[29] dei modelli partecipativi lungo i diversi livelli di governo nei due sistemi, i quali, pur essendo profondamente distanti, hanno conosciuto la medesima significativa proliferazione di assemblee cittadine sul clima.

2. *Un tentativo di mappatura delle assemblee cittadine: tratti essenziali ed elementi di comparazione*

Nonostante l'eterogeneità delle esperienze realizzate in diversi ordinamenti, è possibile individuare alcune variabili ricorrenti nelle

[28] Utilizza tale terminologia, M. Trettel, *op. cit.*, p. 6.

[29] Riflette sul tema della circolazione dei modelli, A. Fiorentino, *La democrazia partecipativa tra crisi della democrazia rappresentativa e crisi climatico-ambientale: alcune riflessioni sulla fioritura delle assemblee dei cittadini per il clima*, in *Federalismi.it*, 24, 2023, p. 66 ss..

assemblee dei cittadini sinora implementate, in grado di ricondurle a una categoria unitaria nell'alveo degli strumenti partecipativi[30].

Tra queste, base comune, e al contempo manifestazione del carattere innovativo delle stesse, risiede nel fatto che le assemblee «lega[no] un processo deliberativo-partecipativo di un gruppo relativamente ristretto di persone ai tipici processi decisionali delle democrazie rappresentative»[31]. Proprio questa struttura deliberativa, ferma restando la sua natura non vincolante, distingue le Ca da forme di partecipazione più generiche, collocandole in una posizione intermedia tra la consultazione popolare tradizionale ed embrionali forme di co-decisione[32] con le istituzioni.

Alcuni ulteriori elementi ricorrenti si rinvengono poi nel processo di formazione ed informazione dei partecipanti, che sono normalmente affiancati – durante tutto il corso dei lavori della Ca – da gruppi di esperti indipendenti e facilitatori, al fine di comprendere le complesse questioni scientifiche sottese al problema preso in esame, aspetto che risulta ancor più fondamentale rispetto alle questioni climatiche-ambientali, le quali per definizione richiedono di contemperare negli indirizzi di policy anche il dato scientifico[33].

Un ulteriore tratto comune risiede nelle modalità di selezione tramite sorteggio dei componenti dell'assemblea. Quest'ultimo viene infatti

[30] Per una mappatura degli strumenti di democrazia deliberativa, con possibilità di individuare specificamente le *citizen assemblies* in corso (con aggiornamento sino al 2023), si rinvia all'OecdDeliberative Democracy Database (2023), disponibile al link: https://airtable.com/appP4czQlAU1My2M3/shrX048tmQLl8yzdc. Restringendo il campo alle assemblee dei cittadini in ambito ambientale-climatico, è possibile consultare il portale Knoca, *Klowledge Network on Climate*, al seguente link: https://www.knoca.eu/climate-assemblies#Map-of-climate-assemblies.

Per un confronto tra modelli di assemblee dei cittadini, vedasi J. Lage - J. Themac - C. Zell-Ziegler - B. Best - L. Cordrocha - F. Wiese, *Citizens call for sufficiency and regulation – A comparison of European citizen assemblies and National Energy and Climate Plans*, in *Energy Research & Social Science*, vol. 104, 4, 2023; I. Lorenzoni - A.J. Jordan - C. Sullivan-Thomsett - L. Geese, *A review of National Citizens' Climate Assemblies: learning from deliberative events*, in *Climate Policy*, 2025, p. 1-17.

[31] C. Mosquera Aria, *Le assemblee cittadine come meccanismo di democrazia partecipativa. Le esperienze delle assemblee per il clima in Francia e in Spagna*, in *DPCE Online*, 2, 2023, p. 1925.

[32] Lo snodo della co-decisione si ritrova, peraltro, nella *lettre de mission* del Primo ministro francese per l'assemblea nazionale sul clima, lo stesso vi si riferisce come mezzo per «*co-construction des solutions*» aggiungendo che si tratta di «*un procédé auquel le Président de la République attache une importance déterminante afin d'accélérer la transition écologique, qui est une priorité de l'action gouvernementale*», E. Philippe, *Lettre de mission à Patrick Bernasconi, Prèsident du Conseil Economique Social et Envirommental*, Paris, 2 luglio 2019.

[33] Sul tema, *ex multis*, M. Tallacchini, *Ambiente e diritto della scienza incerta*, in S. Grassi - M. Cecchetti - A. Andronio (a cura di), *Ambiente e diritto*, I, Firenze, 1999, p. 59 – 100.

utilizzato con tecniche che possano (per quanto possibile) riflettere nel mini-pubblico un campione rappresentativo della società di riferimento, solitamente affidando le operazioni ad un soggetto terzo ed indipendente.

A questo scopo, sempre più sovente viene utilizzato il c.d. *double stratified random draw*, che si suddivide in una prima fase di sorteggio "puro" e in una seconda fase di campionamento per quote, mediante selezione del campione resosi disponibile a partecipare nella prima fase, alla luce di una serie di criteri predeterminati[34]. La tecnica del campionamento avvalora la sua "ragion d'essere" in ambito ambientale, in quanto il sorteggio stratificato è alla ricerca una rappresentatività dell'assemblea che tenga conto delle varie categorie di età la previsione; aspetto che ben si concilia con la spiccata inclinazione intergenerazionale che dovrebbe interessare le decisioni pubbliche.

Ciò premesso, se il sorteggio e la struttura deliberativa costituiscono i lineamenti comuni delle Ca, l'analisi comparata mette in evidenza come in concreto si assista ad un ampio ventaglio di sotto-categorie che si possono realizzare, le quali, tuttavia, abbisognano – per essere comprese ed analizzate – di essere calate e contestualizzate nello specifico contesto politico e territoriale preso a riferimento, il quale risulta «dirimente nella resa degli strumenti di potenziamento della democrazia»[35].

Per intercettare alcune delle ramificazioni delle Ca è necessario distinguere a monte tra assemblee di matrice istituzionale, che si sviluppano secondo un modello *top-down*, venendo promosse e supportate (in termini di risorse e strutture) dagli attori politici, ovvero popolare, con il coinvolgimento, in seconda battuta, e talora solo eventuale, delle istituzioni, nella prospettiva *bottom-up*[36].

---

[34] Un'esperienza particolarmente interessante in questo solco è quella belga, in quanto incorpora nella *hard law* (con due leggi del 2024 approvate alla Camera dei Rappresentanti e al Senato[34]) un meccanismo di sorteggio per la creazione di commissioni deliberative, a composizione mista di parlamentari e cittadini estratti a sorte, e di *panels citoyens*. Approfondisce l'esperienza belga, P. Piciacchia, *Le "vie infinite" della democrazia partecipativa e il dilemma costituzionale della sua integrazione nei processi decisionali basati sulla rappresentanza. Quali modelli per gli ordinamenti del XXI secolo?*, in *Federalismi.it*, 2, 2024, p. 235 ss.

[35] Lo sottolinea, *ex multis*, con riferimento più in generale agli strumenti di *citizens' engagement* in A. Di Gregorio, *Strumenti ed esperienze di "citizens' engagement " in ottica comparata: potenzialità e prospettive per il rinnovamento della democrazia rappresentativa e per la difesa dello stato di diritto*, in *Nomos – Le attualità nel diritto*, 3, 2024, p. 4.

[36] Un esempio di approccio bottom-up è rappresentato dalla *Bürgerrat Klima* (Assemblea dei cittadini per il clima) realizzata in Germania tra aprile e giugno 2021.

In secondo luogo, la conformazione e lo svolgimento dell'assemblea muta a seconda del livello territoriale che essa si propone di rappresentare, potendo essere creata su scala sovranazionale[37], nazionale, regionale o locale. L'aumento della scala territoriale e demografica rende invero inevitabilmente più complesso garantire una composizione equilibrata dell'organo deliberativo, in virtù del più ampio bacino di popolazione che esso si propone di rispecchiare, cui consegue una maggiore eterogeneità di interessi, istanze e caratteristiche socio-culturali.

Per le stesse ragioni, non può che aversi un riverbero sul piano della specificità delle raccomandazioni elaborate dall'assemblea, che si accompagna alla necessità di strumenti di mediazione più raffinati e di maggiori risorse per la costruzione del processo deliberativo, al fine di garantire che l'assemblea possa effettivamente intercettare e sintetizzare istanze territorialmente diversificate.

Concorrono, inoltre, a stratificare le Ca il meccanismo di sorteggio sotteso alla composizione dell'organo, che può avere significative ripercussioni a seconda della tecnica utilizzata[38], ossia rispetto ai parametri presi a riferimento per riprodurre la società di riferimento; la durata in carica

L'iniziativa è stata promossa da un consorzio di organizzazioni civiche – tra cui *Mehr Demokratie e.V.* e *Scientists for Future* – pur se in assenza di un mandato formale da parte delle istituzioni pubbliche. L'assemblea ha coinvolto 160 cittadini selezionati tramite sorteggio stratificato, con criteri ispirati alla diversità demografica nazionale, e si è svolta online a causa delle restrizioni pandemiche. Nonostante la sua natura non istituzionale, le raccomandazioni finali sono state presentate ufficialmente al Bundestag e sono state oggetto di audizioni parlamentari, mostrando un'interessante interazione tra deliberazione civica e istituzioni rappresentative. Cfr. https://buergerrat-klima.de.

[37] Sul piano sovranazionale risultano, allo stato, la *Global Climate Assembly*, tenutasi tra ottobre e dicembre del 2021 e in corso di organizzazione è *Global Citizens' Assembly for People and Planet*. Quanto alla prima, vedasi S. Caney, *Global climate governance, short-termism, and the vulnerability of future generations*, in *Ethics and International Affairs*, vol. 36, 2, 2022, p. 137-155.

[38] Il sorteggio rappresenta il principale metodo di selezione dei componenti delle assemblee cittadine. Può estrinsecarsi in diverse forme: dal sorteggio puro, al sorteggio stratificato, il più utilizzato, che mira a garantire – sulla base di predeterminati criteri – la rappresentatività demografica. Esistono poi forme di sorteggio su base volontaria e, con l'avvento delle nuove tecnologie, non mancano studi sulla costruzioni di algoritmi giusti per selezionare i cittadini delle assemblee. Sul punto, cfr. B. Flanigan - P. Gölz - A. Gupta - B. Hennig - A.D. Procaccia, *Fair algorithms for selecting citizens' assemblies*, in *Nature*, vol. 596, 2021, p. 548 ss..

dell'assemblea (*una tantum* o permanente[39]); il grado di istituzionalizzazione e obbligo di risposta da parte degli organi rappresentativi.

Con riguardo a quest'ultimo profilo, infatti, qualora vi sia un obbligo di risposta da parte delle istituzioni, specie in termini di giustificazione del mancato recepimento delle stesse, le esperienze di Ca possono acquisire una specifica collocazione all'interno del processo democratico, ancorché condizionate alla disponibilità politica al recepimento delle proposte e raccomandazioni. Diversamente, le raccomandazioni delle assemblee cittadine restano nell'alveo degli strumenti di *moral suasion*, una forma di pressione e di domanda di intervento rivolta alle istituzioni politiche, senza che esse necessariamente facciano ingresso nelle aule parlamentari.

3. *La* Convention Citoyenne pour le Climat *in Francia*

L'ordinamento francese può essere considerato per molteplici aspetti l'archetipo della democrazia partecipativa "tradizionale" occidentale, in ragione di una tradizione politico-istituzionale sensibile alla valorizzazione del coinvolgimento civico[40], manifestatasi precipuamente nel *débat public*; fermo restando che, restringendo il campo alle assemblee cittadine, le prime esperienze di tal genere si sono avute nel mondo anglosassone[41].

---

[39] Benché, come dimostra il caso spagnolo, è possibile che anche le assemblee climatiche nazionali siano introdotte come organi permanenti, cambiando di volta in volta il "mandato" dell'assemblea, il fenomeno della CA permanenti si intreccia soprattutto con la dimensione locale. Sul punto, è interessante segnalare – nel nostro ordinamento – la recente costituzione dell'assemblea cittadina per il clima della città di Milano, Parma, Bologna e Bolzano. Per un focus sulle *citizens' assembly* nel contesto delle città, G. Pavani, *Le assemblee cittadine per il clima: una nuova sfida per le città collaborative ed ecosostenibili*, in *Nomos – Le attualità nel diritto*, 3, 2024, p. 1 ss..

Il tema della partecipazione dei (e nei) Comuni intrecciata alla tutela climatico-ambientale si manifesta altresì nella nascita e sviluppo delle Comunità Energetiche Rinnovabili (Cer), in argomento, L. Cuocolo, *Le Comunità Energetiche Rinnovabili quale nuovo paradigma della sostenibilità urbana*, in *Nomos – Le attualità nel diritto*, 3, 2024, p. 1 ss..

[40] Sull'origine della democrazia partecipativa in Francia, vedasi L. Blondiaux, *Le nouvel esprit de la démocratie. Actualité de la démocratie participative*, Seuil, 2008; A. Bevort, *Pour une démocratie participative*, Parigi, 2002; M.H. Bacqué - Y. Sintomer (a cura di), *La démocratie participative. Histoire et généalogie*, Parigi, 2011.

[41] Corre l'obbligo di precisarsi che le prime esperienze di assemblee cittadine sul clima sono da attribuirsi al Regno Unito e all'Irlanda, che a partire dal 2016 hanno avviato importanti sperimentazioni deliberative in materia climatica. L'*Irish Citizens' Assembly* ha incluso il cambiamento climatico tra i temi oggetto di deliberazione già nel 2017, mentre il

Tale sensibilità alla partecipazione in Francia ha trovato espressione significativa in materia ambientale, con un'evoluzione normativa che ha progressivamente incorporato e raffinato strumenti di coinvolgimento dei cittadini nei processi decisionali, tanto sul piano del diritto positivo, con strumenti propri del diritto amministrativo, quanto su quello costituzionale, elevando la partecipazione al rango di diritto fondamentale[42].

Il riferimento nel primo caso è alla *Loi Barnier* (Loi n. 95-101 del 1995) che, insieme alla *Commission nationale du débat public* del 1997, autorità indipendente istituita e disciplinata dalla stessa legge, ha avviato una «democratizzazione del dibattito ambientale»[43], disciplinando il coinvolgimento dei cittadini nelle decisioni in materia di pianificazione delle grandi opere di interesse nazionale[44].

Qualche anno dopo, sul versante costituzionale, il diritto alla partecipazione ha trovato spazio, in via esplicita, all'articolo 7 della *Charte de l'environnement*[45] del 2004 e, seppur in via mediata, nel Titolo XI della Costituzione (artt. 69-71) che disciplina il *Conseil économique, social et environnemental* (Cese), organo primariamente consultivo, ma che si è sempre più affermato – anche grazie ad una serie di revisioni formali[46] – quale

UK Climate Assembly, istituito dal Parlamento nel 2019, ha rappresentato il primo caso nazionale strutturato di coinvolgimento deliberativo su scala climatica nel contesto britannico. Per approfondire, S. Elstub - J. Carrick - D.M. Farrell - P. Mockler, *The Scope of Climate Assemblies: Lessons from the Climate Assembly UK*, in *Sustainability*, 13, 2021, p. 1 ss.; D.M. Farrell - J. Suiter - C. Harris, *Systematizing'constitutional deliberation: the 2016–18 citizens' assembly in Ireland*, in *Irish Political Studies*, vol. 34, 1, 2019, p. 113-123.

[42] Una disamina dei fondamenti della democrazia partecipativa in Francia è offerta in M. Fromont, *Fondements de la dèmocratie partecipative en droit français*, in U. Allegretti (a cura di), *Democrazia partecipativa – Esperienze e prospettive in Italia e in Europa*, Firenze, 2010, pp. 47-63.

[43]Così R. Louvin, *La partecipazione civica in materia ambientale e climatica in Francia*, in *Nomos – Le attualità nel diritto*, 1, 2025, p. 4.

[44] Sul *débat public* la letteratura è ricchissima, *ex multis*, si rinvia a M. Revel - C. Blatrix - L. Blondiaux - J.M Fourniau - B.H. Dubreiul - R. Lefebvre, *Le débat public. Une expérience française de démocratie participative*, Paris, 2007. Più recentemente, anche in ottica comparata, si rinvia al fascicolo, Aa. Vv., *Il dibattito pubblico: modelli ed esperienze*, in *Istituzioni del federalismo: rivista di studi giuridici e politici,* XLI, 3, 2020, p. 563-804.

[45] Art. 7, *Charte de l'environnement* «Ogni individuo ha il diritto, nelle condizioni e nei limiti definiti dalla legge, di accedere alle informazioni relative all'ambiente in possesso delle autorità pubbliche e di partecipare all'elaborazione delle decisioni pubbliche che hanno un impatto sull'ambiente».

[46] La prima riforma, di rango costituzionale, è avvenuta nel 2008 con legge costituzionale n. 2008-724 del 3 luglio 2008, la quale apriva il Cne (Conseil national économique) originariamente previsto nella Costituzione del 1958 alle materie sociali ed

catalizzatore delle istanze partecipative, tramite lo strumento della petizione previsto all'art. 69 Const. e disciplinato con legge organica.

Su questa scia, la centralità del Cese[47] ha trovato conferma in occasione della già menzionata *Convention Citoyenne pour le Climat* (Ccc), rispetto alla quale il Governo demandava proprio a tale organo di organizzare i lavori dell'assemblea (mettendo a disposizione i propri spazi e risorse), ma soprattutto incaricava lo stesso di istituire il *Comité de gouvernance*, organo indipendente composto da esperti di diversi ambiti[48], deputato a supervisionare e supportare il programma di lavoro della *Convention*, definirne i regolamenti interni e le modalità di lavoro.

Muovendo da alcuni elementi di contesto, la Ccc nasce sull'onda di un periodo di forte tensione socio-politica che ha avuto il suo picco con le proteste nel 2018 dei *gilets jaunes*[49], a cui faceva seguito il tentativo riconciliativo, innovativo per il suo svolgimento su scala nazionale, del *Grand Débat National*[50].

---

ambientali, trasformandolo nell'odierno Cese. Con la legge organica n. 2010-704 del 28 giugno 2010, adottata in esecuzione della riforma costituzionale del 2008, è stata aggiornata la composizione e ridefinito il mandato del Consiglio, estendendo espressamente le sue competenze al dialogo e alla cooperazione con gli organismi consultivi territoriali e con le controparti europee, nonché promuovendo il suo coinvolgimento nell'esame delle politiche ambientali (*avis*, sostituiti dalle *recommandations*). Il decreto n. 2010-886 del 29 luglio 2010 ha poi dettagliato le modalità di nomina dei membri. Dopo la conclusione della *Convention Citoyenne pour le Climat*, è intervenuta la legge organica n. 2021-27 del 15 gennaio 2021 con cui il legislatore ha promosso una vera e propria modernizzazione del Cese, riducendone i membri da un massimo di 233 a 175 e rafforzandone la funzione consultiva.

[47] Sulla centralità del Cese nella Ccc, vedasi J.M. Fourniau, *Gouverner une assemblée citoyenne. Le rôle du Comité de gouvernance de la Convention citoyenne pour le climat*, in *Participations*, vol. 34, 3, 2022, p. 139-171.

[48] Il *Comité de Gouvernance* della *Convention Citoyenne pour le Climat* era composto da membri, provenienti da ambiti disciplinari e istituzionali eterogenei. Ne facevano parte 3 esperti di clima, 3 di democrazia partecipativa, 4 in campo economico e sociale, 2 membri erano di nomina del Ministro della transizione ecologia (a titolo di esperti sul clima e sui processi partecipativa) a cui si aggiungevano 2 Presidenti (entrambi figure apicali di fondazioni che operavano nel settore climatico) e un *Rapporteur général* che era il vice-presidente del Cese. Per prendere visione dei componenti e della loro provenienza, *Convention Citoyenne pour le Climat*, *Comité de Gouvernance*, disponibile online al seguente link: https://www.conventioncitoyennepourleclimat.fr/comite-gourvernance/.

[49] Interessante ricordare che, anche la regolamentazione del *débat public*, nasce in risposta ad un movimento di proteste, ai tempi che nacquero per la mobilitazione contro la progettazione di una linea ferroviaria ad altà velocità tra Lione e Marsiglia.

[50] Il *Grand Débat National* seguiva le logiche del *débat public*, innovando quest'ultimo per il fatto di essere il primo tentativo su scala nazionale. Esso ha visto un'ampia

Parallelamente, a conferma dell'attenzione della società civile per la questione climatica, in quegli anni aveva abbrivio la vicenda nota come *Affaire du Siècle*, promossa da quattro Ong che, come primo passo, ha visto la promozione di una petizione pubblica, sottoscritta da oltre 2,3 milioni di cittadini, volta a sollecitare il Governo francese ad adottare misure più efficaci contro il cambiamento climatico. Dinanzi all'inerzia istituzionale, l'iniziativa si è poi tradotta in un'azione giudiziaria contro lo Stato, divenendo nota per essere tra i primi casi di *climate change litigation* accolti favorevolmente in Europa.

È entro queste coordinate che si colloca, dunque, l'esperienza della *Convention Citoyenne pour le Climat* (Ccc), la quale – per riprendere i criteri proposti *infra* para. 2 – si configura come esempio di assemblea improntata ad una logica prevalentemente *top-down*, sebbene in assenza di una disciplina normativa organica o di strumenti di *hard law* volti a regolarne in modo sistematico struttura e funzioni.

Quanto alla durata in carica dell'assemblea, la stessa ha avuto natura temporanea, svolgendo i suoi lavori tra ottobre 2019 e luglio 2020 ed articolando i momenti di riunione in sette sessioni[51]. Si componeva di 150 cittadini francesi, selezionati attraverso un meccanismo di sorteggio stratificato commissionato all'istituto demoscopico Harris Interactive. La prima fase, volta all'estrazione casuale su larga scala, con recupero di oltre 250.000 numeri di telefono, e la seconda, effettuata tra coloro che avevano fornito la loro iniziale disponibilità, avvenuta secondo sei criteri di rappresentatività ispirati ai dati Insee (genere, età, livello di istruzione, regione di residenza, tipologia di area abitativa, categoria socio-professionale).

Da ultimo, circa la natura giuridica dell'output deliberativo, le raccomandazioni della Ccc non erano formalmente vincolanti e, in assenza di una cornice legislativa, la sola garanzia risiedeva nella responsabilità politica assunta dal Presidente della Repubblica e manifestata con la nota espressione della sottoposizione "*sans filtre*" delle proposte dell'assemblea al

partecipazione sia in presenza che su piattaforma online, ancorché essa era imperniata sulla base volontaria (senza il sorteggio tipico delle assemblee cittadine). I temi trattati erano tra i più vari, dalle questioni fiscali alla transizioni ecologica. Sul movimento dei *gilets jaunes* e il *Grand Débat National*, vedasi P. Perrineau, *Le Grand Débat National: la démocratie participative à grande échelle*, in *Pouvoirs*, 175, 2020, p. 113 ss.; P. Piciacchia, *La ricerca dell'incerta sintesi tra democrazia rappresentativa e democrazia partecipativa. Riflessioni a margine del Grand Débat National*, in *DPCE Online*, 3, 2020, p. 2334-2340.

[51] Alle settima sessione se ne aggiungeva un'ottava, dal 26 al 28 febbraio 2021, per valutare come il Parlamento aveva recepito le raccomandazioni dell'assemblea.

vaglio delle istituzioni rappresentative[52]. Proprio quest'elemento, ancorché non privo di problematicità, rappresenta la cifra stilistica della Ccc, rendendo i lavori della *Convention* astrattamente assimilabili ad un «quasi-legislative mandate»[53].

Entrando maggiormente nel merito, tale impegno del Governo trovava riscontro nella *lettre de mission*, a firma 2 luglio 2019, dell'allora Primo ministro Edouard Philippe, la quale faceva seguito alla dichiarazione pubblica del Presidente della Repubblica Macron che, il 25 aprile dello stesso anno, annunciava la necessità di creare una *convention citoyenne* nazionale per rispondere alla duplice domanda dei francesi "*de plus participation et de plus d'écologie*".

Nella *lettre de mission*, indirizzata al Cese, il Primo ministro forniva alcune coordinate sulla composizione e sullo svolgimento dei lavori della *Convention*, circoscrivendone il mandato alla definizione delle «*mesures structurantes pour parvenir, dans un esprit de justice sociale, à réduire les émissions de gaz à effet de serre d'au moins 40% d'ici 2030 par rapport à 1990*»[54]. Per la conclusione dei lavori la lettera prevedeva la stesura di un rapporto finale indirizzato al Governo e al Presidente della Repubblica, che doveva illustrare le discussioni svolte, nonché tutte le misure legislative e regolamentari ritenute necessarie per raggiungere l'obiettivo di riduzione delle emissioni, anche potendo specificare quali proposte avrebbero dovuto essere sottoposte a referendum ai sensi dell'art. 11 Const. La *Convention* avrebbe inoltre potuto beneficiare del supporto tecnico e giuridico per la trascrizione giuridica delle proposte, supporto che nei fatti si è concretizzato nell'affiancamento da parte di una commissione legislativa.

Con queste regole d'ingaggio, la *Convention Citoyenne pour le Climat* si è conclusa l'elaborazione di 149 proposte, articolate in cinque macro-aree tematiche (consumo, lavoro, trasporto, alloggio, produzione e governance), ciascuna delle quali è stata sottoposta a votazione interna, con approvazione

[52] Macron dichiarava «*Ce qui sortira de cette convention, je m'y engage, sera soumis sans filtre soit au vote du parlement soit à référendum soit à application réglementaire directe*», E. Macron, Conférence de presse à l'issue du Grand Débat national: 25 avril 2019, https://www.elysee.fr/front/pdf/elysee-module-3079-fr.pdf.

[53] In dottrina viene comunemente riconosciuto quale principale elemento di innovazione giuridica il quasi-legislative mandate, agganciandolo alla sottoposizione *sans filtre* delle proposte all'Assemblea nazionale, sul punto, L.A. Duvic-Paoli, *Re-imagining the making of climate law and policy in Citizens' assemblies*, in *Transnational Environmental Law*, 11, 2, 2022, p. 254 ss.

[54] E. Philippe, *Lettre de mission à Patrick Bernasconi, Prèsident du Conseil Economique Social et Enviromental*, Paris, 2 luglio 2019.

a maggioranza semplice per essere inclusa nel rapporto finale[55]. Il lavoro della *Convention* è stato poi formalmente trasmesso all'esecutivo nel giugno 2020 e ha rappresentato la base di partenza per un intervento normativo di più ampio respiro, che ha visto la luce, principalmente[56], anche se parzialmente, nel disegno di legge governativo poi confluito nella *Loi Climat et Résilience* (legge n. 2021-1104 del 22 agosto 2021).

Secondo i dati del Ministero dell'Ecologia, delle 149 raccomandazioni, 3 sono state scartate, 46 risulterebbero in corso di implementazione e 100 sono state adottate totalmente o parzialmente[57]. Questo dato registra il positivo traghettamento delle proposte dalla Ccc alla sede parlamentare, ma non dà conto, ad esempio, delle eventuali modifiche che naturalmente possono occorrere in sede parlamentare alle raccomandazioni, potenzialmente in grado di snaturare o sensibilmente alterare la proposta per come concepita originariamente dall'assemblea.

Non stupisce, proprio per questa ragione, che secondo altra ricostruzione solo 15 delle proposte effettivamente sono state recepite senza

[55] Le misure che hanno ricevuto il consenso più basso nella *Convention Citoyenne pour le Climat* riguardano prevalentemente ambiti ad alta sensibilità socio-economica. In particolare, la riduzione del limite di velocità autostradale a 110 km/h è stata approvata con il 59,7% dei voti; la proposta di inserire nel Preambolo della Costituzione la priorità ambientale tra le libertà fondamentali ha ottenuto il 58%; l'introduzione del reato di ecocidio il 63,4%; e l'aumento dei poteri del Cese il 59%. L'unica proposta bocciata è stata quella di ridurre la settimana lavorativa da 35 a 28 ore senza riduzione salariale, che ha ricevuto il 35% dei consensi. Cfr. https://www.democracy-international.org/final-propositions-french-citizens-convention-climate.

[56] Prendendo a riferimento i dati del Ministero dell'Ecologia, che dà conto della sede in cui sono confluite le proposte, si ricava che 62 di queste sono confluite nella *Loi Climat et Résilience* (Loi n. 2021-1104 du 22 août 2021), 39 nel *Plan France Relance* (Pnrr), 14 nella *Loi de finances* (*Loi* n. 2020-1721 *du* 29 *décembre* 2020 *de finances pour* 2021), 13 nella *Loi anti gaspillage pour une économie circulaire* (*Loi* n. 2020-105 *du* 10 *février* 2020), 1 nella *Loi Parquet européen* (*Loi* n. 2020-1672 *du* 24 *décembre* 2020), 5 nella *Loi d'orientation des mobilités* (Loi n. 2019-1428 du 24 décembre 2019), 1 nel piano d'investimento France 2030, 24 sono state recepite dalla normativa europea ed internazionale, 6 in altre leggi, 1 nella Costituzione e 38 in altre modalità (essenzialmente sul piano della *soft law*).

[57] Cfr. https://www.ecologie.gouv.fr/suivi-convention-citoyenne-climat/. In particolare, alcune delle misure recepite hanno assunto rilievo primariamente simbolico, si pensi – a tal proposito – all'introduzione del reato di ecocidio nel codice penale francese (art. L. 231-3 del *Code de l'environnement*), benché in una forma giuridica attenuata rispetto alle proposte originarie; o il divieto di nuovi voli aerei domestici sulle tratte già coperte da collegamenti ferroviari inferiori a 2 ore e 30 minuti, il rafforzamento degli incentivi per la mobilità sostenibile, tra cui l'acquisto di biciclette elettriche, e l'imposizione di obblighi stringenti di ristrutturazione energetica degli edifici commerciali.

filtri, 55 sono state modificate o comunque indebolite rispetto all'originaria formulazione e 79 respinte o non applicate[58].

4. *Cosa resta della* Convention Citoyenne pour le Climat*? Un primo bilancio sull'impatto e qualche riflessione sulla circolabilità intra-ordinamentale (sul piano regionale) ed extra-ordinamentale della Ccc*

Ciò che accade dopo la deliberazione delle assemblee cittadine (in termini di impatto sul diritto positivo) è senz'altro uno dei criteri, anche se non il solo, per trarre alcune conclusioni rispetto alla domanda di ricerca posta in apertura, ovverosia se questi strumenti partecipativi siano in grado di invertire la rotta sulla perdurante crisi della rappresentanza o, al contrario, vi sia il rischio che essi contribuiscano ad un peggioramento della stessa.

Questa operazione di *follow-up* delle Cca presenta, tuttavia, alcune intrinseche difficoltà strutturali, specie se si considera che le raccomandazioni che esitano dal processo deliberativo sono, come visto, quantitativamente elevate e qualitativamente eterogenee. Queste possono essere formulate in termini precisi e dettagliati (come standard vincolanti), oppure configurarsi come misure simboliche o trasformative, che necessitano di ulteriori operazioni per poter essere tradotte in disposizioni normative. In entrambi i casi, ad ogni modo, richiedono un coordinamento con le altre politiche pubbliche, compito che ricade inevitabilmente nelle istituzioni parlamentari e governative.

In questa prospettiva, l'esperienza francese della Ccc è stata accuratamente definita come un'assemblea con un «*trasformative deliberative content but a very limited impact on climate policy*»[59]. Al di là dei dati numerici (di cui *infra* para. 3), le ragioni di questo impatto limitato sembrano potersi rinvenire nel fallimento del tentativo – senza precedenti[60] – di co-elaborazione della legge sul clima.

---

[58] Cfr. G. D'Allens - N. Boeuf - L. Dang, *Convention pour le climat: seules 10% des propositions ont été reprises par le gouvernement*, in *Reporterre*, 31 mars 2021, https://reporterre.net/ . Tra queste, l'introduzione di una tassa sui dividendi per finanziare la transizione ecologica o il divieto di pubblicità per beni e servizi considerati altamente inquinanti, non hanno trovato ingresso nel testo legislativo.

[59] A. Galván Labrador - C. Zografos, *Empowerment and disempowerment in climate assemblies: The French citizens' convention on climate*, in *Environmental Policy and Governance*, 34, 2024, p. 418.

[60] E. Macron, *Réponse du président de la république aux membres de la convention citoyenne pour le climat*: 29 Juin 2020, https://www.elysee.fr/.

Tale processo collaborativo, non inizialmente preventivato[61], e apertosi solo successivamente al lavoro deliberativo interno alla Ccc, è infatti rimasto incompiuto nel suo svolgimento concreto, generando un clima di crescente tensione con i membri della *Convention*[62].

Ciò avveniva pur perdurando un formale *endorsement* da parte del Presidente della Repubblica, che aveva espressamente sottolineato l'importanza di un coinvolgimento diretto dei cittadini anche nella fase di recepimento delle proposte.

Eppure, nonostante i diversi incontri tra membri della Ccc, stakeholders, parlamentari e membri del Governo, che hanno ad ogni modo favorito un dibattito aperto nella fase pre-legislativa, il mancato rispetto delle aspettative dei cittadini circa la sottoposizione "*sans filtre*" promessa del Presidente Macron, ha portato ad un progressivo sgretolamento del patto di fiducia tra Governo e *Convention*[63], come emerso dalla ottava sessione della Ccc, convocata dopo la redazione delle raccomandazioni per registrare i *feedback* dei partecipanti all'assemblea[64].

Senza potersi soffermare in questa sede sull'esito di ciascuna raccomandazione, può essere utile brevemente guardare a due di queste, che hanno avuto un diverso esito pur essendo arrivate entrambe al vaglio del Parlamento.

---

[61] La circostanza che tale fase non fosse programmata sin dall'inizio ha portato a due principali conseguenze che hanno avuto un effetto di *disempowerment*: la partecipazione dei cittadini al processo legislativo si svolgeva al di fuori della cornice della Ccc, perdendo quindi di legittimazione, e la mancanza della presenza degli esperti del *Comité de gouvernance* presenti invece durante i lavori della Ccc, cfr. A. Galván Labrador - C. Zografos, *op. cit.*, p. 421-422.

[62] Vedasi, sul punto, G. D'Allens, *En colère, des membres de la Convention citoyenne boycottent le gouvernement*, in *Reporterre, le quotidien de l'Ecologie*, 14 dicembre 2020, https://reporterre.net/.

[63] A tal proposito, come ricordato da Duvic-Paoli, nel dicembre 2020, nel corso di una nuova sessione di domande e risposte con i cittadini, il Presidente della Repubblica ha riformulato in senso restrittivo il significato dell'impegno a recepire senza filtro le raccomandazioni della Convention, specificando che l'eventuale filtro alle proposte era da considerarsi solo l'omessa considerazione, mentre l'eventuale accantonamento a seguito di una discussione motivata non integrerebbe una violazione dell'impegno assunto, L.A. Duvic-Paoli, *op. cit.*, p. 255.

[64] Per una disamina dettagliata delle singole proposte della Ccc corredate dalla votazione sulla apprezzabilità della risposta del Governo, si rinvia al documento, *Convention Citoyenne pour le Climat*, *Avis de la Convention Citoyenne pour le Climat sur les réponses apportées par le gouvernement à ses propositions*, 2 marzo 2021, disponibile online al seguente link: https://www.conventioncitoyennepourleclimat.fr/wp-content/uploads/2021/03/CCC-rapport_Session8_GR-1.pdf.

Il primo caso concerne la proposta di modifica dell'art. 1 della Costituzione[65], tramite l'inserimento tra i principi fondamentali della tutela dell'ambiente, della biodiversità e la lotta contro i cambiamenti climatici. La raccomandazione, accolta con favore dal Presidente della Repubblica, è stata tradotta in un disegno di legge costituzionale sottoposto all'esame del Parlamento, il cui testo è stato approvato in prima lettura dall'Assemblea Nazionale, salvo poi arenarsi per un disaccordo tra le due Camere sulla scelta lessicale che doveva caratterizzare l'azione della Repubblica, con particolare riguardo alla intensità del dovere in capo a quest'ultima[66]. Il Primo ministro si è così trovato a dover prender atto dell'impasse e ad annunciare l'abbandono del progetto di riforma.

Diverso epilogo ha invece avuto la proposta di riforma del Cese[67], recepita dal Parlamento con la già richiamata legge organica n. 2021-27, che ha formalmente riconosciuto la possibilità di coinvolgere i cittadini – in termini di partecipazione o consultazione – nell'ambito dei lavori dell'organo, inserendo peraltro il sorteggio quale mezzo per determinare i partecipanti (art. 4).

Sempre con l'intento di rinvigorire la partecipazione, la legge organica abbassa sensibilmente il numero delle firme necessario per la consultazione tramite petizioni del Consiglio economico, sociale e ambientale (da 500.000 a 150.000), riducendo l'età minima richiesta per la raccolta firme a 16 anni (art. 3). Ed infine, sulla scia della revisione volta a snellire l'assetto organizzativo del Consiglio, con riduzione del numero dei componenti a 175, viene introdotta una procedura semplificata per la consultazione, con possibilità che la commissione competente fornisca entro tre settimane una bozza di parere, che diviene definitivo qualora il Presidente o un terzo dei

[65] L'articolo proposto in sede di deliberazione della CCC era il seguente «*La République garantit la préservation de la biodiversité, de l'environnement et lutte contre le dérèglement climatique*».

[66] La formulazione iniziale prevedeva, infatti, la garanzia della preservazione dell'ambiente e della diversità biologica e la lotta contro i cambiamenti climatici. Tale scelta era stata oggetto di attenzione nel parere del Consiglio di Stato, che raccomandava al Governo di dettagliare maggiormente gli effetti giuridici auspicati dalla riforma, specie per la conciliazione delle istanze ambientali con gli altri interessi pubblici. Cfr. Conseil d'État, *Avis sur un projet de loi constitutionnelle complétant l'article 1er de la Constitution et relatif à la préservation de l'environnement*, 21 gennaio 2021, para. 8.

[67] Per prendere visione del testo della raccomandazione di riforma del Cese, approvato al 59%, Convention Citoyenne pour le Climat, *Les propositions de la Convention Citoyenne pour le Climat*, 29 gennaio 2021, p. 420. https://propositions.conventioncitoyennepourleclimat.fr/pdf/ccc-rapport-final.pdf. .

membri del Cese non chiedano che esso venga preso in esame dall'assemblea plenaria (art. 5).

I due esempi aiutano a mettere in evidenza come la discrezionalità politica possa – legittimamente – produrre delle oscillazioni sul recepimento delle raccomandazioni elaborate dalle assemblee cittadine.

Da un lato, il fallimento dell'ambiziosa proposta di modifica costituzionale trova spiegazione nell'alto grado di conflittualità tra gli interessi ambientali e socio-economici e nella previsione di modifiche non solo simboliche, ma implicanti nuove priorità in termini di doveri costituzionali in capo alla Repubblica. Dall'altro, la riforma del Cese si è rivelata invece più facilmente permeabile al recepimento parlamentare, probabilmente in virtù della natura consultiva di tale organo, che si muove in una sfera para-legislativa, con poteri normativi indiretti e meno portati a far sorgere controversie politiche frontali.

Emerge, dunque, come – in termini di impatto – il successo delle assemblee cittadine dipenda non solo dalla qualità delle raccomandazioni, ma anche e soprattutto dalla disponibilità politica al loro accoglimento (e, del resto, non potrebbe essere diversamente)[68].

Un ulteriore profilo che può essere valutato per misurare il buon esito della Nccas, come già accennato, è la propensione alla circolabilità del modello sia sul piano intra-ordinamentale che extra-ordinamentale. Con riguardo a quest'ultimo profilo, la Francia ha senz'altro svolto un ruolo co-protagonista (se si tiene conto delle precedenti e concomitanti esperienze anglosassoni) nella circolazione delle assemblee, contribuendo in modo significativo alla creazione di uno standard deliberativo replicabile in altri ordinamenti.

Lo dimostrano, fra le altre, l'implementazione in Austria della *Klimarat* (gennaio – giugno 2022), in Spagna della *Asamblea Ciudadana para el Clima* (novembre 2021 – maggio 2022), in Norvegia della *Nasjonalt folkepanel om bærekraftig forbruk* (novembre 2024 – gennaio 2025), in Svezia della *Medborgarråd om klimatet* (marzo 2024 – maggio 2024).

Ad ogni modo, oltre alla circolazione del modello francese al di fuori dell'ordinamento, la *Convention Citoyenne pour le Climat* ha generato effetti

[68] Come sottolineato da Adrièle Jestin, la promessa del Presidente della Repubblica, da un punto di vista giuridico, era priva di valore giuridico per due ragioni. In primo luogo, per l'irresponsabilità politica e giuridica del Presidente sancita dalla Costituzione all'art. 67 per «*des actes accomplis en cette qualité*» e, secondariamente, poiché «*le dispositif des conventions citoyennes, et plus largement les dispositifs de consultation d'un public tiré au sort, ne trouvaient dans le droit en vigueur, aucune assise*», A. Jestin, *Les conventions citoyennes Un dispositif instrumentalisé, mais non institutionnalisé*, in *Revue française de droit constitutionnel*, vol. 138, 2, 2024, p. 467.

anche sul piano interno, stimolando, seppur in modo disomogeneo, la diffusione di pratiche deliberative ispirate alla CCC su scala regionale e locale. Tale processo è avvenuto in assenza di un quadro normativo uniforme, specialmente su impulso volontario dei Ceser (*Conseils économiques, sociaux et environnementaux régionaux*) o dei Consigli regionali.

Concentrando l'attenzione sulle esperienze regionali, merita di essere segnalata la *Convention Citoyenne pour l'Occitanie*, nata su impulso politico (in questo caso dell'assemblea regionale), la quale dava *mandat* alla *Convention*, ricalcando la *lettre de mission* della Ccc, con la specifica per cui il lavoro della stessa sarebbe rientrato «nelle competenze che il legislatore ha attribuito ai Consigli Regionali, nonché nel quadro e nei limiti di bilancio del nostro ente territoriale»[69].

Sul piano organizzativo, l'assemblea regionale si presentava omogenea a quella nazionale, con composizione tramite sorteggio stratificato e un impianto deliberativo anch'esso articolato in sessioni e, nel caso dell'Occitanie, con la promessa di incorporare le risultanze nel *Green New Deal régional*.

Sono tuttavia presenti alcuni profili di discontinuità, che si registrano anzitutto nel mandato più ampio dell'assemblea cittadina regionale, pur intercettando la stessa in misura significativa le problematiche ambientali, ma soprattutto nell'aver avuto un iter post-deliberativo più strutturato.

In proposito, all'esito delle tre sessioni di dibattito, la *Convention* approvava un *avis citoyen* contenente circa 300 proposte (52 delle quali sono state definite misure prioritarie), le quali venivano sottoposte a consultazione pubblica mediante una votazione regionale, tenutasi dal 16 ottobre all'8 novembre 2020 e aperta ai cittadini di età pari o superiore a 15 anni. In aggiunta alla consultazione, la Regione istituiva un *Comité de suivi de*

[69] C. Delga, *Mandat donné par la Région aux membres de la Convention citoyenne pour l'Occitanie*, 9 settembre 2020, disponibile online al seguente link: https://jeparticipe.laregioncitoyenne.fr/.

la convention citoyenne pour l'Occitanie[70] per 18 mesi (sino al 15 giugno 2022) per assicurare una fase di monitoraggio sulle raccomandazioni[71].

Altrettanto significativa è la *Convention Citoyenne pour le Climat et la Biodiversité* lanciata nel 2023 dalla Regione Bourgogne-Franche-Comté, in questo caso saldamente incentrata sulla materia climatica. L'iniziativa, promossa dal Presidente del Consiglio regionale con il supporto del Ceser, ha coinvolto 50 cittadini selezionati tramite sorteggio (di cui 36 sono stati partecipanti attivi), incaricati di formulare raccomandazioni in materia di mobilità sostenibile, uso del suolo, agricoltura, biodiversità ed energia.

L'assemblea, riunitasi per cinque sessioni da novembre 2023 a giugno 2024, ha elaborato 272 proposte che sono state presentate ai rappresentanti regionali in Assemblea plenaria il 20 febbraio 2025. Interessante, in questo caso, osservare che, secondo il rapporto Oidp, della totalità delle proposte della Convention, il 34% non rientra nelle competenze regionali, il 29% sono proposte basate su norme già in vigore ma da ampliare o modificare e il 6% sono nuove proposte relative alle competenze della regione Bourgogne-Franche-Comté[72].

Ancora, sulla stessa scia, merita attenzione la *Convention Citoyenne Métropolitaine pour le Climat* di Grenoble Alpes[73], che si è svolta nel 2022 e ha visto anch'essa una maggior interazione, rispetto al piano nazionale, tra

[70] Il Comitato si componeva di 15 cittadini volontari estratti a sorte, rispettando l'equilibrio geografico e la parità di genere, di 2 co-presidenti della Convention regionale e di 4 consiglieri regionali. Oltre al monitoraggio dell'attuazione delle raccomandazioni formulate, è stato istituito uno spazio permanente di dialogo tra cittadini e rappresentati regionali, finalizzato a verificare in che misura le proposte della convenzione vengano effettivamente considerate nell'elaborazione e nell'attuazione del Patto Verde regionale e, più in generale, delle politiche pubbliche locali. Parallelamente, con l'istituzione del Comitato è stato sottolineato l'importanza di garantire che l'esito della votazione conclusiva dei cittadini – strumento con cui sono state definite le priorità tra le proposte – sia rispettato e incorporato nei processi decisionali successivi. Infine, la Regione è chiamata a rendere conto in modo trasparente agli abitanti dell'Occitania di quanto e come le proposte formulate dalla convenzione siano state prese in carico, assicurando un effettivo riscontro tra deliberazione partecipativa e azione amministrativa. Per prendere visione dei rapporti del *Comité de suivi de la convention citoyenne pour l'Occitanie*, https://jeparticipe.laregioncitoyenne.fr/.

[71] Rifacendosi ai dati forniti dalla Regione, 45 misure prioritarie e 155 proposizioni sono state integrate nel *Plan de Transformation et de Développement* adottato dal Consiglio regionale del 19 novembre 2020.

[72] I dati forniti sono rinvenibili al seguente link, Oidp, *La Convention Citoyenne pour le Climat et la Biodiversité de la région Bourgogne-Franche-Comté,* https://oidp.net/fr/practice.php?id=1431.

[73] L'esperienza di Grenoble è approfondita in R. Louvin, *op. cit.*, p. 13 ss.

cittadino ed ente territoriale, in questo caso concretizzandosi in una seduta *ad hoc* del Consiglio metropolitano per l'esame delle 239 proposte della Convention e per la relativa votazione.

Similarmente al caso della Regione Bourgogne-Franche-Comté, anche per Grenoble si pone, in filigrana, il nodo delle competenze, che si conferma cruciale non solo nel contesto francese, fortemente centralizzato, ma anche rispetto ad altri ordinamenti a struttura più decentrata, poiché la materia ambientale, per sua natura, impone inevitabilmente una delimitazione del margine di manovra degli enti sub-statali nei confronto dello Stato centrale[74].

Dall'esame del Consiglio è infatti risultato che 56 raccomandazioni erano esterne alla sfera di competenza dell'ente metropolitano e, delle restanti 190 proposte, 144 risultavano già in corso di implementazione (seppur con gradi di sviluppo differenti), 88 erano considerate azioni meritevoli di rafforzamento; 34 erano classificate come "da studiare", in quanto, nella formulazione proposta dalla *Convention*, non risultavano immediatamente applicabili; 7 "da avviare senza indugio", in ragione della loro urgenza, rilevanza strategica o facilità di attuazione. Infine, cinque azioni sono state valutate come non pertinenti rispetto agli orientamenti politici o tecnici adottati, o già coperte da altri interventi in corso in ambiti diversi[75].

5. *L'esperienza spagnola della* Asamblea Ciudadana para el Clima

Tra le diverse esperienze europee di assemblee nazionali sul clima, degno di nota è il caso spagnolo della *Asamblea Ciudadana para el Clima*, che condivide la logica *top-down* e il ricorso al sorteggio stratificato della *Convention Citoyenne pour le Climat*, cui in parte si ispira, ma presenta altresì alcuni tratti distintivi tanto sul piano di ancoraggio normativo della assemblea, quanto sul piano della governance multilivello.

Prima di entrare nel merito, giova precisarsi che l'ordinamento spagnolo dispone, al pari di quello francese, di solide basi costituzionali in

[74] Sulla tendenza dell'ambiente ad un accentramento delle competenze verso il centro, anche in ordinamenti decentrati, S. G. Rodrigo - M. Alda-Fernandez - M. Kölling, *Climate Governance and Federalism in Spain*, in A. Fenna - S. Jodoin - J. Setzer, (eds.) *Climate Governance and Federalism: A Forum of Federations Comparative Policy Analysis*, Cambridge, 2023, p. 263–284

[75] Sulla *Convention Citoyenne Métropolitaine pour le climat*, Les Engagements de la Métropole https://conventionclimat.grenoblealpesmetropole.fr.

materia di partecipazione civica, sebbene queste siano espresse in termini generali e non specificamente riferite alla sfera ambientale[76].

Il riferimento è agli articoli 23 e 9.3 della Costituzione del 1978, che sanciscono, rispettivamente, la fondamentalità del diritto dei cittadini alla partecipazione, diretta o per mezzo di rappresentanti, alla decisione pubblica[77] e l'obbligo per i poteri pubblici di agevolare la partecipazione di tutti i cittadini alla vita politica, economica, culturale e sociale del Paese[78].

A questi possono inoltre aggiungersi l'articolo 105 Cost., che disciplina la partecipazione nel procedimento amministrativo (in termini di audizione e accesso dei cittadini), l'art. 27.5 e 51.2, che raccomandano la promozione, da parte dei poteri pubblici, di una partecipazione effettiva nella costruzione di politiche settoriali.

Per quanto non si tratti di precetti immediatamente operativi nella disciplina della partecipazione ambientale, tali disposizioni sono specchio di un ecosistema giuridico e istituzionale predisposto, quantomeno sul piano assiologico, ad accogliere – e in taluni casi a promuovere – forme innovative di coinvolgimento pubblico nei processi decisionali[79].

---

[76] Come osservato da Pérez Alberdi, sebbene la Costituzione spagnola utilizzi una formulazione apparentemente neutra nel disciplinare le diverse forme di partecipazione democratica, un'interpretazione sistematica del testo costituzionale conduce a riconoscere il carattere eminentemente rappresentativo dell'ordinamento. L'Autore sottolinea che «Tale configurazione si fonda sull'articolo 23 CE – che sancisce il diritto dei cittadini a partecipare alla vita politica attraverso i propri rappresentanti – e trova ulteriore conferma in altri precetti, tra cui gli articoli 68, 69, 152.1 e 140 CE. In questo quadro, gli strumenti di partecipazione diretta appaiono chiaramente configurati in termini eccezionali e con portata restrittiva, come evidenziato dagli articoli 87.3, 92, 140, 149.1.32, 151.2 e 152.2 CE» (trad. libera), M.R. Pérez Alberdi, *Democracia representativa y participación ciudadana en España*, in *Federalismi.it*, 10, 2014, p. 4.

[77] In argomento, M.R. Pérez Alberdi, *El Derecho Fundamental a participar en los asuntos públicos,* Madrid, 2013.

[78] In particolare, gli strumenti partecipativi previsti dalla Costituzione sono il referendum, il diritto di petizione e l'iniziativa legislativa popolare. La giurisprudenza del *Tribunal Constitucional* ha chiarito che la vaghezza della formula di cui all'art. 23 potrebbe spingere ad una interpretazione estensiva del diritto di partecipazione; il sistema è, invece, eminentemente rappresentativo tant'è che la massima espressione della partecipazione dei cittadini nei processi decisionali viene individuata, dal Tribunale costituzionale nell'elettorato attivo e passivo e negli strumenti costituzionalmente previsti per esercitare la sovranità popolare, Cfr. Sent. Tribunal Constitucional n. 51/1984, 25 aprile 1984, considerando in diritto n. 2. Approfondisce, inoltre, il tema I.M. Lo Presti, *op. cit*., pp. 7-8.

[79] Sul tema, E. Ganuza Fernàndez, *Los presupuestos participativos en España: impacto y futuro en la ciudades*, in U. Allegretti (a cura di), *Democrazia partecipativa – Esperienze e prospettive in Italia e in Europa*, cit., p. 113 ss.

Tale vocazione partecipativa si è tradotta, in ambito ambientale, nella nota *Ley* n. 27/2006, de 18 *de julio*, che recepisce la Convenzione di Aarhus e riconosce ai cittadini il diritto all'informazione ambientale, alla partecipazione nei procedimenti decisionali in materia ambientale e all'accesso alla giustizia in caso di violazione di tali diritti.

Nelle pieghe di tale cornice normativa, l'intensificarsi della crisi climatica ha rappresentato un momento di accelerazione nell'evoluzione della risposta del Governo, sollecitando – sotto la spinta di pressioni tanto interne quanto internazionali – l'adozione di misure più ambiziose e strutturate. In tale contesto si inserisce la *Declaración del Gobierno ante la Emergencia Climática y Ambiental*, approvata dal Consiglio dei ministri il 21 gennaio 2020, la quale includeva, tra le azioni da intraprendere nei primi cento giorni di legislatura, anche l'istituzione di un'assemblea cittadina nazionale sul cambiamento climatico.

Tale previsione ha trovato una compiuta formalizzazione solo con l'approvazione della *Ley* n. 7/2021, de 20 *de mayo, de Cambio Climático y Transición Energética* (Lccte), che rappresenta il primo tentativo sistematico da parte dello Stato spagnolo di organizzare in modo coerente la governance climatica.

Tra i vari elementi di interesse della legge, emerge la valorizzazione della partecipazione dei cittadini come componente strutturale della governance climatica, riconosciuta non più solo in chiave consultiva, ma quale risorsa per la legittimazione sostanziale delle decisioni pubbliche e per l'efficacia delle strategie di transizione energetica. Ed infatti, all'art. 39 – titolato *Participación pública* – viene sancito l'impegno del Governo a rafforzare i meccanismi di partecipazione già esistenti e a garantire una partecipazione strutturata dei cittadini in materia di cambiamento climatico, mediante l'istituzione della assemblea cittadina sul cambiamento climatico.

A differenza del caso francese, dove la *Convention Citoyenne pour le Climat* ha preceduto ed ispirato direttamente l'elaborazione della legge sul clima, in Spagna il processo ha seguito un ordine inverso; è stata la stessa legge a precedere – e in parte a modellare – l'istituzione dell'assemblea dei cittadini.

Questo dato aiuta a mettere in evidenzia un ulteriore elemento strutturale di discontinuità tra i due modelli. Mentre in Francia la Ccc si fondava esclusivamente su un impegno esecutivo, senza che questo venisse contestualizzato in una cornice normativa di regolamentazione, la Spagna ha invece inserito l'istituzione dell'assemblea dei cittadini direttamente nel proprio corpus legislativo, rendendola un organo permanente, delegando all'Amministrazione la regolamentazione degli aspetti essenziali. Ed infatti,

in attuazione dell'art. 39 della *Ley* n. 7/2021, è stato adottato l'*Orden* Ted/1086/2021 del Ministerio para la Transición Ecológica y el Reto Demográfico, che introduce formalmente l'*Asamblea Ciudadana para el Clima* (Acc)[80], disciplinandone la composizione, le modalità di selezione, le incompatibilità, le fasi operative e il mandato.

Oltre a rappresentare una sede strutturata (e permanente) di partecipazione pubblica a livello statale, l'assemblea è stata concepita anche con una funzione di stimolo per l'adozione di esperienze analoghe a livello sub-statale. In questo senso, la legge non impone un coordinamento multilivello vincolante, ma raccomanda espressamente – nello stesso art. 39 – l'istituzione di assemblee deliberative sul clima anche in ambito regionale e comunale, lasciando tuttavia ampia discrezionalità alle autorità territoriali.

Sempre in relazione al rapporto tra i diversi livelli di governo e gli strumenti di partecipazione, l'art. 27 prevede che il Governo approvi, ogni cinque anni, le Strategie di Giusta Transizione con la partecipazione delle Comunità Autonome e degli agenti sociali.

Ma tornando all'assemblea, l'*Orden* dispone all'art. 2 che essa debba riunire 100 persone in grado di riflettere la diversità della società spagnola, con selezione affidata – anche in questo modello – ad un soggetto terzo e indipendente, incaricato di applicare una metodologia che garantisca casualità e rappresentatività socio-demografica del sorteggio.

Con riguardo a quest'ultimo profilo, la stessa ordinanza elenca i criteri minimi che devono essere considerati, ovvero età, sesso, livello di istruzione, origine geografica e residenza in aree urbane o rurali. All'articolo 3, l'*Orden* fissa inoltre l'oggetto del primo mandato della *Asamblea Ciudadana para el Clima*, incentrato sul quesito: «Una Spagna più sicura e più giusta di fronte al cambiamento climatico: come possiamo farlo?»[81], prevedendo altresì che, all'esito dei lavori, le risultanze dell'assemblea saranno rimesse al Governo e presentate alla Plenaria del Congresso dei Deputati.

---

[80] Per ricostruire il caso spagnolo sin dalle sue origini, si rinvia a E.M. Àlvarez Gonzàlez, *Asamblea Ciudadana Para El Clima:¿Hacia un verdadero derecho a la participación ciudadana en materia de medio ambiente?*, in L. Tolivar Alas - A.J. Huergo Lora - T. Cano Campos (a cura di), *El patrimonio natural en la era del cambio climático*, 2022, p. 527-536; C. Plaza, *La emergencia de asambleas ciudadanas de cambio climático en la Unión Europea. El caso de España*, in *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, vol. 124, 2022, p. 45-76.

[81] L'*Orden* TED/1086/2021 precisa che la domanda su cui si impernia il primo mandato, che si lega all'obiettivo della neutralità climatica fissato dal diritto internazionale ed europeo, sarebbe stata ristretta a temi più specifici che saranno proposti dal gruppo di esperti indipendenti. Il gruppo si sarebbe composto di un massimo di 20 persone di riconosciuto prestigio nei settori del clima, dell'energia, della biodiversità, dell'ambiente e della trasformazione sociale.

A supporto dei lavori dell'assemblea è stato inoltre previsto un gruppo di coordinamento indipendente per facilitare il lavoro tecnico di preparazione, attuazione e supporto logistico dell'assemblea[82] e un gruppo di esperti (di massimo 20) con funzioni di natura consultiva, di nomina del *Ministerio para la Transición Ecológica y el Reto Demográfico* (Miteco), che deve tenere in debito conto le raccomandazioni della *Comisión Nacional del Clima, del Consejo Asesor de Medio Ambiente* e delle Commissioni parlamentari per la transizione ecologica del Congresso dei Deputati e del Senato (art. 4.1).

Sulla base di queste coordinate, la *Asamblea Ciudadana para el Clima* si è svolta tra il 2021 e il 2022 con cinque sessioni online ed una in presenza a Madrid con il supporto tecnico-organizzativo – come omologo del Cese in Francia – della *Oficina Española de Cambio Climático* (Oecc), operante nel Ministero per la Transizione Ecologica. Al termine dei lavori sono state formalmente adottate 172 raccomandazioni, suddivise in cinque macro-aree; consumo, alimentazione e utilizzo del suolo, lavoro, comunità, salute e assistenza ed ecosistemi.

Se il solido impianto normativo su cui si è fondata l'*Asamblea Ciudadana para el Clima* (Acc) lasciava presagire una fase di follow-up altrettanto strutturata, la prassi ha rivelato invece diversi limiti organizzativi e strategici, lasciando una sostanziale ambiguità sul reale impatto delle proposte dell'assemblea.

Tali aspettative sono state solo parzialmente rispettate, segnatamente per quel che riguarda la trasmissione al Governo del rapporto finale[83]. Non può dirsi lo stesso, invece, per l'ulteriore (seppur scarna) indicazione contenuta nell'*Orden* Ted/1086/2021 circa la presentazione e discussione delle raccomandazioni in seduta plenaria del Congresso dei Deputati, solo parzialmente rispettata con un evento istituzionale alla presenza dei

[82] È l'organo di coordinamento incaricato di facilitare l'avvio e il supporto logistico dell'assemblea e si componeva del *Basque Center for Climate Change* (BC3), un centro di ricerca internazionale multidisciplinare di eccellenza con sede a Vizcaya e della Rete Spagnola per lo Sviluppo Sostenibile, appartenente alla Rete di Soluzioni per lo Sviluppo Sostenibile (Sdsn) delle Nazioni Unite.

[83] Con riguardo ai rapporti tra Acc e Governo delle raccomandazioni, la *Asamblea Ciudadana para el Clima* consegnava il rapporto al Presidente del Governo Pedro Sánchez e alla ministra della *Transición Ecológica y el Reto Demográfico* Teresa Ribera il 6 giugno 2022, salvo poi presentare, il 22 luglio successivo, lo stesso al Consiglio dei ministri. Il presidente del Governo, in occasione della ricezione formale delle raccomandazioni, si era impegnato a pubblicare entro giugno 2023 una risposta ufficiale del governo, nella quale valutare la fattibilità di integrare le proposte nelle azioni politiche nazionali. Per maggiori informazioni, https://asambleaciudadanadelcambioclimatico.es/.

Presidenti del Congresso e del Senato, ove cinque membri dell'assemblea hanno illustrato il lavoro svolto[84].

Ciò premesso, un ruolo primario nel recepimento e raccordo tra raccomandazioni dell'Acc e politiche pubbliche è stato demandato alla *Oficina Española de Cambio Climático*, che si è mossa senza tuttavia creare strutture permanenti o procedure standardizzate, ma seguendo una linea prevalentemente dialogica. In una prima fase, tra settembre e dicembre 2022, sono stati organizzati una serie di incontri tra alcuni portavoce dell'Acc (nominati dall'Oecc) con le amministrazioni regionali (tra cui Valencia, Estremadura, La Rioja, Catalogna e governo delle Isole Canarie), *stakeholders* e rappresentanti della Federazione spagnola dei comuni e delle province (Femp)[85].

Parallelamente, l'Oecc conduceva un'analisi preliminare delle proposte dell'assemblea, classificandole per stato dell'arte, titolarità della competenza di attuazione, modalità operative e tempi di realizzazione, salvo poi trasmetterle ai 21 ministeri competenti, con l'obiettivo di chiarire lo stato dell'arte e le strategie di implementazione.

Malgrado ciò, come evidenziato dal Rapporto Knoca del 2023 (una delle pochissime fonti in materia di follow-up della Acc), la qualità e la tempestività dei contributi ministeriali è risultata variabile e in alcuni casi insoddisfacente, al punto che nel marzo 2023 l'Oecc stava ancora valutando la possibilità di ulteriori incontri bilaterali per chiarire punti rimasti irrisolti, senza una definizione chiara della struttura complessiva della risposta ufficiale del governo, né le modalità di monitoraggio e di reporting futuro[86].

[84] Sulla interlocuzione tra i portavoce della assemblea e il Congresso, e l'insofferenza dei primi circa l'inattuazione delle raccomandazioni, A. Torices, *Los españoles reclaman un pacto de Estado contra el cambio climático*, in *El correo*, 25 ottobre 2022, https://www.elcorreo.com/. A questo incontro ne ha fatto seguito un secondo, il 31 agosto 2022, tra la vicepresidente del Governo e Ministra del Lavoro Yolanda Díaz e alcuni portavoce dell'Acc, in cui è stato presentato un primo documento sull'attuazione delle proposte di competenza ministeriale.

[85] Si ritrova traccia degli eventi di presentazione alle Comunità autonome in https://asambleaciudadanadelcambioclimatico.es/.

[86] J.L. Fernández Martinez, *Impact Evaluation of the Spanish Citizens' Climate Assembly*, 2023, p. 20-26, https://riuma.uma.es/xmlui/bitstream/handle/10630/31129/SCCA%20IMPACT_edited_pdf_v5%20%284%29.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Lo stesso autore riferisce che il 12 luglio 2023, dieci giorni prima delle elezioni, i membri dell'assemblea hanno ricevuto dall'Ufficio della Presidenza del Governo una comunicazione via e-mail, con una relazione riservata sull'attuazione delle 172 raccomandazioni. Secondo quanto riportato da una partecipante intervistata, la valutazione governativa indicava che circa un terzo delle

Tentare di ricostruire le cause che hanno portato a tale zona grigia, ancor più marcata rispetto alla Ccc francese, può rivelarsi complesso.

Senz'altro potrebbe aver inciso la mancanza di un procedimento legislativo *ad hoc* verso cui far primariamente confluire le raccomandazioni dell'assemblea, al pari della legge sul clima francese, così rendendo più difficile la tracciabilità delle raccomandazioni.

Ma, allargando lo sguardo, risulta ancor più verosimile che tale incertezza si possa ricavare dalla mancanza di un coordinamento centralizzato e diretto da parte dell'esecutivo nazionale, avendo la Spagna preferito optare per un approccio di tipo dialogico e policentrico, che cercava di valorizzare la sensibilizzazione degli attori istituzionali e la distribuzione delle raccomandazioni ai ministeri e alle amministrazioni competenti.

L'assenza di obblighi vincolanti di risposta individuati a monte, unitamente alla mancata previsione di un organo ad hoc incaricato del monitoraggio hanno contribuito a "diluire" la responsabilità politica e amministrativa centrale sul piano dell'attuazione, così arrivando a crearsi una certa ambiguità sull'efficacia reale dell'esperienza deliberativa[87].

6. *La circolabilità intra-ordinamentale nelle Comunità Autonome*

L'ordinamento spagnolo si fonda su un modello di decentramento articolato e tendenzialmente asimmetrico, che riconosce alle Comunità autonome un'autonomia politica, legislativa e amministrativa di rango

raccomandazioni risultava attuato (includendo, però, anche misure già precedentemente in vigore), un quarto era stato trasmesso ad altre amministrazioni, un altro quarto era in fase di revisione, mentre per le restanti non erano ancora state individuate misure specifiche, spec. p. 23-24.

[87] Va segnalato che, proprio per la mancanza di indicazioni circa il processo di follow-up, è stata presentata una *Proposición no de Ley para mejorar la participación democrática efectiva de la Asamblea Ciudadana para el Clima* da parte del gruppo ecologista Verdes Equo per sollecitare il Governo ad intervenire.

La proposta, depositata presso la Commissione Transizione Ecologica del Congresso dei Deputati, demandava al Governo l'adozione di misure volte a migliorare il funzionamento delle assemblee climatiche, tra cui l'istituzione di un meccanismo di follow-up pubblico e periodico sulle raccomandazioni formulate dall'Assemblea nazionale; la calendarizzazione obbligatoria di una risposta ufficiale da parte dell'esecutivo; e la creazione di un organismo indipendente di monitoraggio con partecipazione della società civile. Cfr. https://verdesequo.es/presentamos-una-pnl-para-mejorar-el-funcionamiento-de-las-asambleas-climaticas.

costituzionale. Tale autonomia si esprime attraverso statuti propri e si traduce in una competenza legislativa in numerosi settori, tra cui rientra anche la materia ambientale, che molte autonomie regionali hanno progressivamente valorizzato anche sul piano della partecipazione civica[88]. È in questa cornice che devono essere inquadrate le assemblee cittadine regionali sul clima, le quali si sviluppano in un contesto giuridico-istituzionale che consente agli enti sub-statali di disciplinare e promuovere strumenti deliberativi autonomi, come confermato dal già menzionato art. 39 della *Ley* n. 7/2021, che incoraggia il ricorso a meccanismi partecipativi da parte delle autonomie territoriali[89].

Tra le Comunità autonome peculiare è il caso della Catalogna, già nota per essere un esempio virtuoso di esperimenti partecipativi "decentrati" nell'ambito dei procedimenti normativi; i quali erano inizialmente posti in essere con atti di *soft law*[90], salvo poi essere sistematizzati e valorizzati in un'apposita legge, la *Ley* n. 10/2014 *de consultas populares no referendarias y otras formas de participaciòn ciudadana*.

Proprio questa legge fornisce le coordinate per la diffusione delle assemblee cittadine, grazie alla previsione dello strumento dei forum partecipativi, intesi come spazi di deliberazione, analisi, proposta e valutazione delle iniziative e delle politiche pubbliche, di natura temporanea o permanente (art. 55 co. 1) e formati da gruppi di cittadini e rappresentanti di enti rappresentativi, selezionati dall'amministrazione come campione

[88] Per quanto anche l'ordinamento francese abbia intrapreso, a partire dagli anni Ottanta, un percorso di decentramento – rafforzato con la riforma costituzionale del 2003 – esso resta strutturalmente distinto da quello spagnolo, sia sul piano dell'architettura istituzionale che della portata delle competenze attribuite agli enti territoriali. In Francia, le collettività territoriali godono di un'autonomia prevalentemente amministrativa, esercitata entro i confini del principio di indivisibilità della Repubblica e priva di poteri legislativi propri, con conseguente minore capacità di iniziativa normativa autonoma in materia ambientale e partecipativa. In argomento, S. Gambino, *Continuità (molte) e discontinuità (poche) nel recente decentramento francese* in *Amministrare*, 2, 2003, p. 253-284; in chiave comparata, G.F. Ferrari, *Federalismo, regionalismo e decentramento del potere in una prospettiva comparata*, in *Le Regioni*, 4, 2006, p. 589 ss.

[89] E.M. Àlvarez González, *La Asamblea Ciudadana para el Clima: ¿Un modelo a seguir en las asambleas ciudadanas regionales y locales?*, in *Actualidad Jurídica Ambiental*, vol. n. 122, 2022, p. 1-41.

[90] Il riferimento è in particolare al *Pla interdepartamental de participaciò ciutadana* 2008-2010 e il *Libre verd de la qualitat democrática y el debate surgido en* 2009 *y* 2010.

rappresentativo di un settore o collettività direttamente interessato dall'iniziativa o dalla politica pubblica[91].

Tale previsione, unita al riferimento alla *Mesa Social del Cambio Climático*[92] di cui all'art. 31 della *Ley catalana* n. 16/2017, ha portato la *Generalitat de Catalunya* ad avviare l'*Assemblea Ciutadana pel Clima de Catalunya*, che si è svolta dal 18 novembre 2023 sino al 10 febbraio 2024, mantenendo una leadership governativa[93] pur essendo co-finanziata dal progetto europeo Horizon "Climas".

In linea di continuità con l'Acc, è stata prevista la partecipazione di esperti e facilitatori, con selezione dei partecipanti tramite sorteggio stratificato, grazie all'Istituto di Statistica della Catalogna e alla *Sortition Foundation* e tramite invio casuale di 20.000 lettere d'invito e successiva selezione di un panel di 100 cittadini secondo criteri di rappresentatività territoriale, socio-demografica e di genere.

Il processo si è sviluppato lungo quattro fasi – selezione, formazione, deliberazione e ritorno – ed è stato supervisionato da un *grupo motor* indipendente, incaricato di garantire la qualità e l'integrità dello stesso, e, nel ruolo di esperti specializzati, da 4 tecnici dell'Ufficio Catalano per il Cambiamento Climatico e dell'Istituto Catalano per l'Energia (*grupo de contenidos*)[94].

Al termine dei lavori, in tutto suddivisi in sei sessioni aventi come macro-tema il problema del clima, rispettivamente declinato nell'ambito

---

[91] Evidenzia quest'analogia, E.M. Àlvarez González, *La Asamblea Ciudadana para el Clima: ¿Un modelo a seguir en las asambleas ciudadanas regionales y locales?*, in *Actualidad Jurídica Ambiental*, 122, 2022, p. 30. Peraltro, tale framework normativo viene richiamato altresì nell'*Acord GOV/188/2022, de 27 de setembre, pel qual s'estableixen les bases per a l'organització d'una Assemblea Ciutadana pel Clima del Departament d'Acció Climàtica, Alimentació i Agenda Rural.*

[92] Art. 31 co. 1 della *Ley catalana* n. 16/2017, «*La Mesa Social del Cambio Climático è un organo collegiale assegnato al dipartimento competente in materia di cambiamento climatico che canalizza la partecipazione, l'informazione e la consultazione delle entità e delle organizzazioni più rappresentative del tessuto sociale, economico e ambientale della Catalogna in merito alle politiche climatiche*» (trad. libera).

[93] Nello specifico la leadership dell'assemblea promanava dal Dipartimento per l'Azione per il Clima, l'Alimentazione e l'Agenda Rurale, attraverso la Direzione Generale per la Qualità Ambientale e il Cambiamento Climatico e l'Ufficio Catalano per il Cambiamento Climatico e dal Dipartimento della Presidenza, attraverso la Sottodirezione Generale della Partecipazione Cittadina, della Direzione Generale del Buon Governo, dell'Innovazione e della Qualità Democratica e la Sottodirezione Generale della Partecipazione Cittadina.

[94] Sulla governance dell'assemblea, cfr. https://participa.gencat.cat/processes/assembleaclima/f/3833/.

delle energie rinnovabili e dei modelli agroalimentari[95], sono state adottate 48 raccomandazioni, di cui 23 proposte in tema di energia rinnovabile e 25 di alimentazione[96].

Sulla base dell'*Acord* GOV/188/2022, de 27 *de setembre del Departament d'Acció Climàtica, Alimentació i Agenda Rural*, le proposte approvate dall'Assemblea dovevano essere dettagliate in una relazione finale da presentarsi al Governo, il quale a sua volta doveva fornire una risposta motivata che indicasse l'eventuale recepimento, le modalità di attuazione o eventualmente le ragioni del rigetto delle raccomandazioni, occupandosi inoltre della trasmissione al Parlamento affinché pervenissero ai gruppi parlamentari di modo che potessero tenerne conto e valutarne l'integrazione nelle iniziative di competenza.

Tale impegno del Governo è stato ribadito il 9 aprile 2024, quando il Presidente della *Generalitat*, Pere Aragonès i Garcia, insieme al Ministro per l'Azione per il clima, ha ricevuto le raccomandazioni[97], fissando un momento entro cui tali azioni dovevano essere svolte. Il termine veniva individuato con successivo Comunicato stampa, con il quale il Governo dichiarava che «è previsto che [lo stesso] renda conto delle raccomandazioni dell'assemblea che saranno incorporate nelle politiche pubbliche, durante il primo trimestre del 2025»[98], adempimento che – allo stato – non risulta ancora essere stato rispettato.

Rispetto all'esperienza nazionale spagnola, l'assemblea catalana sembra essere dotata di un meccanismo di follow-up istituzionale

[95] Le due domande che hanno accompagnato i lavori della *Assemblea Ciutadana pel Clima de Catalunya* avevano come presupposto due dilemmi posti dai cambiamenti climatici. La domanda in ambito di energie rinnovabili era la seguente «*Quins criteris s'han de fer servir per decidir o prioritzar el tipus d'energies renovables i les seves infraestructures associades de producció i distribució de l'energia (autoconsum o grans instal·lacions a terra) i la seva ubicació, tenint en compte tant els seus beneficis com els seus impactes i costos en el territori?*». In tema di alimentazione e il cambiamento climatico, invece, la domanda cui i partecipanti dovevano rispondere era così declinata «*D'entre les opcions possibles, quines accions o canvis cal emprendre en relació al model de producció i consum agroalimentari per mitigar les emissions i incentivar les mesures d'adaptació al canvi climàtic, tenint en compte tant els beneficis i avantatges com els costos i desavantatges existents?*». Trasversalmente, era inoltre richiesto ai partecipanti di tenere conto di una prospettiva di "giustizia climatica", in termini di impatto sociale delle misure ambientali. Sul punto, per approfondire si rinvia a https://participa.gencat.cat/processes/assembleaclima/f/3828/.

[96] Per prendere visione delle raccomandazioni, consultare il seguente link: https://participa.gencat.cat/processes/assembleaclima/f/4057/.

[97] Comunicació del Govern, *El president rep les recomanacions de l'Assemblea Ciutadana pel Clima per fer front a l'emergència climàtica*, 9 aprile 2024.

[98] Presidencia, *La Generalitat s'adhereix als compromisos per promoure la participació ciutadana en les seves polítiques públiques*, 29 novembre 2024, (trad. libera)

relativamente più strutturato, almeno sul piano procedurale. In particolare, l'obbligo formale auto-imposto dal Governo regionale di fornire una risposta motivata in merito all'accoglimento, alla modalità di attuazione o all'eventuale rigetto delle raccomandazioni costituisce un elemento non trascurabile di rafforzamento della trasparenza e dell'accountability.

Resta fermo, tuttavia, che l'assenza di conseguenze giuridiche in caso di inadempimento colloca tale obbligo nel solco della responsabilità politica, senza dar luogo – ancora una volta – ad alcuna forma di vincolatività sul piano normativo.

In continuità con l'esperienza catalana, e in un'ottica di progressiva istituzionalizzazione, alcune Comunità autonome hanno formalmente integrato le assemblee cittadine nei propri ordinamenti regionali, inserendole come strumenti permanenti di partecipazione all'interno delle leggi sul cambiamento climatico e la transizione energetica, seguendo la scia della ACC.

Si è mossa in questa direzione la Navarra con la *Ley Foral* n. 4/2022, *de Cambio Climático y Transición Energética*, segnatamente introducendo la *Asamblea ciudadana navarra del cambio climático* all'art. 15 e demandando ad un *Orden Foral* la disciplina gli aspetti organizzativi e il mandato dell'assemblea, poi intervenuto nel 2024[99]. E, più recentemente, i Paesi Baschi, con l'approvazione della *Ley* n. 8/2024, *de Transición Energética y Cambio Climático*, che istituzionalizza, all'articolo 12, la *Asamblea Ciudadana de Transición Energética y Cambio Climático* e in questo caso rinvia ad un decreto, da adottarsi sulla base dell'art. 19 della *Ley* n. 3/2022 *del Sector Público Vasco*[100].

Ad ogni modo, prima dell'introduzione delle assemblee regionali sul clima ivi menzionate, tanto per la Catalogna quanto per i Paesi Baschi, si

[99] Cfr. *Orden Foral* 142E/2024, *de* 7 *de mayo*. L'assemblea ha tenuto la sua prima edizione tra il 2024 e il 2025, coinvolgendo 30 cittadini (selezionati tra 560 volontari iscritti, poi ridotti a 29 partecipanti effettivi).

[100] Alla data del 25 luglio 2025, il decreto attuativo previsto dalla Ley 8/2024 per disciplinare l'organizzazione e il funzionamento dell'*Asamblea Ciudadana de Transición Energética y Cambio Climático de Euskadi* non risulta ancora adottato in via definitiva. Il relativo progetto normativo è stato tuttavia pubblicato in forma di bozza per la consultazione pubblica, consentendo alla cittadinanza di presentare osservazioni fino all'11 luglio 2025, secondo quanto previsto dalla normativa regionale in materia di trasparenza e partecipazione, https://www.euskadi.eus.

Nel frattempo, il Parlamento basco ha approvato nel giugno 2025 ha esortato il Governo ad avviare l'*Asamblea* e ad una sua integrazione in un più ampio *Pacto Social sobre Transición Energética y Cambio Climático*. Cfr. Agencia, *El Parlamento Vasco solicita promover un Pacto Social y una asamblea ciudadana enfocada en la transición energética y el cambio climático*, Demócrata, 12 giugno 2025, https://www.democrata.es.

sono avute due esperienze-pilota sul piano locale, che rappresentano esempi virtuosi in termini di gestione della fase di follow-up. In particolare, il riferimento è alla *Asamblea Ciudadana por el Clima de Barcelona*, composta 100 cittadini sorteggiati e tenutasi dal 24 giugno al 16 dicembre 2022, con 34 proposte deliberate[101], e alla *Asamblea Ciudadana de Gipuzkoa*, tenutasi da ottobre 2022 a gennaio 2023, composta da 32 cittadini che hanno adottato 9 raccomandazioni.

Entrambe sono state proposte dalle autorità locali e hanno rispettato l'impianto "tradizionale" delle assemblee cittadine, ossia la scelta dei partecipanti tramite sorteggio stratificato, deliberando con il supporto di esperti e facilitatori. Con la differenza che, rispetto ai casi su più larga scala sinora osservati, lo strumento consultivo assembleare è stato qui preso in considerazione con una istituzionalizzazione più incisiva.

Nel caso di Barcellona, è stata infatti prevista la costituzione di un Consiglio di Monitoraggio (*comissió de seguiment*), composto da membri dell'assemblea stessa, rappresentanti dei diversi gruppi politici del Consiglio comunale, di enti cittadini legati all'emergenza climatica, di enti firmatari del *Compromís Ciutadà per la Sostenibilitat* (Impegno Civico per la Sostenibilità) e una persona del Gruppo di Esperti per l'Emergenza Climatica), con il compito di accompagnare la fase di attuazione e verificare il grado di recepimento delle proposte.

Ne seguiva una prima dichiarazione formale del Consiglio comunale in cui si informavano i partecipanti all'assemblea che lo stesso avrebbe lavorato a 29 delle 34 proposte presentate, specificando che 7 proposte erano accettate senza modifiche, 22 invece sarebbe state subordinate ad una verifica di fattibilità, principalmente per una questione di non esclusiva competenza del comune o perché si rendeva necessario elaborare in via preliminare un'azione[102].

In attuazione di tale impegno, il Comune ha poi successivamente un primo rapporto di monitoraggio il 25 giugno 2025, nel quale si rende conto pubblicamente dello stato di avanzamento delle raccomandazioni, con suddivisione nelle proposte attuate, in corso di attuazione (e del relativo

[101] Propostes de l'Assemblea Ciutadana pel Clima, Gener 2023, http://hdl.handle.net/11703/128362.

[102] Cfr. Comunicato stampa del Comune di Barcellona, *L'Ajuntament executarà el 85% de les propostes de l'Assemblea Ciutadana pel Clima*, 11 marzo 2024, https://ajuntament.barcelona.cat.

grado di implementazione in termini percentuali) e giustificando le ragioni della non attuazione delle rimanenti proposte[103].

Infine, più contenuta ma non meno significativa è l'esperienza della *Asamblea Ciudadana de Gipuzkoa*. In questo caso è stata prevista una risposta ufficiale dell'autorità politica, che ha assunto la forma di un impegno formale della *Diputación Foral* a valutare ciascuna proposta e a dare conto, entro due mesi, delle decisioni assunte. Tale impegno è stato rispettato con la pubblicazione di vari documenti di sintesi che rispecchiano la struttura del rapporto per l'assemblea di Barcellona, specificando le misure già adottate, quelle in fase di progettazione e le motivazioni delle eventuali esclusioni. In particolare, dopo un evento pubblico di presentazione del primo rapporto della *Diputación Foral* del 14 marzo 2023, sono state organizzate altre tre sessioni nell'ottobre 2023, nel giugno 2024 e nel maggio 2025[104].

7. *Conclusioni*

Tornando alle domande di ricerca iniziali, l'analisi comparata delle esperienze francesi e spagnole consente di mettere in luce alcune peculiarità delle assemblee cittadine, connesse principalmente alle specificità che connotano la materia ambientale-climatica in cui esse operano.

Queste ultime sono state il frutto, nella maggior parte dei casi, di una scelta politica proveniente dall'alto (secondo il modello c.d. *top-down*) in risposta a crisi politico-sociali, come nel caso francese, o in alternativa come tassello – più ordinato e normativamente ancorato – di una strategia legislativa di risposta alla crisi climatica, come nell'esempio spagnolo.

In proposito, il metodo comparato ha consentito di osservare come né l'origine squisitamente politica, né la piena giuridificazione siano, di per sé, determinanti per assicurare una reale incidenza sul processo decisionale, essendo solo uno dei vari fattori che vengono in rilievo come parametro per valutare la buona riuscita dell'assemblea.

Lo stesso può dirsi rispetto alla qualità del processo deliberativo, che non è in grado da solo di compensare un meccanismo di follow-up

[103] Decidim Barcelona, *Primer informe de seguimiento de la ejecución de las propuestas de la Asamblea Ciudadana para el Clima por parte del Ayuntamiento de Barcelona*, 26 giugno 2025, documento consultabile online al seguente link: https://www.decidim.barcelona/processes/AssembleaClima/f/5304/posts/197.

[104] Per prendere visione dei documenti presentati in sede di rendicontazione dalla *Diputación Foral*, https://www.gipuzkoa.eus/.

inadeguato. In Francia, la promessa di sottoporre le proposte *sans filtre* ha infatti accresciuto l'attenzione mediatica del processo, ma ha messo in luce (e non ha superato) i limiti di un raccordo non strutturato con le istituzioni parlamentari. In Spagna, al contrario, la distribuzione delle raccomandazioni tra molteplici attori amministrativi ha evitato frizioni immediate, ma ha finito per diluire la responsabilità politica dell'attuazione.

A tale quadro va aggiunto un elemento di particolarità che contraddistingue le assemblee sul clima da quanto accade fisiologicamente nel campo della democrazia partecipativa in genere, la quale predilige, o quanto meno favorisce, il livello regionale-locale.

Diversamente, nel settore climatico, l'Europa ha conosciuto, nell'ultimo decennio, un proliferare di assemblee cittadine su scala nazionale che, solo in seconda battuta, si sono irradiate nei livelli sub-statali, generando la maggior parte delle assemblee regionali e locali.

Tale apparente contraddizione trova spiegazione, per un verso, nella natura globale del problema climatico e, per l'altro, nella tensione verso il centro che caratterizza il riparto delle competenze in tale materia (e di cui si è detto *infra* para. 1).

Ciò nonostante, non sembra comunque in grado di scardinare l'assunto per cui «*multiple experiments at a smaller scale are more likely to produce good policies than one single nation-wide effort. If such experiments fail, damage is restricted to a single jurisdiction. But if they prove successful, they can be emulated by other jurisdictions*»[105].

Ne dà dimostrazione il fatto che, negli esperimenti decentrati presi in esame – per quanto emerga un non indifferente tema competenziale, più accentuato nel caso francese – è possibile intravedere con maggior chiarezza la possibilità di costruire un'integrazione degli output delle assemblee cittadine nelle politiche pubbliche.

In questo solco, circa l'intreccio tra costruzione delle politiche pubbliche e assemblee cittadine, preme sottolinearsi che l'apporto delle assemblee non può che svilupparsi in chiave consultiva rispetto alla tradizionale rappresentanza, rischiando altrimenti di scontrarsi con alcuni principi cardine dei sistemi costituzionali.

Entrando brevemente nel merito, come si è già avuto modo di sottolineare, la mancanza di un mandato elettorale rappresenta un *vulnus*

[105] K. Kössler, *Laboratories of Democratic Innovation? Direct, participatory, and Deliberative Democracy in Canadian Provinces and Municipalities*, in C. Fraenkel-Haeberle - S. Kropp - F. Palermo - K.P. Sommermann (eds.), *Citizen Participation in Multi-Level Democracies*, 2015, Leiden, p. 286.

insanabile per immaginare il riconoscimento di un qualche tipo di potestà decisionale *autonoma* all'organo assembleare. D'altra parte, il meccanismo del sorteggio stratificato – pure se raffinato dal campionamento – pare in grado di rispecchiare solo parzialmente la società civile a causa dell'iniziale (ed inevitabile) *bias* che si viene a creare nella fase casuale del sorteggio. Coloro che accettano di partecipare all'assemblea, infatti, non necessariamente sono un campione neutro della società, trattandosi piuttosto del gruppo di soggetti più motivati, informati o semplicemente disponibili, nel cui ambito avviene poi la selezione del mini-pubblico[106].

Ciò non significa, tuttavia, che le assemblee cittadine sul clima non possano rappresentare strumenti virtuosi, capaci di supportare il decisore pubblico e di canalizzare efficacemente le istanze di cambiamento provenienti dalla società civile. Esse, infatti, possono svolgere un ruolo significativo nel favorire il riavvicinamento tra cittadini e istituzioni, subordinatamente al presupposto per cui le autorità pubbliche non possono essere giuridicamente vincolate all'accoglimento delle proposte formulate dalle assemblee.

Per il raggiungimento di tale risultato sembra necessario, come sopra accennato, introdurre alcune garanzie nel processo di *follow-up*, soprattutto per le Nccas, volte ad evitare di incorrere in alcune storture di cui si è cercato di dar conto guardando all'esperienza francese e spagnola.

Tra queste, specie nei casi di assemblea con matrice *top-down*, rientra il rischio di *cherry-picking* da parte del decisore pubbliche delle raccomandazioni, ossia la selezione da parte delle istituzioni politiche delle sole proposte più congeniali ai propri indirizzi politici contingenti, snaturando così la funzione complessiva dello strumento partecipativo, rischio che può essere favorito dal numero di raccomandazioni quantitativamente elevato[107]. In stretta connessione, vi è il tema del c.d.

[106] Sul tema della rappresentanza delle assemblee cittadine, M.K. MacKenzie, *Representation and citizens' assemblies*, in M. Reuchamps - J. Vrydagh - Y. Welp (eds.), *De Gruyter Handbook of Citizens' Assemblies*, Berlin/Boston, 2023, p. 21 ss.; P. Spada - T.C. Peixoto, *The limits of representativeness in citizens' assemblies: A critical analysis of democratic minipublics*, in *Journal of Sortition*, vol. 1, 2025, p. 137 ss.

[107] Mette in luce quest'aspetto critico, tra gli altri, R. Willis - N. Curato - G. Smith, *Deliberative democracy and the climate crisis*, in *WIREs Climate Change*, 2022, p. 8. Dello stesso avviso, Elstub e Khoban, che sottolineano come «*Cherry-picking is rife then even with the CA model*» e ancora che « *CAs remain susceptible to the symbolic engagement critique [...] Even with CAs where there is a prior commitment to implement recommendations, implementation does not necessarily happen as was the case with Convention Citoyenne pour le Climat*», S. Elstub - Z. Khoban, *Citizens' assemblies: A critical perspective*, in M. Reuchamps - J. Vrydagh - Y. Welp (eds.), *De Gruyter Handbook of Citizens' Assemblies*, cit., p. 118.

citizen-washing, ovvero di un utilizzo meramente simbolico e retorico delle assemblee cittadine, tese a legittimare scelte politiche già assunte o a rimandare decisioni scomode, al tempo stesso utilizzando la "concessione" dell'assemblea per rinforzare il consenso[108].

In questo solco, si pone come esempio virtuoso il modello regionale-locale[109], per cui nella maggior parte dei casi è previsto un obbligo di risposta motivata anche nel caso di mancato recepimento delle proposte dell'assemblea, raggiungendosi un punto di equilibrio tra il rispetto del principio rappresentativo e la valorizzazione della deliberazione cittadina.

Un obbligo di questo genere, infatti, sebbene non alteri la natura consultiva dello strumento, è idoneo a creare un circolo virtuoso imponendo al decisore pubblico di entrare nel merito delle stesse, anche solo per rifiutarne la traduzione in legge. In aggiunta, tale previsione sembra ragionevole in quei casi (che, allo stato, sono la maggior parte) in cui l'assemblea abbia un'origine *top-down*, ossia promani delle stesse istituzioni, non solo come intenzione politica ma anche in termini di finanziamento con risorse pubbliche, per una questione *in primis* di accountability della stessa istituzione.

Per concludere, venendo al secondo aspetto preso in considerazione, ossia l'incidenza del grado di decentramento nella diffusione delle assemblee; in Francia, il quadro regionale conferma come il governo centrale non possa che rappresentare, in virtù del modello accentrato francese, il fulcro dell'innovazione sul piano partecipativo, servendo poi da spinta per la sperimentazione degli enti territoriali. Perciò, le esperienze subnazionali di Ccas si sviluppano «in via eminentemente informale, rend[endo] arduo procedere ad una loro complessiva mappatura»[110],

[108] Evidenzia un potenziale nesso tra *citizen-washing* e Nccas permanenti, G. Smith, *We need to talk about climate: How Citizens' Assemblies Can Help Us Solve the Climate Crisis*, London, 2024, p. 126.

[109] Per una comparazione tra diversi modelli locali, tra cui alcuni di quelli ivi trattati (Barcellona, Gipuzkoa, Grenoble e Occitania), E, Lancha-Hernández - I. Becerril-Viera, *Learning from practice: Expanding the OECD's impact evaluation criteria based on experiences of subnational climate assemblies in France, Spain and Portugal*, in *Environmental Science and Policy*, vol. 163, 2025, p. 1 ss.

[110] M. Trettel, *op. cit.*, p. 117. L'Autore a tal proposito sottolinea come il governo centrale è «l'unica sfera governativa legittimata a dare formale istituzione a procedure democratiche differenti da quelle rappresentative [...] non sorprende affatto come nel contesto di un Paese a struttura centralistica, l'apporto di innovazione istituzionale sia da individuarsi proprio nella legislazione statale», p. 116.

nonostante si registri una forma di maggiore legittimazione democratica del processo partecipativo[111].

Tale legittimazione si manifesta, in particolare, attraverso l'esplicita presa in carico istituzionale delle proposte da parte degli organi rappresentativi, sia sotto forma di deliberazione consiliare (come nel caso della seduta dedicata del Consiglio metropolitano di Grenoble), sia mediante strumenti di consultazione pubblica generalizzata, come accaduto nella Regione Occitania.

Al contrario, il modello spagnolo si impernia su una distribuzione verticale delle competenze molto più ampia, che consente astrattamente un'architettura più robusta delle esperienze regionali. Eppure, la circostanza che la legislazione nazionale (Lccte, art. 39) abbia incoraggiato, ma non imposto, alle Comunità autonome di dotarsi di assemblee regionali sul clima, ha fatto si che, *prima facie*, la circolabilità del modello non sia stata così diversa dalla Francia.

Nondimeno, il riconoscimento di competenze legislative alle Comunità autonome, a dispetto di quanto avviene in Francia, permette che l'assemblea si incardini nella legge regionale come organo permanente (si veda il caso della Navarra e dei Paesi Baschi), stabilizzandosi e potendo avere ulteriori mandati in futuro. Ancor più, sul piano della valutazione delle raccomandazioni, un maggior decentramento aggira quelle difficoltà connesse alla titolarità dell'intervento, riducendo il numero di casi in cui è necessario inviare parte delle proposte assembleari al soggetto istituzionale competente.

Il tipo di decentramento condiziona, dunque, ma – ancora una volta– non è una variabile da sola sufficiente a determinare la buona riuscita delle assemblee, potendosi ritenere astrattamente valida, in entrambi gli ordinamenti presi in esame, la considerazione per cui «il coinvolgimento dei poteri locali e l'attivazione di circuiti virtuosi di democrazia di prossimità possono senz'altro fare la differenza. La sussidiarietà qui ha modo di essere attuata pienamente nella protezione e nella conservazione dell'ambiente grazie anche ad un virtuoso intreccio tra l'intervento pubblico e l'iniziativa dei privati, in uno schema d'altra parte perfettamente coerente con il diritto euro-unitario [...] I livelli regionali e metropolitani si rivelano comunque

[111] Sulla diffusione delle *convention citoyenne* a livello locale in Francia, C. Testard, *Vers un droit commun de la convention citoyenne locale?*, in *Actualité juridique Droit administratif*, 2023, 14, p. 716 ss.

indiscutibilmente più fecondi per gestire esperienze democratiche innovative»[112].

***

ABSTRACT: The paper examines the citizens' assemblies on climate established in France and Spain as instruments of participatory democracy in environmental matters. After reconstructing genesis, composition, and operational aspects of both models, the essay will reflect on their impact on public decision-making processes, the potential for their diffusion both within and beyond their originating legal systems, and the implications these experiences entail in relation to the dynamics of institutional decentralisation.

KEYWORDS: climate citizens' assemblies - deliberative participation - climate policies – decentralisation - co-construction of public policies.

****

Chiara Padrin - Assegnista di ricerca in Diritto costituzionale e Diritto pubblico comparato, Università degli Studi di Milano (chiara.padrin@unimi.it)

[112] R. Louvin, *op. cit.*, p. 16.

RIVISTA DI
DIRITTI COMPARATI

La crisi di Governo nell'ordinamento francese: cronistoria di un istituto, fra antiche e nuove questioni*

Giulia Sulpizi

SOMMARIO: 1. Introduzione al tema: la lotta contro l'instabilità governativa francese. – 2. L'art. 49 della Costituzione del 1958: risorsa o limite? – 2.1 La fiducia iniziale. – 2.2 La *motion de censure*. – 2.3 La questione di fiducia. – 2.4 Il ruolo del Sénat tra Governo e Assemblée nationale. – 2.5 Un corollario applicativo: l'art. 50. – 3. Le vicende della XVI e XVII legislatura francese: nuove relazioni tra potere legislativo ed esecutivo. – 4. Considerazioni conclusive: il Sénat come baricentro di un sistema in crisi.

1. *Introduzione al tema: la lotta contro l'instabilità governativa francese.*

Il tema centrale della presente trattazione attiene al rapporto di fiducia che, nel sistema giuridico semi-presidenziale francese della V Repubblica, assume una duplice connotazione, legando il potere legislativo – nella specie, l'Assembée nationale – all'esecutivo e lo stesso esecutivo alla *confiance* del Capo dello Stato[1]. Questo aspetto è sempre più centrale oggigiorno, alla luce della crescente crisi – di sistema? – che connota l'ordinamento d'Oltralpe. Si ravvisa, infatti, in questa congerie temporale l'applicazione, soprattutto dall'inizio della XVII legislatura, di numerosi congegni che attengono alla "fiducia", disciplinati nell'art. 49 Cost. nei suoi diversi commi.

In Francia, l'instabilità governativa è stata a lungo considerata come un problema di grande rilevanza, venendo addirittura annoverata come la causa principale della fine della IV Repubblica[2]. Proprio per questa ragione,

* L'articolo è stato sottoposto, in conformità al regolamento della Rivista, a *double-blind peer review*.

[1] Per una considerazione sintetica e di ampio raggio sulla forma di governo francese si veda S. Bonfiglio, *La forma di governo nella V Repubblica francese: un sistema in disequilibrio?*, in Astrid online.

[2] Basti pensare, a tal proposito, che si sono succeduti 115 Governi dal 1870 al 1940 e 18 dal 1946 al 1958. Notano, in ogni caso, alcuni commentatori che molto più impattante sul termine della IV Repubblica sia stata la guerra d'Algeria: così, J. Ziller, *Il parlamentarismo dualistico francese dopo le elezioni legislative 2024: un sistema elettorale che non*

si è addivenuti, con la Costituzione del 1958, ad una specifica e articolata disciplina che si occupa dei rapporti tra Governo, Parlamento e Presidente, contenuta nell'art. 49 Cost., nelle sue ipotesi applicative di cui ai primi tre commi, e nelle sue conseguenze di cui all'art. 50 Cost. Questi elementi connotano una precisa scelta di campo del legislatore costituente, che, partendo dalla tradizione parlamentare d'Oltralpe, ha delineato un esecutivo bicefalo[3], composto da un Primo ministro dotato di specifiche prerogative di indirizzo politico/amministrativo e da un Presidente della Repubblica forte[4], con l'applicazione di numerosi meccanismi di razionalizzazione del sistema[5].

---

garantisce la stabilità di governo e non mette in evidenza i poteri costituzionali del Capo dello Stato, del Parlamento e del Governo, in *Federalismi,* n. 16, 2024, p. VIII-IX. Ciò non toglie che parte della dottrina francese rilevi come il Parlamento d'Oltralpe sia sempre considerato come «*faible*», soprattutto se rapportato ad altre istituzioni di altri Paesi dell'Unione europea. Non a caso, alcuni autori hanno elaborato degli indici per misurare la «*puissance parlementaire*»: così, M.S. Fish, M. Kroenig, *The Handbook of National Legislatures: A Global Survey*, New York, 2009.

[3] Che alcuni definiscono come «diseguale»: si rinvia, in tal senso, a B. Mathieu, M. Verpeaux, *Droit constitutionnel,* Parigi, 2024, p. 357.

[4] Sui poteri del Primo ministro si rinvia a quanto contenuto negli artt. 20 e 21 Cost.: qui si attesta, come si avrà modo di vedere nella trattazione, il potere del capo dell'esecutivo, cui si affianca l'interpretazione gollista del ruolo del Capo dello Stato, mediante una lettura estensiva dell'art. 5 Cost., in cui si afferma che «Il Presidente della Repubblica garantisce il rispetto della Costituzione. Mediante il suo arbitrato, assicura il regolare funzionamento dei poteri pubblici e la continuità dello Stato. È garante dell'indipendenza nazionale, dell'integrità del territorio e del rispetto dei trattati». Tale era quindi la visione delineata da de Gaulle nel famoso discorso di Bayeux del 16 giugno 1946, come riporta P. Piciacchia, *Il Governo francese nell'ordinamento della V Repubblica: tra continuità e discontinuità,* in *Federalismi,* n. 28, 2020, p. 280. Sottolinea l'importanza del Presidente della Repubblica M. Debré, nel suo discorso del 27 agosto del 1958 davanti al *Conseil d'Etat*, laddove ha affermato che questi «*n'a pas d'autre pouvoir que celui de solliciter un autre pouvoir: il sollicite le Parlement, il sollicite le Comité constitutionnel, il sollicite le suffrage universel. Mais cette possibilité de solliciter est fondamentale*». In ogni caso, sul passaggio tra IV e V Repubblica francese, dove la seconda si innesta chiaramente nel solco della prima, si rinvia a P. Piciacchia, *La forma di governo della IV e V Repubblica. Recenti trasformazioni e caratteri del costituzionalismo francese,* Milano, 1998, p. 181 ss.

[5] Sull'origine della V Repubblica la letteratura è davvero ampia. Basti, a titolo esemplificativo, richiamare M. Duverger, *Les institutions de la Ve République,* in *Revue Française de Science Politique,* n. 1, 1959, p. 101-134; G. Burdeau, *La conception du pouvoir selon la Constitution de 1958*, in *Revue Française de Science Politique,* n. 1, 1959, p. 87-100; M. Debré, *La nouvelle Constitution, Revue Française de Science Politique,* n. 1, 1959, p. 7-29; M. Prelot, *Pour comprendre la nouvelle Constitution,* Parigi, 1959; D. Maus, *De la IV à la Ve République ruptures et continuités,* in *Études sur la Constitution de la Ve République*, Parigi, 1990; D. Maus, L. Favoreu, L. Parodi, *L'écriture de la Constitution de 1958*, Parigi, 1992 e P. Ardant, *Les Institutions de la Ve*

In questa visione, sembra fondamentale adottare un approccio interdisciplinare, che unisce le considerazioni giuridiche a quelle politologiche[6]. Secondo questa prospettiva, si può notare come sussista a volte uno iato tra le previsioni costituzionali e la loro fattiva applicazione, che dipende dall'evoluzione sociale e culturale del Paese. Come si avrà modo di osservare *infra*, i medesimi congegni possono assumere una dimensione diversa a seconda delle contingenze. Accanto a ciò, è bene comunque tenere in considerazione come le norme stesse abbiano subìto, nel corso dei decenni, profondi mutamenti, cambiando a volte formulazione letterale.

Studiando, dunque, l'evoluzione letterale e interpretativa delle previsioni in parola, è bene fornire un bilancio sull'operatività dei suddetti strumenti, verificando se essi siano risultati – e siano tuttora – idonei ad affrontare le contingenze politiche che attraversano la Francia.

Si procederà, dunque, nel seguente modo. Dapprima, si prenderanno separatamente in esame ciascuno dei commi dell'art. 49 Cost., valutandone eventuali innovazioni prescrittive e di matrice giurisprudenziale. Solo in un

République, Parigi, 1995. In particolare, sui rapporti tra Primo ministro e Presidente si rinvia a J. Massot, *Chef de l'Etat, Chef du gouvernement – Dyarchie et hiérarchie,* in *Les Études de La Documentation Française,* Parigi, 1993, laddove si afferma che «*le régime politique français se caractérise bien par une dyarchie hiérarchisée*».

[6] Si ritiene, infatti, che non sia sufficiente guardare alla produzione normativa di un Paese, ma sia anzi necessario soffermarsi sugli apporti di altre discipline, come le scienze politiche e sociali, in un'analisi evolutiva che percorre un profilo diacronico. Lo studio del sistema partitico è, infatti, indispensabile per «la comprensione delle forme di governo considerate dinamicamente, e cioè quanto al loro funzionamento, alle regole convenzionali cui danno luogo, alle "polarizzazioni" nello schieramento dei partiti», ma sarebbe altresì «improprio ritenere che ogni variazione importante nell'ambito del sistema politico comporti un mutamento della forma di governo, sia pure assunta nella figura della Costituzione "reale", materiale o vivente»: così, L. Elia, *Costituzione, partiti, istituzioni*, Bologna, 2009, p. 332. Sulla medesima linea si pone C. Bergonzini, *I precedenti nel sistema delle fonti parlamentari: un problema di metodo?*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 2, 2012, p. 7: «Rimanendo ancorati all'attuale realtà (…) non si può che ribadire come il sistema che si manifesta tramite i precedenti parlamentari non segua le regole del diritto; esso costituisce, piuttosto, un coacervo di casi stratificatisi senza una logica giuridicamente riconoscibile, ma perfettamente comprensibile in termini di puri rapporti di forza». Non a caso, si afferma che «*Les juristes, historiens et politistes étudient les législatures depuis très longtemps*»: O. Costa, *La science politique française et l'étude du Parlement: entre singularité et internationalisation,* in *Revue d'étude et de culture parlementaires,* n. 1, 2025, p. 4. Si argomenta altresì che vi siano tre peculiarità legate allo studio del diritto parlamentare in Francia. In primo luogo, ci si basa su altre sotto-discipline per studiare il Parlamento e i suoi attori, come il diritto elettorale o l'analisi delle politiche pubbliche. In secondo luogo, si impiega uno studio empirico, connotato da un approccio sociologico ed etnologico. Da ultimo, impiegano i metodi e la nomenclatura dei *legislative studies* di matrice anglosassone: *ivi*, p. 12.

secondo momento saranno considerati gli ultimi avvenimenti che hanno caratterizzato – e stanno caratterizzando – le recenti legislature francesi, laddove si riscontrano novità senza precedenti.

Adoperando in ultima analisi una sintetica comparazione tra Italia e Francia[7], si andranno a delineare sviluppi futuri dell'ordinamento francese, tenendo comunque a mente la peculiarità del sistema giuridico semi-presidenziale.

2. L'art. 49 della Costituzione del 1958: risorsa o limite?

Già nell'alveo della IV Repubblica si discorreva di "*motion de censure*" o "*de défiance*" per indicare il meccanismo di sfiducia che può intervenire tra legislatore – *rectius*, tra Assemblée nationale, la Camera bassa d'Oltralpe – ed esecutivo. Ad ogni modo, su ventitré governi solo cinque sono stati sfiduciati mediante l'attivazione delle procedure previste dalla Costituzione del 1946[8], anche se si è comunque assistito ad una forte instabilità

[7] Sull'importanza della comparazione, T.E. Frosini, *Diritto pubblico comparato. Le democrazie stabilizzate*, Bologna, 2019, che afferma che «si compara per consentire ovvero favorire una crescita della propria legislazione, degli istituti giuridici domestici e delle scelte giurisprudenziali dei tribunali nazionali», usando come formanti la legge, la giurisprudenza e la dottrina, senza dimenticare la «formula politica istituzionalizzata», che esprime «l'essenza di quel dato sistema costituzionale, individuandone gli elementi tipici e necessari. Occorre tener presente, quindi, l'interpretazione della norma e della prassi costituzionale, al fine di cogliere il reale dinamismo della vita della Costituzione immersa nella realtà sociale». In particolare, sulla «cuginanza franco-italiana» si possono svolgere diverse considerazioni, partendo dalla comune democrazia sociale, unita alla razionalizzazione del parlamentarismo e al ruolo dei partiti. Vi sono, certamente, alcune differenze, come si può comprendere anche dalle diverse parole impiegate nel testo costituzionale. Così argomenta S. Guerrieri, *Costituzioni allo specchio*, Bologna, 2021, dove si svolgeranno svariate riflessioni sulle differenze prescritte e regolamentari dei due Paesi, stante un sostrato culturale comune.

[8] Su tale aspetto si diffonde J. Massot, *Le Président du Conseil,* in *Pouvoirs,* n. 76, 1996, p. 54 spec. Sulla nozione in sé e sul suo funzionamento si veda J.-É. Gicquel, *Motion de censure,* in AA.VV., *Dictionnaire encyclopédique du Parlement,* Bruxelles, 2023, p. 721. Il primo a discorrerne è stato W. Bagehot, *The English Constitution*, 1867, riedizione a cura di M. Taylor, Oxford, 2001, p. 11 spec., oltre a Id., *The Non-legislative Functions of Parliament,* in *The Economist,* n. XVIII, 1860, p. 893 ss., come riporta, *ex multis,* A. Le Divellec, *Bagehot et les fonctions du Parlement (britannique). Sur la genèse d'une découverte de la pensée constitutionnelle*, in *Jus Politicum,* n. 17, 2012.

governativa, date le numerose crisi extraparlamentari[9]. La ragione scatenante di questi eventi si deve, ad ogni modo, ricercare non tanto in una contrapposizione tra organi – ognuno dei quali portatore di una sua visione e in difficile accordo tra loro, come pare accadere oggi nel sistema francese – quanto in un mancato accordo tra partiti, che segna l'impossibilità di addivenire a coalizioni politiche davvero "resistenti"[10].

Con riferimento, invece, all'assetto segnato dalla Carta del 1958 attualmente vigente è l'art. 49 che si occupa del suddetto tema, delineando tre differenti ipotesi applicative, le uniche legittimate ad indubbiare il legame tra i succitati poteri[11], consistenti, rispettivamente, nella «*question de confiance*», di cui al c. 1; nella «*motion de censure*», di cui al c. 2, e nella «*question de confiance sur le vote d'un texte*», di cui al c. 3, il meccanismo più originale che lega il voto su un testo alle sorti dell'esecutivo[12].

In generale, ciò che emerge dal nuovo disegno è, innanzitutto, un parlamentarismo razionalizzato[13], in cui assumono centrale rilievo i partiti politici, definiti nei seguenti termini nella legge fondamentale: «I partiti e i gruppi politici concorrono all'espressione del voto. Essi si formano ed esercitano la loro attività liberamente. Devono rispettare i principi della

[9] Ciò era naturale conseguenza di un estremo multipartitismo, che fu incapace di dare luogo a maggioranze coese e stabili in Parlamento: così, A. Di Giovine, A. Algostino, F. Longo, A. Mastromarino, *Lezioni di diritto costituzionale comparato,* Milano, 2021, p. 323.

[10] Si afferma non a caso che sotto il IV Repubblica «*l'essentiel n'était pas dans les rapports entre les organes, mais dans les rapports entre partis. La mise en jeu de la responsabilité ne traduisait donc pas une opposition entre organes, mais l'instabilité d'une coalition*»: P. Brumet, F. Hamon, M. Troper, *Droit constitutionnel,* Parigi, 2023, p. 459

[11] Si afferma chiaramente che la Costituzione (del 1958) «*ne prévoit la mise en cause de la responsabilitè gouvernementale que dans les conditions et suivant les procédures fixées par ses articles 49 et 50*»: CC, *décision* 24 giugno 1959, n. 2.

[12] Per tale rassegna si rinvia a J. Benetti, O. Duhamel, *La Constitution et ses grands articles commentés*, Dalloz, Parigi, 2017. Fondamentale è stato il passaggio dalla IV alla V Repubblica francese, dove nel primo sistema vigeva un meccanismo di bicameralismo paritario, che legava entrambe le Camere al rapporto di fiducia con il Governo, modello poi abbandonato: J. Ziller, *Dopo le elezioni legislative di giugno 2022*, cit., p. X. Sul legame tra Primo ministro, capo dell'esecutivo, Parlamento e Presidente della Repubblica si rinvia a P. Piciacchia, *Nel solco della democrazia rappresentativa: il tandem tra le due teste dell'esecutivo, il necessario rinsaldarsi del rapporto Parlamento/Governo e il rilancio delle riforme istituzionali (con qualche concessione alla democrazia diretta e partecipativa),* in *Nomos*, n. 2, 2019, p. 3, laddove si richiama J.-P. Derosier, *Deux fois n'est pas coutume,* in *La Constitution décodée,* 2 luglio 2019: «*Le Président ne peut rien, mais il décide de tout…à condition que sa majorité le suive et elle peut à tout instant décider de ne plus le faire, ou de le faire plus modérément*».

[13] I padri di tale dizione e nozione sono certamente G. Mollet, P. Pflimlin, *Documents pour servir à l'histoire de l'élaboration de la Constitution du 4 octobre 1958*, in *Des origines de la loi constitutionnelle du 3 juin 1958 à l'avant-projet du 29 juillet 1958*, vol. I, Parigi, 1987.

sovranità nazionale e della democrazia. / Essi contribuiscono all'attuazione del principio affermato al secondo comma dell'art. 1 secondo le condizioni stabilite dalla legge. / La legge garantisce l'espressione pluralista delle opinioni e l'equa partecipazione dei partiti e dei gruppi politici alla vita democratica della Nazione». Già la sola menzione di tali soggetti nella legge fondamentale appare dirimente, poiché sembra esplicitare la centralità che essi occupano nel sistema giuridico, dal momento che questi contribuiscono a delineare il funzionamento delle istituzioni francesi, evolvendosi a seconda delle necessità economiche e sociali del Paese, similmente a quanto avviene anche in altri contesti europei[14].

Proprio i partiti costituiscono fondamentali elementi di raccordo per assicurare i due pilastri, non espressamente menzionati dalla Costituzione ma egualmente esistenti, della V Repubblica, ovverosia il *fait majoriotaire*, consistente nella concordanza tra maggioranza in seno alle Aule e all'Eliseo, e il *fait presidentiel*, cioè la supremazia del Capo dello Stato[15].

Nonostante, infatti, sia la stessa legge fondamentale ad attribuire al capo dell'esecutivo specifici poteri e prerogative, come quello di «dirigere l'azione del Governo»[16] e di essere «responsabile nei confronti del Parlamento»[17], risulta evidente uno "sfasamento" tra le previsioni normative e la loro concreta ricaduta ed interpretazione[18]. Il Capo dello Stato assume, quindi, un ruolo del tutto dissimile rispetto a quello del capo dell'esecutivo, sia questi «subordinato» alle presidenze forti o «dominante» negli anni della coabitazione[19]: il primo solamente dispone di un maggior potere simbolico, politico e normativo, nella misura in cui può dare vita allo scioglimento parlamentare, all'attività referendaria o al *pouvoir d'empêcher*, cioè di frapporre ostacoli giuridici al pieno dispiegarsi della politica governativa. Da qui, l'importanza per il Primo ministro di non inimicarsi l'Eliseo, che può a volte

[14] P. Delwit, *Les partis politiques en France,* Bruxelles, 2013, p. 21-33.

[15] R. Casella, *Il presidente della Quinta repubblica alla prova del macronismo,* in *DPCE online,* n. 1, 2023, p. 952 spec,

[16] Art. 21 Cost.

[17] Art. 20 Cost.

[18] I rapporti tra Primo ministro e Capo dello Stato sono connotati da una serie di ambiguità, in cui il primo dei due è dotato di consistenti poteri amministrativi come «*chef de gouvernement*», al punto da essere definito come «un nano politico e un gigante amministrativo», come riporta P. Piciacchia, *Il Governo francese nell'ordinamento della V Repubblica: tra continuità e discontinuità,* cit., p. 281.

[19] Di cui si darà atto *infra* nella trattazione.

pure «assumere un ruolo di garanzia istituzionale particolarmente sensibile alle istanze delle opposizioni»[20].

Per queste ragioni, è il Presidente della Repubblica ad apparire come «la chiave di volta del sistema, il *trait d'union* tra gli altri poteri»[21] o, per meglio dire, il «fusibile» dell'intero ordinamento[22], con un'evoluzione del suo ruolo che è andata di pari passo con i mutamenti del tessuto socio-culturale e del sistema partitico.

A tal proposito, si deve segnalare come il Primo ministro sia rimasto a lungo in ombra, cominciando ad emergere solo a partire dal mandato di d'Estaing, tra il 1974 e il 1981, che venne eletto come candidato della seconda forza della coalizione vincente. Dovendosi, quindi, confrontare con una maggioranza gollista in seno all'Assemblée, dovette adattarsi a nominare capo del Governo Chirac, guida di quella forza politica. Da queste semplici notazioni si può già notare, come ha avuto modo di affermare ampia dottrina francese già all'indomani dell'avvio della V Repubblica[23], l'importanza che i partiti, formazioni politiche estranee alle Assemblee rappresentative, esercitano su esecutivo e legislativo, influenzandone la concreta operatività[24].

Non stupisce, dunque, che, proprio a causa della "postura politica" delle suddette compagini, si realizzò un evento senza precedenti – e senza

[20] V. Giammusso, *Lo statuto dell'opposizione in Francia,* in *Servizio Studi Senato della Repubblica,* Roma, 1995, come riportano A. Di Giovine, A. Algostino, F. Longo, A. Mastromarino, *Lezioni di diritto costituzionale comparato,* cit., p. 344.

[21] E. Grosso, *La Francia*, in P. Carrozza, A. Di Giovine, G.F. Ferrari (a cura di), *Diritto costituzionale comparato,* Roma-Bari, 2014, p. 167.

[22] A. Giovannelli, *Aspetti della V Repubblica, da de Gaulle a Mitterrand,* Milano, 1984, p. 222.

[23] Sul punto si rinvia a A. Manzella, *I partiti politici e le forme di governo nell'Unione europea*, in S. Merlini (a cura di), *La democrazia dei partiti e la democrazia nei partiti*, Firenze, 2009, p. 79, laddove si definisce come essa sia indispensabile per esaminare compiutamente la funzione dei partiti negli ordinamenti costituzionali contemporanei, riprendendo le osservazioni di M. Duverger, che sosteneva che «chi conosce il diritto costituzionale classico e ignora la funzione dei partiti, ha una idea sbagliata dei regimi politici contemporanei; chi conosce la funzione politica dei partiti ed ignora il diritto costituzionale classico, ha un'idea incompleta ma esatta dei regimi politici contemporanei».

[24] P. Avril, *Les Chefs de l'Etat et la notion de majorité presidentielle*, in *Revue française de science politique*, n. 4-5, 1984, p. 752 ss. e Id., *La V République. Histoire politique et constitutionnelle,* Parigi, 1994. In altre parole, si distinguono – come spesso avviene in campo giuridico – due distinti piani: il primo riguarda le previsioni, costituzionali e non solo, che vanno a regolamentare la vita del Presidente, del Governo e delle Aule; il secondo attiene agli attori "extraistituzionali", ovverosia i partiti politici, che comunque esercitano un'influenza

episodi successivi similari – consistente nelle dimissioni volontarie, avvenute nel 1976, del Primo ministro Chirac, data la sua impossibilità di governare. Da qui, si ebbe la nomina a capo dell'esecutivo di Barre, che restò in carica dal 27 agosto 1976 al 22 maggio 1981, anche se dovette fronteggiare le ostilità del *Rassemblement pour la République*, elemento che lo portò più volte ad impiegare gli strumenti dei commi 3 e 4 dell'art. 49 Cost., mettendo così in atto una "pressione" sul Parlamento per consolidare la propria posizione.

Una svolta radicale nell'ambito dei rapporti tra Capo dello Stato e guida dell'esecutivo si ebbe nel periodo 1986-1988. Nel 1981 era stato eletto alla Presidenza il socialista Mitterrand[25], che aveva provveduto in un primo momento a sciogliere il Parlamento, addivenendo così ad una maggioranza a lui confacente. Eppure, le successive consultazioni legislative del 1986 portarono ad un ulteriore esito a lui sfavorevole, vedendo la vittoria delle forze di centrodestra. Per la prima volta, dunque, dall'entrata in vigore della nuova Costituzione si verificava un'ipotesi del tutto peculiare: non si riscontrava un'omogeneità tra maggioranza in seno alla Camera bassa e indirizzo politico del Presidente della Repubblica, soggetti che si ritrovavano in due schieramenti opposti. Giunti a questo punto – di vera e propria tensione – si prospettavano due strade percorribili, fra loto inconciliabili. Da una parte, si evocava per Mitterrand la possibilità – financo doverosità – di presentare le dimissioni, facendo valere una propria «responsabilità politica indiretta»[26]. Dall'altra, si poteva prospettare una convivenza forzata, mediante una condivisione del potere con forze politiche di segno antitetico rispetto al proprio, scelta per cui l'allora Presidente optò. Si arrivò, quindi, alla prima *cohabitation*[27], termine volto a

indiretta sul potere legislativo ed esecutivo, come ci si può rendere conto se si osservano le relazioni, passate e presenti, tra i succitati attori.

[25] Quest'elezione, avvenuta nel maggio 1981, e la vittoria dei partiti di sinistra alle elezioni legislative anticipate del mese successivo segnò, ad ogni modo, il passaggio di Barre all'opposizione, portandolo non solo ad allontanarsi dalla scena politica, ma anche e soprattutto a dichiararsi apertamente scettico nei confronti del formula della coabitazione, data l'eterogeneità delle forze partitiche coinvolte, che saranno chiamate a fronteggiarsi su questioni di comune interesse con, spesso, visioni del tutto dissimili tra loro.

[26] Così argomentarono, *ex multis*, O. Beaud, *La contribution de l'irresponsabiité présidentielle au développement de l'irresponsabilité politique sous la Vème République,* in *RDP,* n. 5-6, 1998, p. 1541 ss.; J. Massot, *Chef de l'Etat, Cchef du gouvernement,* cit. e G. Vedel, *Variations et cohabitations*, in *Pouvoirs,* n. 45, 1997, p. 149 ss.

[27] Tale termine fu coniato dal futuro Primo ministro Balladur.

designare tutti i periodi in cui la maggioranza presidenziale e parlamentare sono assolutamente dissimili[28]. Nonostante, però, si utilizzi un solo termine per denominare tale evenienza, è bene notare come, nel corso della storia dei cugini d'Oltralpe, si sia assistito a tre diverse declinazioni di tale concetto.

In particolare, nel periodo 1986-1988, si assistette tra Mitterrand e Chirac alla *cohabitation combactive*, dove ciascuna delle due teste dell'idra cercava di prevalere sull'altra[29]. Il primo, non a caso, tendeva a concentrare la propria azione sull'ambito diplomatico e della difesa[30], mentre il secondo sottolineava le ampie prerogative del Governo sotto il versante interno, in special modo guardando al campo economico e sociale[31].

Passando, poi, ad una seconda ipotesi di *cohabitation*, si tratta di quella *de velour*, che si ebbe tra Mitterrand e Balladur tra il 1993 e il 1995[32], connotata da un rapporto maggiormente piano, privo di asperità. Si può affermare che tale circostanza si verificò per svariate ragioni, tra cui spiccano la maggiore "esperienza" in fatto di coabitazioni del Presidente; le lotte interne allo stesso partito socialista, che avevano indebolito la *leadership* del Capo dello Stato, e da ultimo la maggioranza schiacciante nella Camera bassa di cui godeva il capo dell'esecutivo. Tale complessa situazione determinò per Mitterrand una maggiore concentrazione sempre sulla politica estera e della difesa, rinunciando da parte sua a qualsiasi ruolo attivo in materie di politica interna più propriamente detta[33].

---

[28] L. Favoreu *et altri*, *Droit constitutionnel*, Parigi, 2005.

[29] Si rinvia alle considerazioni espresse a tal proposito da M. Volpi, *"Cohabitation" e sistema politico,* in *Pol. del dir.*, 1986, p. 717 ss. e da R. Iaselli, *La coabitazione in Francia e le sue conseguenze politico-istituzionali (1986-1988)*, in *Quaderni costituzionali,* 1990, p. 183 ss.

[30] Si concentrano su questi aspetti A. Giovannelli, *La "Monarchie nucléaire" e la "cohabitation": dal "domaine reservé" al "domaine partagé",* in *Pol. dir.,* 1986, p. 675 ss. e C.A. Colliard, *Les pouvoirs de la présidence de la République en cass de coexistence institutionnele (mars 1986-mai 1988),* in *Rev. dr. pub.,* 1989, p. 1565 ss.

[31] Così riporta M. Calamo Specchia, *Una rilettura del ruolo del Presidente della Repubblica in Francia: da de Gaulle a Macron la prova di resistenza delle istituzioni golliste,* in *DPCE online,* n. 1, 2018, p. 14

[32] In questo periodo di tempo, e in parte già dal 1988, non si assistesse a grande instabilità parlamentare, anche se molti esecutivi oscillarono tra il centro-destra e le forze di sinistra.

[33] Ciò non toglie che si ebbe una vera e propria convergenza positiva, anche in tema di politica estera, dove gli sforzi de Presidente, del Primo ministro e del Ministro degli esteri si fecero tutt'uno: riportano questi dati S. Gozi, *La terza coabitazione e la politica europea della Francia: rischio di crisi istituzionale od ulteriore adattamento del modello francese?,* in *Riv.dir.pub.sc.pol.,* 1989, p. 121 ss. e D.G. Lavroff, *Le droit constitutionnel de la V République*, Parigi, 1999, p. 948.

Infine, si può annoverare la terza tipologia di *cohabitation*, quella *perennisée* tra Chirac e Jospin del periodo 1997-2002, durata, in maniera evidente, per l'intera legislatura e caratterizzata da una pressoché netta primazia del Primo ministro a discapito del Capo dello Stato. Fu, infatti, la guida dell'esecutivo non solo a reggere le determinazioni in tema di programmazione nazionale, ma anche ad esercitare importanti poteri nell'ambito della politica europea e delle relazioni internazionali, con ciò differenziandosi nettamente rispetto agli antecedenti storici[34].

In questo contesto, proprio per cercare di contrastare la possibilità di tali disallineamenti, è stata approvata una riforma costituzionale, con l. cost. n. 964/2000, volta a ridurre il mandato presidenziale, portandolo a cinque anni, con ciò comportando un'anticipazione delle elezioni presidenziali rispetto a quelle legislative, come ha previsto l'attuativa *loi organique* n. 419/2001, tesa a modificare il calendario elettorale attraverso una proroga della legislatura allora in corso per far intervenire l'applicazione della neo-introdotta regola. In questa prospettiva, si è arrivati ad un'importante parificazione: si tratta, a ben vedere, dell'eguale estensione delle due istituzioni a legittimazione popolare diretta, ovverosia il Presidente della Repubblica e l'Assemblée nationale. Tale elemento ha avuto importanti ripercussioni e conseguenze che sono apparse, con tutta la loro forza, negli anni successivi, comportando, con le nuove consultazioni, una pressoché sicura consonanza tra maggioranza parlamentare e presidenziale e il venir meno dell'esercizio del potere di scioglimento della Camera bassa[35].

Data questa succinta analisi, si è assistito in molti casi[36] ad una, per così dire, «deriva presidenzialista», favorita dal «*parlamentarisme négatif*»[37], oltre che dalla «duttilità che permea la Costituzione del 1958», che va ad adattarsi alle diverse "interpretazioni" delle norme lì contenute da parte delle

[34] Sull'evoluzione e le differenze tra queste tre coabitazioni si rinvia ai contributi di M. Calamo Specchia, *I mutamenti costituzionali informali in Francia: un epifenomeno alla ricerca di una proiezione giuridica?,* in *DPCE*, 2009, p. 1699 ss. e di L. Fabiano, *"Trasformazioni" e "transizioni" costituzionali tra categorie definitorie "west based": il modello liberale e il caso africano,* in AA.VV., *Le trasformazioni costituzionali del secondo millennio. Scenari e prospettive dall'Europa all'Africa,* Santarcangelo di Romagna, 2016, p. 38 ss.

[35] Per un'analisi dei suddetti elementi si veda M. Calamo Specchia, *Una "Repubblica senza costituzione e senza repubblicani". Introduzione a Leggi costituzionali della III Repubblica di Francia,* in *Il Monitore costituzionale,* 2008, p. XLV ss.

[36] Ma non sempre. Basti pensare, a tal proposito, al secondo mandato Chirac o alla Presidenza Hollande (2012-2017), dove non si è riscontrata tale deriva.

[37] Su cui la dottrina insiste da tempo: si veda P. Avril, *Renforcer le Parlement: qu'est-ce à dire?,* in *Pouvoirs,* n. 3, 2013, p. 9-19, oltre a A. Le Divellec, *Vers la fin du «parlamentarisme négatif» à la française?,* in *Jus Politicum,* n. 6, 2011.

istituzioni stesse[38]. A seconda, dunque, delle contingenze la concreta applicazione delle norme della Carta andavano a mutare i propri contorni.

Con la presidenza di Sarkozy si è addivenuti ad una vera e propria iperpresidenzializzazione, secondo cui il Governo *«n'a désormais qu'un seul devoir: celui de mettre en oeuvre le programme présidentiel*», con un Primo ministro che era divenuto «*collaborateur*» del Capo dello Stato[39], avendo come unico compito quello di aiutarlo ad addivenire ad un'importante revisione costituzionale, che poi esiterà nelle riforme apportate alla legge fondamentale nel 2008[40].

La tornata elettorale presidenziale del 2012, pur registrando un'alta partecipazione, ha visto, però, nel secondo turno una tendenza astensionistica, evidenziando così un dato centrale, consistente in una crescente sfiducia nei confronti delle istituzioni rappresentative, a causa della crisi economica e della fluidità delle proposte programmatiche dei quattro principali candidati[41]. Ciò ha influenzato pure le elezioni legislative, anche queste connotate da un ampio tasso di astensione, segnando ulteriormente un rafforzamento dell'effetto di trascinamento che le elezioni del Presidente della Repubblica portano con sé[42]. In questo contesto il ruolo della presidenza è stato, tra l'altro, meno forte, facendo venire meno quell'antica centralità.

Eppure, è stato a partire dalla XV legislatura, cominciata nel 2017, che si è assistito ad un profondo mutamento del sistema partitico, passando da

[38] M. Calamo Specchia, *Appunti per riflessioni in fieri sulle elezioni francesi del 2022 e sui loro riflessi sull'hyperprésidentialisation della forma di governo della V Repubblica,* in *Nomos*, n. 2, 2022, p. 4.

[39] J. Gicquel, J.-É. Gicquel, *Droit constitutionnel et institutions politiques,* Parigi, 2025, p. 554, oltre a J.-É. Gicquel, *Équilibres et déséquilibres sous la Ve République,* in *Revue française de droit constitutionnel,* n. 2, 2015, p. 275 spec., trattando proprio del rapporto tra Sarkozy e Fillon. Nonostante la centralità di quest'ultimo, si ravvisavano delle "tensioni" tra le due istituzioni in parola, dove l'uno (il Presidente della Repubblica) ha cercato di esaltare la propria funzione rispetto all'altro. Non a caso, l'autore afferma qui altresì, proprio per sottolineare la crescente importanza, anche in anni recenti, del Capo dello Stato che la centralizzazione della politica estera «*conduit le Président à déterminer les options fondamentales*».

[40] Di cui si darà conto *infra.*

[41] Per una disamina dei programmi dei diversi candidati delle elezioni del 2012 si rinvia al documento *Election présidentielle: dix questions aux candidats,* in *Revue Politique et Parlementaire,* gennaio-marzo 2012*,* n. 1062, p. 24-45. Per gli esiti si può consultare il sito dell'*Assemblée nationale*.

[42] M. Calamo Specchia, *Una rilettura del ruolo del Presidente della Repubblica in Francia: da de Gaulle a Macron la prova di resistenza delle istituzioni golliste,* cit., p. 28.

un «*bipartisme déséquilibré et imparfait*»[43] ad un «bipolarismo a formato variabile»[44], ovvero ad una bipolarizzazione debole, connotata da una nuova figura di spicco, Macron, già Ministro nella precedente legislatura, è arrivato a porsi come «*président jupitérien*», disallineandosi rispetto alle tendenze leaderistiche estreme di Sarkozy e alla presidenza «*normal*» di Hollande[45], volendo anzi riprendere il mito gollista votato alla *grandeur* della Francia[46].

Ciò non va a disconoscere, ad ogni modo, la figura e il ruolo del Primo ministro, che rimane un elemento chiave dell'ordinamento, risultando la controparte "naturale" del Capo dello Stato di fronte all'opinione pubblica, dotato comunque – sulla carta e nei fatti – di ampi poteri amministrativi e normativi, com'è avvenuto, in tempi recenti, nell'ambito dell'esecutivo Philippe, chiamato a delineare specifiche previsioni per gestire l'emergenza sanitaria Covid-19[47].

Tale evoluzione dei rapporti trilaterali delle istituzioni del Paese[48] è significativa, poiché vede un diverso impiego ed utilizzo dei meccanismi fiduciari, che hanno sensibilmente mutato la loro forza applicativa nel corso del tempo.

In questo contesto, non a caso, le suddette procedure hanno avuto varie finalità politiche, soprattutto come armi nelle mani dell'opposizione – o, per meglio dire, delle opposizioni, se consideriamo le già menzionate

---

[43] M. Lazar, *La Ve République et les partis, les parties et la Ve République,* in F. Lanchester, V. Lippolis (a cura di), *La V Repubblica francese nel dibattito e nella prassi in Italia*, Napoli, 2009, p. 47.

[44] S. Ventura, *Francia: bipolarismo a formato variabile,* in P. Grilli di Cortona, G. Pasquino, *Partiti e sistemi di partito nelle democrazie europee,* Bologna, 2007, p. 108.

[45] Sottolineando così la necessità di ridefinire il ruolo presidenziale all'indomani della riforma del quinquennato e del nuovo calendario elettorale: in tal senso, O. Duhamel, *Macron ou l'illusion de la république gaulienne,* in *Pouvoirs,* n. 166, 2018, p. 5 ss. Si ravvisa, altresì, l'importanza, anche simbolica, di tracciare una netta linea di confine rispetto ai suoi predecessori: in tal senso, R. Casella, *Il presidente della Quinta repubblica alla prova del macronismo,* cit., p. 955-956.

[46] Sulla ripresa del modello di de Gaulle si veda A. Flandrin, *Le général de Gaulle, grand inspirateur d'Emmanuel Macron*, in *Le Monde,* 8 gennaio 2021. Similmente, si nota come tutta la linea politica di Macron, soprattutto nel suo primo mandato presidenziale, sia stata ispirata alla verticalità: P. Leroux, P. Riutort, *De la verticalité imaginée à l'horizontalité assumée,* in AA.VV., *Emmanuel Macron, la communication et les médias*, Parigi, 2022, p. 32.

[47] Sul punto è chiara l'analisi di in P. Piciacchia, *Il Governo francese nell'ordinamento della V Repubblica: tra continuità e discontinuità,* cit., p. 314-315.

[48] «*Les études parlementaires doivent également analyser l'influence sur le Parlement français des changements juridiques, politiques et sociétaux qui affectent le pays depuis le début des années 2000*»: O. Costa, *La science politique française et l'étude du Parlement: entre singularité et internationalisation,* cit., p. 20.

tendenze cominciate dalla XV legislatura – determinata a raggiungere vari scopi, tra cui «*stigmatiser solennement l'(in)actin du pouvoir en place ou un projet de réforme déterminé*», «*démontrer son unité*», «*attirer l'attention de l'opinion publique*» e «*rappeler son existence à l'Exécutif*». In altre parole, tali congegni divengono centrali per assicurare un legame di responsabilità e di "risposta" tra Presidente della Repubblica, Governo e rappresentanti del popolo[49].

2.1. *La fiducia iniziale*

La prima ipotesi, disciplinata al c. 1, si riferisce al caso in cui «*Le Premier ministre, après délibération du conseil des ministres, engage devant l'Assemblée nationale la responsabilité du Gouvernement sur son programme ou éventuellement sur une déclaration de politique générale*». L'attivazione di questo strumento è chiaramente connessa alla sussistenza o meno di una maggioranza forte, in consonanza con l'esecutivo, in seno all'Assemblée nationale: in altri termini, se il sostegno resta dubbio, sarà meglio evitare il ricorso alla suddetta prescrizione[50]. Nella prassi è pure possibile che, in applicazione dell'art. 50-1 Cost.[51], si addivenga ad una dichiarazione di fronte ad una delle due Aule, a seguito della quale si apra un dibattito il cui esito sarà, eventualmente, l'*engagement de responsabilité* del Governo.

Si tratta di una procedura che, di fatto, come sostiene una parte della dottrina, deve presentare l'appoggio del Presidente della Repubblica per il suo impiego, dal momento che quest'ultimo, in caso di disaccordo, potrebbe pure opporsi all'iscrizione all'ordine del giorno della deliberazione in parola[52]. Proprio per queste ragioni, vi sono state, nel corso della storia della V Repubblica francese, varie applicazioni di tale meccanismo, di impegno del Governo di fronte all'Assemblée mediante una dichiarazione di politica generale seguita da un voto[53]. Basti pensare, a tal proposito, a quanto avvenuto con Debré nel 1959 e con Pompidou nel 1962, che chiese

[49] J.-É. Gicquel, *Motion de censure,* cit., p. 724.

[50] P. Brumet, F. Hamon, M. Troper, *Droit constitutionnel,* cit., p. 699

[51] «*Devant l'une ou l'autre des assemblées, le Gouvernement peut, de sa propre initiative ou à la demande d'un groupe parlementaire au sens de l'article 51-1, faire, sur un sujet déterminé, une déclaration qui donne lieu à débat et peut, s'il le décide, faire l'objet d'un vote sans engager sa responsabilité*».

[52] Sul punto, P. Ardant, *Le Premier Ministre en France*, Parigi, 1997, p. 142.

[53] Riguardo alla distinzione tra le nozioni di dichiarazione di politica generale e di programma è stato il Conseil constitutionnel, con *décision* del 12 gennaio 1977, n. 72, a chiarire che questi termini abbiano, anche nell'impiego che ne fa la Costituzione del 1958, un significato similare.

l'approvazione di una dichiarazione di politica generale. Altro caso centrale, verificatosi nel corso di una *cohabitation*, si ebbe nel corso della terza coabitazione, quando, il 19 giugno 1997, Jospin lo impiegò, ottenendo il sostegno della maggioranza dell'Aula con 297 voti contro 252.

Resta dubbia, in ogni caso, la vincolatività o meno di tale congegno. Sotto questo profilo, si possono rinvenire quattro diversi orientamenti. Secondo una prima teorica, nessun Primo ministro dovrebbe sentirsi obbligato ad impiegare l'art. 49, c. 1 Cost. per impegnarsi formalmente davanti al Parlamento. Secondo un altro indirizzo, questa disposizione altro non sarebbe che un modo per sollecitare, anche durante l'esercizio del mandato, la fedeltà e la fiducia dell'Assemblée. In terzo luogo, c'è chi argomenta che tale previsione sia fondamentale in caso di dissonanza tra maggioranza parlamentare e presidenziale, al fine di rinsaldare quel legame che dovrebbe sussistere fra le istituzioni ed evitare crisi e fratture di sistema. Da ultimo, si ravvisa come questo strumento possa essere utile per presentare un intento legislativo dell'esecutivo di fronte all'Aula cui ci si rivolge senza che esso si sostanzi fin da subito in un progetto di legge, sondando così il *sentiment* della Camera[54].

Stanti queste possibili interpretazioni, è bene notare come sia la prassi che la dottrina maggioritaria considerino la fiducia iniziale come una sorta di fiducia implicita, in mancanza di un vero e proprio obbligo del Governo di presentarsi davanti all'Assemblée. In Francia, infatti, l'esecutivo entra nel pieno delle proprie funzioni al momento della nomina e, com'è avvenuto soprattutto agli inizi della V Repubblica, solo successivamente quest'ultimo si presenta all'Aula, con il fine di sancire un rapporto di consonanza tra Camere, Governo e Presidente della Repubblica[55].

Si tratta, ad ogni modo, di una previsione centrale, come ha dimostrato la recente prassi. Basti pensare a quanto avvenuto il 12 giugno 2019, quando il Primo ministro Philippe si è presentato *ex* art. 49, c. 1 Cost. davanti all'Assemblée, misura concordata con Macron stesso, al fine di rinsaldare il rapporto del Governo con il Parlamento dopo le elezioni

[54] Cfr. D. Chagnollaus, J.L. Quermonne, *La Ve République. Le pouvoir exécutif et l'administration,* Parigi, 2000, p. 146 spec.

[55] Il terzo e quarto Governo Pompidou nel 1966 e 1967, oltre al Governo di Couve de Murville del 1968, non chiesero l'applicazione dell'art. 49, c. 1, Cost. Dagli anni '80 in poi, fino al 2022, pressoché tutti gli esecutivi si impegnarono con una dichiarazione di politica generale seguita da un voto. Sul punto, si rinvia alla disamina storica contenuta in P. Piciacchia, *Il Governo francese nell'ordinamento della V Repubblica: tra continuità e discontinuità,* cit., p. 287.

europee e il calo di popolarità del Presidente, con ciò mettendo in luce ancora una volta, se fosse necessario, la sua attualità.

In tempi recenti non presentarsi ai sensi dell'art. 49, c. 1, Cost., com'è avvenuto nel caso del Governo Borne, o presentarsi in un momento successivo, secondo l'impostazione del Governo Bayrou, sono frutto di scelte determinate dall'assenza di una maggioranza assoluta.

Non è un caso, dunque, che anche nel 2025 si sia addivenuti all'impiego di questo meccanismo, con esiti, però, inediti, come si avrà modo di enfatizzare *infra*.

2.2. La motion de censure

La seconda ipotesi attiene alla «*motion de censure ordinaire*», contenuta nel c. 2, laddove si afferma che «*L'Assemblée nationale met en cause la responsabilité du Gouvernement par le vote d'une motion de censure. Une telle motion n'est recevable que si elle est signée par un dixième au moins des membres de l'Assemblée nationale. Le vote ne peut avoir lieu que quarante-huit heures après son dépôt. Seuls sont recensés les votes favorables à la motion de censure qui ne peut être adoptée qu'à la majorité des membres composant l'Assemblée. Sauf dans le cas prévu à l'alinéa ci-dessous, un député ne peut être signataire de plus de trois motions de censure au cours d'une même session ordinaire et de plus d'une au cours d'une même session extraordinaire*». Tale procedura, a ben vedere, è similare rispetto a quanto si prevede in Italia *ex* art. 94 Cost. Si riscontrano, infatti, condizioni che attengono alla «*recevabilité*», al «*déroulement de la procédure*» e alle «*modalités du scrutin*».

In questo caso, infatti, oltre ad una soglia numerica da raggiungere[56], si ha pure un vincolo temporale di 48 ore[57] e un'istruzione della questione da parte del Presidente dell'Assemblée, che presenta la *motion* nella prima seduta disponibile. Qui, dopo una discussione generale, seguita da eventuali dichiarazioni di voto da parte dei deputati, si effettua la vera e propria votazione in una data stabilita dalla *Conférence des présidents*[58]. Si precisa, inoltre, che il medesimo deputato non possa sottoscrivere più di una mozione alla volta, chiarendo in ogni caso che possano essere contemporaneamente depositati più atti da parte di gruppi diversi, che non

[56] La soglia è di 58 su un numero complessivo di 577 deputati dopo il 1986. Una volta effettuato, tra l'altro, il deposito della *motion*, si esclude ogni ripensamento, poiché «*aucune signature ne peut être retirée ni ajoutée*»: così, art. 153 RAN.

[57] Vincolo che sotto la IV Repubblica era di 24 ore.

[58] Art. 154 RAN.

intendono associarsi, e gli stessi possono essere discussi nell'ambito della medesima seduta, ma debbono essere votati singolarmente[59].

Nell'alveo, poi, del voto favorevole della maggioranza assoluta dei componenti dell'Assemblée, il meccanismo di scrutinio si basa sull'elemento della pubblicità. Tutti i deputati sono chiamati nominalmente secondo un ordine alfabetico a partire da una lettera estratta. Gli onorevoli, dunque, segnano il proprio voto su una scheda e la consegnano ai segretari della Camera presenti, i quali la depositano in un'urna posta su una tribuna. Il risultato della votazione è constatato dai funzionari dell'Aula ed è, infine, proclamato dal Presidente della stessa[60].

È bene notare, inoltre, come sia previsto un limite per ogni deputato per la presentazione di tali atti. Prima della riforma del 4 agosto 1995, ogni parlamentare non poteva presentare che una *motion* nel corso della stessa sessione, prevedendosi all'anno due sessioni ordinarie e almeno una sessione straordinaria. Da qui, derivava la possibilità, di fatto, per ogni deputato di presentare come minimo tre proposte di sfiducia all'anno. Dopo la succitata revisione, però, la sessione ordinaria è una sola, molto lunga, che va dal 1 ottobre al 30 giugno, con esclusione di spazi per sessioni straordinarie. Vigente, quindi, la vecchia regola, lo spazio di azione per i deputati sarebbe stato molto ristretto. Da qui, la nuova previsione, che sancisce la possibilità di presentare al massimo tre *motions* nel corso delle sessioni ordinarie[61].

In aggiunta a ciò, si specifica che tale atto non può essere soggetto ad emendamenti[62] e deve essere adottato da deputati favorevoli alla *censure* presenti fisicamente in Aula al momento della votazione, computando gli assenti e gli astenuti tra i sostenitori attivi del Governo[63].

Non stupisce, dunque, che, dal 1958 al 2021, siano state discusse sessanta mozioni, ma solo una abbia sortito effetto. Si tratta di quella del 2 ottobre del 1962, diretta contro Pompidou, ma in nessun'altra ipotesi vi sono stati "pericoli" di ribaltamento dell'esecutivo, alla luce delle peculiari contingenze politiche del tempo. Da allora in poi, infatti, vi è sempre stato o un partito o una coalizione che all'Assemblée raggruppasse più della metà

[59] Art. 154, c. 2 RAN. Tale ipotesi si è verificata due volte nel corso della V Repubblica, il 14 marzo 1979 e il 31 luglio 2018: così, J.-F. Kerléo (a cura di), *Règlement de l'Assemblée nationale commenté,* Parigi, 2022, p. 346.

[60] Art. 154, c. 6 RAN.

[61] P. Brumet, F. Hamon, M. Troper, *Droit constitutionnel,* cit., p. 700.

[62] Art. 154 RAN.

[63] J.-É. Gicquel, *Motion de censure,* cit., p. 723.

dei deputati, sostenendo, così, il Governo e il suo operato[64]. Ciò non toglie che l'importanza della suddetta procedura possa essere sottolineata dal fatto di costituire, per i gruppi di opposizione, un valido strumento di pressione sulla maggioranza[65].

Alla luce della anzi detta prospettazione si deve rilevare come sia fondamentale, per impegnare l'esecutivo in un sistema di procedure assembleari razionalizzate, il meccanismo fiduciario così congegnato che per lungo tempo non è stato idoneo a rovesciare l'esecutivo, dando origine ad un «*système parlementaire à captation présidentielle*»[66]. La situazione è, infatti, parzialmente mutata di recente.

Già è progressivamente venuta meno la dinamica del *fait majoritaire*, di cui si accennava in premessa quale uno dei due pilastri della V Repubblica francese[67]. Il percorso in tal senso è stato lungo e variamente articolato, per due ragioni specifiche.

In primo luogo, ciò si deve ad un mutamento di taluni istituti di diritto costituzionale e parlamentare, come la riforma della Carta apportata nel 2008 e le modifiche dei Regolamenti. Ci si riferisce, in specie, al fatto che il Capo dello Stato, che in un primo momento poteva solo inviare messaggi alle Camere senza entrare fisicamente nelle Aule, possa intervenire di fronte al Parlamento in seduta comune *ex* nuovo art. 18, c. 2 Cost. Tra l'altro, «*Il suo intervento può dar luogo, in sua assenza, ad un dibattito cui non segue alcun voto*»[68].

---

[64] J. Benetti, *Droit parlementaire et fait majoritaire à l'Assemblée national sous la Ve République*, Parigi, 2004, p. 18: «*Le fait majoritaire est réalisé par l'union du gouvernement et de la majorité dans l'exercise du pouvoir, par leur solidarité réciproque*».

[65] P. Brunet, F. Hamon, M. Troper, *Droit constitutionnel,* cit., p. 701.

[66] A. Le Divellec, *Le Prince inapprivoisé. De l'indétermination structurelle de la Présidence de la Veme République,* in *Droits,* n. 44, 2007, p. 101-137.

[67] A. Canepa, *Le virtualità multiple della forma di governo francese e il fait majoritaire*, in Forum costituzionale.

[68] Sulla riforma costituzionale del 2008 si vedano, *ex multis*, M.R. Donnaruma*, Le régime semi-présidentiel. Une anomalie française,* in *Revue française de droit constitutionnel*, n. 93, 2013, p. 37 ss.; M. Ghevontian*, La révision de la Constitution et le Président de la République: l'hyperprésidentialisation n'a pas eu lieu,* in *Revue française de Droit constitutionnel*, n. 77, 2009, p. 119 ss. e A. Di Giovine*, Introduzione,* in M. Cavino, A. Di Giovine, E. Grosso (a cura di)*, La Quinta Repubblica francese dopo la riforma costituzionale del 2008,* Torino, 2010, p. 5. Tale prassi è in ogni caso limitata, essendo stata esercitata una sola volta da Sarkozy (sulle priorità della politica governativa), una volta da Hollande (laddove annunciava la revisione costituzionale in tema di emergenza terroristica) e una da Macron il 3 luglio 2017 (in "accoppiata" con quella del Primo ministro Philippe del 4 luglio), che annunciò che vi avrebbe fatto ricorso ogni anno in deferenza al Parlamento. Macron, dunque, era andato a dare vita di nuovo ad un rapporto diretto con il Parlamento, con uno "scavalcamento" della figura del Primo

Ciò evidenzia, ad ogni modo, un maggiore "collegamento" tra operato del legislativo e ruolo del Presidente, in una sorta di rispondenza reciproca.

Si è, poi, instaurata una «*collaboration forcée*» tra le istituzioni, «*qui perturbe la structuration du pouvoir centrée sur le fait majoritaire*», mediante l'introduzione di istituti come la «*délégation d'article*», che permette l'esame di un medesimo disegno di legge a più commissioni contemporaneamente; la «*commission spéciale*» composta da otto *rapporteurs* con il compito di dare delle coordinate generali sul carattere «*protéiforme*» di un testo e, da ultimo, un maggior potere di controllo sull'azione amministrativa, mediante l'apporto di soggetti specializzati. In secondo luogo, si ravvisa pure la creazione di una nuova «*fronde*», che rende meno compatta ed omogenea, da un punto di vista di logiche partitiche, la maggioranza stessa, andando a rompere «*avec une conception quelque peu monolithique de la répresentation politique au profit d'une répresentativité désordonnée*»[69].

Tutti i suddetti elementi evidenziano, quindi, la centralità di questo congegno nella dinamica maggioranza-opposizione. In una dinamica trilaterale, che impegna il Governo, il Capo dello Stato e le Assemblee rappresentative, questo strumento appare centrale, poiché costituisce pur sempre uno "stimolo" per l'esecutivo a cercare l'appoggio di forze a loro antitetiche, per evitare un – astrattamente possibile – ribaltamento.

2.3 La questione di fiducia

Passando, poi, al c. 3, si sancisce qui che «*Le Premier ministre peut, après délibération du conseil des ministres, engager la responsabilité du Gouvernement devant l'Assemblée nationale sur le vote d'un projet de loi de finances ou de financement de la sécurité sociale. Dans ce cas, ce projet est considéré comme adopté, sauf si une motion de*

ministro. Non a caso, ebbe modo di affermare: «*Je veux aujourd'hui vous parler du mandat que le peuple nous a donné, des institutions que je veux changer et des principes d'action que j'entends suivre*». Su questi profili si vedano N. Thiébaut, *La déclaration présidentielle d'Emmanuel Macron devant le Congrès: entre problèmes anciens et nouveaux usages,* in *Jus politicum*, 10 luglio 2017 e G.E. Vigevani, *Impressione: la Francia tra crisi politica e tenuta istituzionale,* in *Osservatorio AIC,* n. 3, 2017, p. 5-7, come riporta M. Calamo Specchia, *Una rilettura del ruolo del Presidente della Repubblica in Francia: da de Gaulle a Macron la prova di resistenza delle istituzioni golliste,* cit., p. 36. Per una disamina storica sul punto si rinvia a G. Cerrina Feroni, *Il potere di messaggio del Presidente della Repubblica nell'esperienza della V Repubblica francese,* in M. Calamo Specchia (a cura di), *La Costituzione francese,* Torino, 2009, p. 321 ss.

[69] Su questi mutamenti che si sono dipanati nel corso delle ultime legislature in Francia si veda J.-F. Kerléo, *Le fait majoritaire, chronique d'une mort annoncée?*, in *Jus Politicum. Revue du droit public,* n. 18, 2007, spec. p. 342-347.

censure, déposée dans les vingt-quatre heures qui suivent, est votée dans les conditions prévues à l'alinéa précédent. Le Premier ministre peut, en outre, recourir à cette procédure pour un autre projet ou une proposition de loi par session». Questa procedura è la più originale, consistendo nella volontà del Governo di impegnarsi ad adottare uno specifico progetto di legge e non di vincolarsi ad un semplice programma o dichiarazione di politica generale.

Ciò che rileva è che, nel caso in cui sia proposta una *motion de censure*, si prospettano due alternative ipotesi: in un caso, se la mozione è approvata, il Governo è chiamato a dimettersi e la proposta legislativa è abbandonata; nell'altro, se la mozione è respinta, non solo l'esecutivo resta saldo, ma quanto dallo stesso prospettato si considera come approvato, con un'operatività, evidentemente, similare a quella della questione di fiducia italiana.

Ciò non toglie che sia necessario considerare come tale disposizione sia stata modificata con la revisione costituzionale del 23 luglio 2008, che ha sostituito la precedente dizione, che affermava che il Primo ministro potesse impegnare il proprio esecutivo «*sur le vote d'un texte*», con quella attualmente vigente, che va a circoscrivere l'ambito di applicazione della suddetta ipotesi.

Eppure, questo meccanismo è stato ampiamente criticato. Sorto per combattere l'instabilità governativa, esso si è trasformato, in via di prassi, secondo la sinistra francese, in uno strumento per addivenire all'approvazione di leggi senza che queste siano dibattute e votate: da qui, si tratterebbe di «*une des principales causes de l'affaiblissement du Parlement et le symbole de son déclin*»[70].

Ciò sembra, però, contraddetto dagli stessi dibattiti parlamentari attorno al testo della V Repubblica, in cui furono sostenitori di quest'ipotesi applicativa due ex Presidenti del Conseil constitutionnel, Guy Mollet e Pierre Pflimlin, dal momento che doveva valere come strumento eccezionale, volto ad impedire il "bloccaggio" dell'attività dell'esecutivo da parte dei suoi oppositori.

Tutto ciò premesso, questo meccanismo ha subìto, nel corso di passate legislature, di svariate, se così si può dire, limitazioni. Basti pensare, a tal proposito, a quanto avvenne nel settembre 2006, quando si discorreva del deposito di un testo sul settore dell'energia, che prevedeva la fusione di *Gaz de France* e della compagnia di Suez. In questo caso fu presentato un numero spropositato di emendamenti, 137 661 per la precisione, e solo grazie all'intervento del Presidente dell'Assemblée nationale dell'epoca, Debré, si raggiunse un accordo tra l'opposizione, che utilizzava una tecnica

[70] P. Brunet, F. Hamon, M. Troper, *Droit constitutionnel,* cit., p. 703.

di ostruzionismo legislativo, e Governo, che dal canto suo rinunciò espressamente all'apposizione sul testo della clausola *ex* art. 49, c. 3 Cost.[71].

È significativo, altresì, considerare una specificazione in merito al suo impiego fornita dal Conseil constitutionnel, che ha chiarito che è sufficiente una sola deliberazione del Consiglio dei Ministri per impegnare, in caso di letture successive del medesimo testo, la responsabilità del Governo che ha già deliberato su di esso, confermando, quindi, come sia possibile utilizzare l'art. 49, c. 3 Cost. per la medesima legge[72].

Similmente, ci si era interrogati se, impiegato tale meccanismo su un testo nell'ambito di una sessione straordinaria, si potesse fare ricorso al suddetto articolo, sempre in relazione al medesimo testo, nell'alveo di una sessione ordinaria. Ciò appare di dubbia configurazione, anche se dottrina e prassi hanno sostenuto un'interpretazione più favorevole all'esecutivo. Si è, infatti, argomentato che presentare un impegno su una proposta o progetto di legge nel corso di una sessione non comporti la consumazione del potere di impegnare la responsabilità del Governo successivamente[73]. Tale impostazione sembra di recente confermata dal giudice costituzionale d'Oltralpe, che ha precisato che «il Primo Ministro può ricorrere alla procedura (…) nel corso di sessioni differenti, per letture successive di uno stesso progetto o proposta di legge»[74].

Ad ogni buon conto, si possono annoverare diverse funzioni riferibili all'impiego di tale congegno. Come si è accennato, è stato impiegato talvolta per abbreviare il dibattito, talvolta per contrastare l'opposizione quando quest'ultima presenti un numero spropositato di modifiche a disegni di legge, altre volte contro la stessa maggioranza di governo per ricompattarla, divenendo una procedura più di controllo che di voto[75].

Si tratta, dunque, di una previsione la cui applicazione, intervenuta per 89 volte nel corso della V Repubblica[76], risulta ancora fortemente controversa. Per tale ragione, nel corso della campagna presidenziale del

[71] *Ivi*, p. 761.

[72] Così, nella sua *décision* del 4 agosto 2016, n. 736.

[73] Così M. Guillaume, *La Constitution,* Parigi, 2022, p. 260. In senso contrario, M. Carpentier, *49-3 sur 49-3 ne vaut spéculations sur une étrange session extraordinaire,* in *Jus Politicum,* ottobre 2023.

[74] Così, in CC, *décision* del 14 dicembre 2023, n. 857. Come è avvenuto nell'ambito dell'azione del Primo ministro Borne, di cui si darà conto *infra,* durante la sessione straordinaria convocata per il 25 settembre 2023 e poi, in lettura definitiva, della sessione ordinaria del 2 ottobre 2023.

[75] Così argomenta D. Maus, *Le Parlement sous la Ve République*, Parigi, 1996, p. 85.

[76] Sulla procedura di cui all'art. 49, c. 3 Cost. e la sua applicazione si veda P. Camby, P. Servent, *Le travail parlementaire sous la cinquième République,* Parigi, 2004.

2007 sia Sarkozy che Royal, candidati alla presidenza, avevano annunciato la soppressione di tale disposto. Una volta eletto il primo dei due, però, questi ha parzialmente mutato avviso, indicando solamente nella sua lettera a Balladur, Presidente del comitato di riflessione sulle riforme istituzionali, la necessità di fare delle proposte su «*l'encadrement des pouvoirs du gouvernement en matière d'adoption des lois*»[77]. Accolto tale suggerimento, si è addivenuti alla limitazione dei contenuti oggetto di questa procedura nell'*ante* citata riforma del 2008.

Da ultimo, basti richiamare quanto avvenuto all'inizio del 2015, quando si discorreva della *loi Macron* in tema di riforma del mercato del lavoro. Qui il Governo proponente, consapevole della forza dell'opposizione e del flebile sostegno della maggioranza, organizzò un Consiglio dei ministri per autorizzare il ricorso al comma 3, procedura che permise di approvare la legge in questione senza votazione. Da qui, si può ben notare l'attualità di questo strumento e, soprattutto, la sua funzionalità nel garantire la stabilità dell'esecutivo, specialmente quando è il Primo ministro, in quel caso Valls, a mostrare più fermezza rispetto al Capo dello Stato. Non a caso, anche in ragione di tale episodio, Hollande si guadagnò l'epiteto di *Monsieur faible*, un *Président normale*[78].

La situazione è venuta, invece, ad invertirsi successivamente, laddove si è ravvisata una vera e propria marginalizzazione dell'esecutivo. Questa è parsa evidente a partire dal 2019, all'indomani della crisi dei *gilets jaunes*, a fronte della quale il Presidente Macron aveva dato il via alla riforma delle pensioni, avviando un dibattito nazionale sul punto. Proprio questa riforma aveva delineato uno strappo tra Governo e legislativo, frizione che aveva portato il Primo ministro a porre la questione di fiducia di cui al comma 3 il 29 febbraio 2020, seguita da una mozione di censura mossa dalle opposizioni, respinta il 3 marzo.

Basti, infine, ricordare quanto è avvenuto quando si discuteva di riforma delle pensioni, dove è stato impiegato l'art. 49, c. 3 Cost. per

[77] P. Brunet, F. Hamon, M. Troper, *Droit constitutionnel,* cit., p. 703.

[78] Sul punto, P. Piciacchia, *Le inquietudini del quinquennato: dall'anti-europeismo elettorale alla crisi del governo Valls. Fine del sogno di Holllande o trasformazione di un modello?,* in *Nomos,* n. 2, 2014, p. 1-3; Id., *La Francia di Hollande-Valls e lo scollamento tra politica interna e politica estera: riforme e ambizioni internazionali vs. insofferenza dell'elettorato, partiti dell'opposizione che si riorganizzano ed elezioni regionali alle porte,* in *Nomos,* n. 2, 2015, p. 1-4 e M. Volpi, *Il semipresidenzialismo tra teoria e realtà,* Bologna, 2014, p. 71. Tali tendenze sono ben riportate da M. Calamo Specchia, *Una rilettura del ruolo del Presidente della Repubblica in Francia: da de Gaulle a Macron la prova di resistenza delle istituzioni golliste,* cit., p. 19.

addivenire ad una soluzione della frattura realizzatasi tra opposizioni ed esecutivo.

Di nuovo emerge come questo meccanismo sia funzionale a forzare l'Assemblée, con una verifica, per così dire indiretta, sulla forza di resistenza passiva del Governo. Proprio per questa sua intrinseca caratteristica si è arrivati a discorrere di un «*deni de democratie*», ovverosia «un istituto simbolo di un sempre più acuto squilibrio di poteri a tutto vantaggio dell'Esecutivo e uno svuotamento di competenze a danno del Parlamento», «strumento a vantaggio dell'esecutivo, al fine di non restare imbrigliato tra veti incrociati e incessanti discussioni parlamentari»[79].

Da qui, la sua dubbia compatibilità con una corretta dialettica tra Governo ed Aule, con l'effetto di indebolire, nei fatti, la democrazia rappresentativa.

2.4 Il ruolo del Sénat tra Governo e Assemblée nationale.

Osservando, da ultimo, il c. 4, si prevede qui che «*Le Premier ministre a la faculté de demander au Sénat l'approbation d'une déclaration de politique générale*». Tale disposizione pare centrale, proprio perché ha la funzione di dotare lo stesso Sénat, che non ha la possibilità di presentare una *motion de censure* né di obbligare il Governo alle dimissioni, di far sentire la propria attività di controllo sull'esecutivo.

Si tratta di uno strumento che è stato a lungo dimenticato a causa del cattivo rapporto tra de Gaulle e la Camera alta, giungendo ad essere utilizzato per la prima volta sotto il settennato di d'Estaing, divenendo, infine, centrale non solo durante le coabitazioni, ma anche alla luce della prassi più recente[80]. Basti pensare, a tal proposito, a quanto avvenuto a giugno 2019 con il Governo Philippe, dove tale meccanismo è stato attivato, anche se successivamente al respingimento della mozione di sfiducia davanti all'Assemblée nationale. Ciò sembra volto a sottolineare come, soprattutto in un ordinamento complesso come quello attuale, il Primo ministro e la sua

[79] M.A. Priolo, *La riforma delle pensioni, l'art. 49-3 Cost. e la frattura democratica in Francia,* in *Diritti comparati,* 5 aprile 2023, p. 4-5.

[80] J. De Saint Sernin, *Le rejet de la déclaration de politique générale devant le Sénat,* in *Jus Politicum*, 21 giugno 2019. Le dichiarazioni di Barre del 1977 e del 1978, così come quelle di Chirac del 1986 e del 1987, sono state fondamentali per evidenziare la relazione tra Governo e *Sénat*: si veda D. Maus, *Le Sénat, l'Assemblée nationale et le Gouvernement,* in *Pouvoirs,* n. 44, 1988, p. 128-129.

compagine abbia bisogno del sostegno, vero ed effettivo, di entrambe le Camere[81].

Proprio per queste ragioni, se dapprima si potevano delineare tendenze univoche nell'ambito delle relazioni tra Parlamento ed esecutivo, ora tali dinamiche sono profondamente mutate.

Considerando, poi, il legame tra il Sénat e il Governo, si è passati da un'insanabile contrapposizione tra loro, intervenuta tra il 1958 e il 1968, ad una normalizzazione dei suddetti rapporti, com'è avvenuto tra il 1969 e il 1981, arrivando, tra gli anni '90 e il 2015, ad una coesistenza di tali soggetti, che si integrano vicendevolmente, laddove l'Aula svolge un ruolo di compromesso e di moderazione centrale nel sistema giuridico d'Oltralpe[82].

Accanto a tale aspetto si pone la relazione tra il Sénat e il Presidente, dove il primo opera come soggetto connotato da un importante potere di mediazione[83] per garantire un funzionamento armonioso dei pubblici poteri[84]. Il ruolo della Camera alta è da sempre centrale per il sistema giuridico d'Oltralpe. Basti pensare, a tal proposito, all'importanza che esso ha già assunto nei passati decenni. Tra il 1974 e il 1981, infatti, tale Aula era in consonanza con la maggioranza che sosteneva l'esecutivo, divenendo solo in un secondo momento «*le bastion de l'opposition face aux errements de la majorité*»[85] o, per meglio dire, «*le temple de la sagesse et du bon sens, y compris face à une assemblée et une majorité amies*»[86]. Dall'elezione di Mitterrand nel 1981 e con una maggioranza di sinistra a Palais Bourbon, il Sénat adottò, quindi, numerosi atteggiamenti, dapprima di compromesso e moderazione e poi di vero e proprio antagonismo, sfruttando ogni piega dei Regolamenti parlamentari e delle previsioni costituzionali per condizionare l'esito della discussione e dell'approvazione di progetti di legge in seno all'Assemblée[87]. In questa dimensione si può ben comprendere l'importanza di quest'Aula, che cerca di rendere sempre più la legislazione come un'opera comune, cui si andava ad unire un'attività di controllo e d'informazione del tutto nuova sul Governo, in una prospettiva di maggiore consonanza rispetto a

[81] P. Brunet, F. Hamon, M. Troper, *Droit constitutionnel,* cit., p. 706.

[82] J. De Saint Sernin, *La majorité sénatoriale sous la Ve République. Les différentes configurations à l'égard du puvoir exécutif,* in *Pouvoirs*, n. 159, 2019, p. 53-64.

[83] *Ibidem.*

[84] J. Meyrieu, *La revalorisation du Sénat sous la présidence d'Emmanuel Macron,* in *Questions constitutionnelles,* 17 marzo 2025, p. 3.

[85] Così ha affermato A. Poher in. un suo discorso del 23 dicembre 1981.

[86] D. Maus, *Le Sénat, l'Assemblée nationale et le Gouvernement,* cit., p. 120.

[87] J. Mastias, *Histoire des tentations du Sénat de la Ve République,* in *Pouvoirs,* n. 44, 1988, p. 26-27.

quest'ultimo, al fine di esercitare un'attività di "riflessione" sulle decisioni politiche prese[88].

Non stupisce, dunque, che, a partire dal 2017, esso abbia assunto ancora di più una funzione di «*contre-pouvoir*» del Capo dello Stato. La sua rilevanza si conferma anche all'indomani del 2022 e dei mutamenti politico-istituzionali del 2024, dove questa Camera va ad occupare «*une place centrale dans le jeu des institutions*»[89].

Si possono, quindi, distinguere due differenti periodi, il primo che si snoda dal 2017 al 2022 e il secondo che si avvia dal 2022, investendo la contemporaneità.

Sotto il primo profilo, si nota come la Camera alta abbia ampiamente utilizzato i suoi poteri di controllo sull'operato del Presidente della Repubblica, mediante le *missions d'informations* e le commissioni d'inchiesta, modernizzando quindi i suoi metodi per reagire, in maniera pressoché immediata, alle esigenze della contemporaneità[90].

Sotto il secondo profilo, si possono evidenziare una serie di elementi, che accomunano l'Italia e la Francia, che vanno a connotare il sistema giuridico d'Oltralpe contemporaneo. Tra questi si annoverano un crescente astensionismo; una sempre maggiore volatilità del voto, con una convergenza degli elettori verso forze partitiche estremiste; un'inedita frammentazione politica e una nuova sfiducia dei cittadini nelle istituzioni[91].

Proprio questi elementi hanno determinato un cambio radicale[92], che ha causato la fine della «*rivalité institutionnelle*» tra Sénat e Presidente, a causa della perdita, da parte di quest'ultimo, della maggioranza all'Assemblée dopo le elezioni del 2022[93]. Per questa ragione, è stato sempre più necessario per l'esecutivo trovare l'appoggio della Camera alta, come hanno dimostrato

[88] J. Mastias, *Histoire des tentations du Sénat de la Ve République,* cit., p. 30-32.

[89] J. Meyrieu, *La revalorisation du Sénat sous la présidence d'Emmanuel Macron,* cit., p. 3.

[90] G. Larcher, *Présentation de la mission de réflexion sur le site du Sénat*, 31 dicembre 2024.

[91] Di cui si è già dato atto in precedenza nella trattazione.

[92] E senza precedenti, come sostiene autorevolmente D. Baranger, *Ni fait majoritaire, ni cohabitation: la Cinquième République dans le monde d'après…,* in *Jus Politicum,* 24 giugno 2022.

[93] B. Daugeron, *Élections législatives de 2022: la fin du presidentialisme majoritaire?,* in *Jus Politicum,* 28 marzo 2022. Si rammenta, altresì, che oggi l'*Assemblée* sia lontana dall'essere «*la chambre d'enregistrement des volontés gouvernementales*»: così, J. Chaban-Delmas nel corso della *séance* del 6 luglio 1961. In questo senso, la Camera bassa era piena espressione del *fait majoritaire*, condizione che non risulta più applicabile, come argomenta M.-E. Boggio-Motheron, *Recompositioon politique et (r)évolution du droit parlementaire: le cas de l'Assemblée nationale française (2017-2025),* in *Revue d'étude et de culture parlementaire,* n. 1, 2025.

Borne e Attal, che hanno tentato di addivenire ad accordi con la maggioranza senatoriale e, ancora di più, Barnier. Non è un caso, infatti, che quest'ultimo, il 5 settembre 2024, si sia rivolto proprio a tale Aula per ottenerne il sostegno, soprattutto trovandosi di fronte una Camera bassa fortemente «*polarisée*» e «*faible*»[94]. In aggiunta a questo, il Primo ministro ha proposto la nomina di nove senatori come membri del Governo e ha scelto, altresì, di cominciare spesso la *navette* parlamentare dal Sénat[95].

Il Sénat si è, dunque, posto come vero e proprio baricentro del nuovo assetto, assumendo sempre più una dimensione «pedagogica»[96] al fine di ravvivare «*la médiation entre les organes de gouvernement et la population*»[97], oltre a dare un contributo alla produzione normativa[98]. Non stupisce, infatti, che sia stato fondamentale su vari fronti, esercitando un'influenza sempre più importante sul procedimento legislativo e in materia di missioni d'inchiesta per garantire i diritti e le libertà fondamentali, anche nell'alveo delle dinamiche parlamentari. Da ultimo, tale centrale contributo è emerso con ancora maggiore chiarezza in merito alla mancata approvazione di una serie di riforme istituzionali caldeggiate da Macron e della riforma dell'art. 1 Cost. volta ad introdurre nella legge fondamentale il principio di tutela dell'ambiente[99].

[94] Sul punto si rinvia alle considerazioni espresse in J. De Saint Sernin, *La majorité sénatoriale sous la Ve République. Les différentes configurations à l'égard du puvoir exécutif,* cit.

[95] Si noti che tra il 1 ottobre 2024 e l'8 dicembre 2024 tre progetti di legge su otto sono stati depositati in prima lettura dapprima al Sénat.

[96] Su questa funzione si rinvia alle considerazioni in M.A. Delcamp, *La place du Sénat dans l'évolution de la Ve République,* in *Les colloques du Sénat,* 15 maggio 2008, laddove si evidenzia l'apertura al dibattito e all'ascolto della società civile da parte del *Sénat*, elementi che risultano maggiormente presenti qui che nell'Assemblée grazie all'esercizio da parte del primo di importi poteri di controllo, di indirizzo e di acquisizione delle informazioni nel corso delle sedute e dei dibattiti.

[97] T. Türk, *Le contrôle parlementaire en France*, Parigi, 2011, p. 239.

[98] T. Türk, *Le Sénat: une assemblée de bons légistes?*, in *Pouvoirs,* n. 159, p. 65-78.

[99] Ciò è centrale data la parità di poteri assegnata dalla Costituzione all'Assemblée e al Sénat in tema di procedimento legislativo, ai sensi dell'art. 89 Cost. e delle relative leggi organiche. In merito alla riforma sul principio ambientale proposta nel 2022 si diede vita ad una lunga querelle sui termini "garantire", contenuto nel progetto, e "preservare", preferito dal *Sénat*. Su tutti questi profili si rinvia a P. Piciacchia, *Semipresidenzilismo francese e ruolo del Parlamento: dai tentativi di rivalutazione dell'istituto parlamentare alle più recenti sfide nel contesto di trasformazione del sistema dei partiti,* in *DPCE online,* n. 1, 2023, p. 986-987, oltre a J. Meyrieu, *La revalorisation du Sénat sous la présidence d'Emmanuel Macron,* cit., p. 9-11.

2.5 *Un corollario applicativo: l'art. 50.*

Sarà, infine, bene richiamare sinteticamente il disposto dell'art. 50 Cost., che sancisce che «*Lorsque l'Assemblée nationale adopte une motion de censure ou lorsqu'elle désapprouve le programme ou une déclaration de politique générale du Gouvernement, le Premier ministre doit remettre au Président de la République la démission du Gouvernement*». Da qui, è bene notare come, di fatto, la scelta se acconsentire alle dimissioni del Primo ministro spetti al Presidente della Repubblica, anche se si tratta di una scelta solo nominale, dal momento che l'art. 8 Cost. afferma che «*Il met fin à ses fonctions sur la présentation par celui-ci de la démission du Gouvernement*».

Ancora, vi è qui una testimonianza del legame biunivoco che, sempre con maggiore forza, dovrebbe sussistere tra Presidente e Primo ministro, dove l'uno va ad influenzare la concreta tenuta dell'altro.

3. *Le vicende della XVI e XVII legislatura francese: nuove relazioni tra potere legislativo ed esecutivo.*

Chiarito il quadro normativo-costituzionale ed istituzionale francese, è opportuno ora appuntarsi sugli avvenimenti più recenti che hanno connotato il sistema giuridico in parola. Lungi dal ridursi ad una mera cronaca giornalistica, si vuole qui evidenziare un mutamento in atto nell'ordinamento d'Oltralpe, dove si registra un clima di crisi che potremmo quasi definire sistemica. Per tale concetto si intende, si badi, un radicale cambiamento e "sfasamento" nei rapporti tra poteri, con una "italianizzazione" del Paese, con una contaminazione con la forte instabilità politica e governativa che da sempre connota il nostro ordinamento.

Tutto ciò premesso, si rammenti che, fino al 2023, su 128 *motions de censure* presentate solo una sia stata adottata, ovverosia quella che ha dato il via alla vera e propria caduta del Governo Pompidou il 5 ottobre 1962. Quest'ultimo si dimise davanti al Presidente de Gaulle, che accettò la remissione dell'incarico solo a seguito del *referendum* popolare del 23 ottobre dello stesso anno, all'esito del quale chiese comunque a Pompidou di formare un nuovo esecutivo. Tale situazione, però, segnerà una questione giuridica cui rispondere, consistente nella necessità o meno dell'accettazione da parte del Presidente della Repubblica delle dimissioni del Primo ministro.

Se ne occupò, significativamente, il Conseil d'État, che paragonò questo caso a quelli verificatisi nella III e IV Repubblica in cui, dopo le dimissioni del Governo, si chiedeva al Primo ministro uscente di assicurare

comunque una fase di interregno fino alla designazione del successore. In questo caso, l'autorità giudiziaria ebbe modo di affermare che anche in questo periodo – di attesa tra l'accettazione della remissione dell'incarico e l'effettiva cessazione dell'incarico – il dimissionario potesse usufruire di poteri ordinari, tra cui rientra pure l'organizzazione e lo svolgimento di una consultazione della cittadinanza, come il *referendum* celebratosi[100].

Quest'assunto è rimasto incontestato fino ad ora, dal momento che solo una volta nell'arco della storia francese, nel 1962 appunto, si è assistito all'applicazione dell'intero art. 49, c. 2 Cost., con un voto di sfiducia che ha portato alle dimissioni del Governo. È necessario, quindi, indagare cosa stia accadendo nell'ordinamento d'Oltralpe nelle ultime legislature, cercando di individuare se e quali meccanismi fiduciari siano stati applicati.

Partendo dall'esito delle elezioni del 12-24 aprile 2022, è bene evidenziare numerosi elementi di criticità del sistema francese, in una dinamica che vede una linea di continuità netta tra elezioni presidenziali e parlamentari, che si influenzano vicendevolmente, in un cammino di contaminazione continua. In primo luogo, si è confermato un crescente tasso di astensione, il più alto registrato dal 1969, sia per quanto riguarda le consultazioni presidenziali che parlamentari. In secondo luogo, è intervenuta una sempre più marcata radicalizzazione dell'orientamento politico francese, che ha visto la partecipazione al secondo turno delle presidenziali di un candidato del *Front National*. In terzo luogo, si è confermata una forte frammentazione politica, acuita da un sistema partitico estremamente fluido[101], anche a causa di una certa ambiguità dei programmi elettorali. Ciò ha determinato un rovesciamento dell'effetto di condizionamento a lungo sussistente, in cui le elezioni presidenziali determinavano quasi sempre quelle parlamentari, verificandosi ipotesi di, più o meno stringente, accordo tra le istituzioni così nascenti. Ora, si ravvisa, invece, il meccanismo inverso, dove le elezioni delle Aule paiono idonee a rafforzare o destabilizzare il Presidente e l'esecutivo[102].

Con l'avvio della XVI legislatura, non a caso, si è assisto ad un sempre maggiore clima di tensione tra Governo e Parlamento, già noto per il

[100] CE, *décision* del 19 octobre 1962.

[101] Come si avrà modo di sintetizzare in seguito nella trattazione. Per una rassegna generale dei più recenti sviluppi si vedano i contributi di J.-M. Denquin, T. Ehrhard, A. Christodoulou, R. Dosière, R. Fassi Fihri, R. Rambaud, M. le François, J. de Saint Sernin, A.-C. Antony, nella sezione *Les partis politiques: des acteurs de la vie démocratique en déclin?*, in *Revue française de droit constitutionnel,* n. 1, 2024.

[102] M. Calamo Specchia, *Appunti per riflessioni in fieri sulle elezioni francesi del 2022 e sui loro riflessi sull'hyperprésidentialisation della forma di governo della V Repubblica,* cit., p. 6-8 spec.

continuo ricorso alle questioni di fiducia da parte del primo e per la proposizione di svariate *motions de censure* da parte del secondo, come quella presentata contro il Primo ministro Borne il 6 luglio 2022, poi rigettata non avendo raccolto che 146 voti a favore. Sempre in questo contesto sembra significativo il ricorso all'art. 49, c. 3 Cost. per addivenire all'approvazione della riforma delle pensioni il 16 marzo 2023, immediatamente dopo la pronuncia del Conseil constitutionnel sul tema[103].

In tale contesto, fortemente innovativo, dove si è assistito ad un radicale cambio di paradigma, si è arrivato ad un'ampia applicazione del meccanismo della questione di fiducia, istituto tipo della forma di governo parlamentare, che sussiste, com'è noto, anche in Italia. Nel nostro ordinamento, però, si tratta di uno strumento che nasce dalla prassi costituzionale e che trova il proprio unico fondamento prescrittivo nei Regolamenti della Camera e del Senato[104], al punto che una buona parte della dottrina ne ha messo in dubbio la legittimità[105]. Ciò non toglie che la finalità di questi due istituti sia, in linea generale, similare, anche se sussistono alcune differenze. Nel nostro Paese, innanzitutto, non si riscontra la limitazione di oggetto che rinveniamo nell'art. 49, c. 3 Cost. In aggiunta a ciò, l'apposizione della questione di fiducia consiste in una dichiarazione con cui l'esecutivo subordina la propria permanenza in carica all'esito di una votazione di un oggetto che è definito come essenziale ai fini della politica delineata dal Governo, con ciò determinando la sospensione della discussione sul testo, provocando così un voto in Assemblea, che è voto fiduciario e sul testo al tempo stesso[106]. D'altro canto, nel sistema d'Oltralpe, il proposito di tale congegno è quello di «*renvoyer le balle dans le camp du Parlement*»[107], sfidando, per così dire, l'opposizione ad usare il proprio potere per far cadere l'esecutivo.

Già, dunque, alla luce di questa breve comparazione tra i due istituti, si può comprendere la rilevanza, ai fini della determinazione del legame

[103] Si accenna qui alla *décision* del 14 aprile 2023, n. 849, con cui è stato dichiarato costituzionale l'impianto della riforma delle pensioni censurando solo alcuni aspetti minori.

[104] Così, A. Ridolfi, *Riflessioni su questione di fiducia e sfiducia al singolo ministro, rileggendo i lavori di Mario Galizia,* in *Nomos,* n. 2, 2022, p. 15.

[105] Per una ricostruzione del dibattito sul punto si rinvia a M. Olivetti, *La questione di fiducia nel sistema parlamentare italiano,* Milano, 1996, p. 207 ss. e G. Rivosecchi, *Governo, maggioranza e opposizione a quarant'anni dai regolamenti parlamentari del 1971: dai (presunti) riflessi della stagione consociativa al (presumibile) declino del parlamento,* in *Rivista AIC,* n. 2, 2012, p. 16.

[106] Si tratta di un meccanismo che è stato definito come «la forma più brutale e più raffinata di razionalizzazione del parlamentarismo»: P. Ardant, *Institutions politiques et droit constitutionnel,* Parigi, 1991, p. 583-584.

[107] M. Duverger, *Le système politique français*, Parigi, 1996, p. 409.

fiduciario, del suddetto meccanismo, ampiamente utilizzato sia in Italia[108] che, come emerge dalla recente prassi, in Francia. Eppure, non solo si tratta di un mezzo per permettere al Governo di restare in carica, ma anche per portare avanti, in maniera forzata, le proprie proposte legislative, i propri programmi e le proprie determinazioni, al fine di perseguire gli obiettivi prefissati in sede di Consiglio dei Ministri. Ciò, a ben vedere, risulta essere la linea di principio centrale che ha ispirato la creazione dello stesso art. 49, c. 3 Cost. e il meccanismo, di prassi camerale e costituzionale, nostrano[109].

Restano significativi, ad ogni modo, alcuni dati, anche solo statistici, che però debbono essere indagati attraverso una lente giuridica. Basti pensare che Borne ha posto più di 11 volte la questione di fiducia, 4 sulla legge di bilancio e 7 sulla legge relativa al finanziamento della previdenza sociale nei pochi mesi di mandato. In risposta, le opposizioni hanno presentato 14 mozioni di sfiducia, senza raggiungere mai la maggioranza per far cadere l'esecutivo. Eppure, questa situazione restituisce un quadro complesso, che vede soprattutto una vera e propria trasformazione dell'art. 49, c. 3 Cost., che da strumento storicamente impiegato per compattare la maggioranza o per neutralizzare i franchi tiratori[110] è divenuto un meccanismo per portare avanti le proposte e i programmi del Governo, con un ruolo del Presidente minoritario, per così dire[111]. È stato, infatti, argomentato come sia la prima volta, nell'arco della V Repubblica, che la questione di fiducia sia utilizzata «*comme une arme d'autodéfense par un gouvernement qui deviendrait minoritaire si toutes les oppositions se coalisaient contre lui*», cambiando così natura, nei termini di «*l'ultime recours d'un gouvernement aux aguets, intranquille, ne jouissant plus du confort apporté jadis par le fait majoritaire*»[112].

[108] Il fenomeno dell'impiego della questione di fiducia si è accentuato a partire dalla XVI legislatura. Basti, a tal proposito, rammentare che nel corso della XVII legislatura sono state apposte 53 questioni di fiducia alla Camera e 54 al Senato, trend che si è confermato nel corso della XVIII legislatura (56 questioni alla Camera e 53 al Senato) e della XIX (con 30 questioni alla Camera e 20 al Senato in poco più di due anni di Governo). Tali dati sono consultabili sul sito istituzionale della Camera dei deputati.

[109] C.A. d'Alessandro, *L'arme fatale del parlamentarismo razionalizzato francese nel prisma del diritto comparato,* in *Federalismi,* n. 16, 2025, p. 114.

[110] Come rammenta D. Baranger, *Le nouveau visage de l'article 49-3,* in *Jus Politicum,* 16 novembre 2022.

[111] Si veda P. Mouzet, *Le Premier Ministre et la Constitution non écrit,* in *Jus Politicum,* 7 settembre 2022.

[112] *Ibidem.*

Questo mutamento è, però, apparso ancor più lampante negli ultimi anni[113]. Ci si riferisce, in specie, alla crisi istituzionale che ha colpito il sistema francese nelle fasi più recenti, dove, in maniera inedita, sono serviti quasi tre mesi per dare vita ad un nuovo Governo. In particolare, dopo lo scioglimento anticipato dell'Assemblée nationale annunciato il 9 giugno 2024 dal Presidente Macron, si sono svolte le elezioni legislative, con il primo turno il 30 giugno e il secondo il 7 luglio, che hanno dato vita all'attuale XVII legislatura. Quest'evento si è posto, in tutta evidenza, come centrale spartiacque della storia francese, dove il Presidente ha impiegato il suo potere di *dissolution ex* art. 12 Cost., imponendo il suo volere con un atto forte, di rottura[114].

In queste ultime consultazioni si è avuto, ad ogni modo, un radicale ribaltamento dei precedenti risultati e si è delineato un quadro abbastanza composito e frammentato. In specie, si sono venuti a creare quattro blocchi, ovverosia quello dell'estrema destra, rappresentato dal *Rassemblement National* e alleati; quello di destra, composto da *Les Républicains*; quello della coalizione presidenziale di *Ensemble* e, da ultimo, quello di sinistra ed estrema sinistra di cui al *Nouveau Front Populaire*.

Immediatamente dopo l'annuncio di tale esito il Primo ministro Attal si è dimesso. Dapprima, il Capo dello Stato ha rifiutato queste dimissioni, ma è giunto, poi, ad accettarle il 16 luglio[115].

Falliti vari tentativi di accordo, la situazione politica si è sciolta solo con l'attribuzione dell'incarico di formare un Governo all'ex ministro gollista ed ex commissario europeo Barnier, che si è posto a capo

---

[113] Su queste tendenze in generale, A. Deffenu, F. Laffaille, *L'iper-presidenzialismo debole. Una rilettura della V Repubblica francese, tra stratificazioni interpretative e violazioni costituzionali*, in *Federalismi,* n. 3, 2019.

[114] Dopo ventisette anni di disapplicazione dell'art. 12 Cost., prerogativa mai esercitata sotto Sarkozy e Hollande, Macron vi ha fatto ricorso proprio per la mancanza di consonanza, sempre più marcata, con le Aule e l'esecutivo, facendo venire meno uno degli storici pilastri della V Repubblica, ovverosia il *fait majoritaire*: sui primi commenti sul punto si rinvia a A.M. Lecis Coccu Ortu, *Lo scioglimento anticipato dell'Assemblea nazionale francese, ennesimo esempio dello squilibrio dell'iperpresidenzialismo della Quinta Repubblica,* in *Diritti comparati,* 19 giugno 2024. Per una disamina più ampia, anche storica, sull'uso di questo strumento si veda G. Maestri, *Lo scioglimento parlamentare negli ordinamenti repubblicani. I casi di Francia e Italia,* Torino, 2024, p. 99-110 spec. Si guardi poi P.-A. Tomasi, *Dissoudre une assemblée moribonde? La résurgence inattendue de la dissolution de confort au prisme du droit constitutionnel*, in *Revue française de droit constitutionnel,* n. 2, 2023.

[115] Per una complessiva disamina sul punto si rinvia a P. Piciacchia, *La Vème République est morte, vive la Vème République! Dopo le elezioni anticipate e il rebus estivo sulla nomina del Primo ministro, tutte le incognite sull'evoluzione della forma fi governo, dal rischio di un ritorno all'instabilità della IV Repubblica ad una rilettura del parlamentarismo dualista,* in *Nomos*, n. 2, 2024.

dell'esecutivo d'Oltralpe esprimendo una coalizione formata dal centrodestra macronista e dalla destra gollista dei repubblicani[116]. Ciò non toglie che quest'assetto si sia retto su fragili equilibri, potendo contare su una maggioranza abbastanza ridotta, esposto al rischio di sfiducia poiché avente «*una maggioranza contraria di oltre 350 deputati*»[117]. Il neo Primo ministro ha reso le sue dichiarazioni programmatiche di fronte all'Assemblée il 1° ottobre 2024, ma ciò non ha impedito a tutte le opposizioni di presentare solo l'8 ottobre dello stesso anno, pochi giorni dopo dunque, una mozione di censura, anche se questa è stata prontamente respinta, con soli 197 voti a favore. Ad ogni modo, si tratta di un segnale evidente – e preoccupante – di forte instabilità del sistema[118].

Ciò non toglie che, di nuovo, siano venute in luce delle frizioni tra compagini politiche. Già con il Governo Barnier si è evidenziata la rinnovata centralità del Primo ministro, soprattutto quando, nominati i nuovi Ministri, ha convocato il 27 settembre 2024 l'esecutivo nel suo complesso per un *Séminaire gouvernamental*, fondamentale per la preparazione della dichiarazione di politica generale, senza la partecipazione, significativa, del Capo dello Stato, come avveniva durante la coabitazione[119].

Ad ogni modo, la coalizione contava solo 235 deputati, lontani dalla maggioranza assoluta, pur superando numericamente altre forze partitiche. Ciò nonostante, l'esecutivo è stato sommerso dalle proteste, dentro e fuori le Aule parlamentari, giungendo a scontrarsi non solo con la sinistra ma anche con il *Front National*. Da qui, Barnier ha invocato l'applicazione dell'art. 49, c. 3 Cost. ed è stato a questo punto che il *Rassemblement National* ha presentato una delle due mozioni di sfiducia che, con 331 voti favorevoli su 577 deputati, è stata approvata il 4 dicembre 2024. Si è aperta così, in maniera inedita, una nuova crisi di Governo, con l'applicazione, questa volta con successo, della questione di fiducia.

A fronte, dunque, dell'«*incapacità delle forze politiche e degli attori istituzionali di adattarsi ad una situazione politica inedita, alla frammentazione (…) dell'Assemblea Nazionale*», si è inaugurata una nuova fase con la nomina, il 13 dicembre 2024, di Primo ministro del centrista Bayrou. Questi dimostra una

[116] A.M. Lecis Coccu Ortu, *La Francia del post-"fait majoritaire": le nuove dinamiche di formazione del governo e lo scenario inedito del governo minoritario "di coesistenza",* in *Diritti comparati,* 8 ottobre 2024, p. 4.

[117] *Ivi,* p. 5

[118] Su queste evoluzioni si veda M. Cerase, *La crisi francese del 2024: una cronaca costituzionale,* in *Amministrazione in cammino*, 5 dicembre 2024.

[119] P. Piciacchia, *Quattro mesi e due Governi: la V Repubblica a trazione primo ministeriale si scopre instabile (o forse no…),* in *Nomos,* n. 3, 2024, p. 3.

tendenza alla «*convergence*» e al «*rassemblement*», centrale per superare l'altrimenti ineliminabile impasse politico/istituzionale[120].

Nei primi mesi del 2025 il Governo neo insediato è sopravvissuto a 6 mozioni di censura, 2 mosse al Primo ministro sulla politica generale dell'esecutivo e 4 legate alla questione di fiducia per l'approvazione della legge di bilancio e di finanziamento della sicurezza sociale[121].

Eppure, anche quest'esecutivo ha avuto vita breve. L'Assemblée ha respinto la fiducia a Bayrou con 364 voti a 194, all'indomani della richiesta del Governo di fare leva sull'art. 49, c. 1 Cost. Il giorno successivo, Macron ha accettato le dimissioni presentategli, mentre il Primo ministro è rimasto in carica per il disbrigo degli affari correnti. Si è giunti, quindi, alla nomina, il 12 ottobre, del secondo Governo Lecornu, formato dopo una settimana dalle dimissioni del suo primo esecutivo.

Rimane, ad ogni buon conto, un dato preoccupante e significativo: è salito a quattro il numero dei Governi creatisi nel corso del solo 2025, in un contesto politico-istituzionale di sempre maggiore instabilità e frammentazione.

Resta da interrogarsi non solo sulle cause di tale situazione, ma anche e soprattutto sulle conseguenze, considerando la decisione del Presidente di non sciogliere nuovamente la Camera bassa per andare a nuove elezioni, determinazione quest'ultima, fortemente contestata anche da proteste di piazza[122], che spera di trovare una soluzione che garantisca, quantomeno, una fine legislatura meno burrascosa del suo avvio.

Passando, quindi, ad analizzare dapprima le ragioni profonde che hanno dato vita a questa complessa ed articolata – quanto innovativa – situazione nell'ordinamento d'Oltralpe, possiamo individuare due dissimili, ma connessi, aspetti. In primo luogo, ci si deve attestare su un mutamento sempre più marcato del sistema partitico. In secondo luogo, è bene

---

[120] P. Piciacchia, *Quattro mesi e due Governi: la V Repubblica a trazione primo ministeriale si scopre instabile (o forse no…),* cit., p. 4.

[121] Riporta su questi recenti avvenimenti P. Piciacchia, *Nel tempo sospeso di una legislatura che sembra segnata dall'impotenza e dal controverso rapporto Parlamento-Governo, la politica estera e di difesa riporta la Presidenza al centro della scena,* in *Nomos,* n. 1, 2025, p. 10-11.

[122] L'esperienza Bayrou si è chiusa dopo solo nove mesi, con la prima crisi provocata da un voto di fiducia chiesto dal Primo ministro in carica e non dall'opposizione. Da qui, sono emerse delle proteste contro l'avvio del nuovo Governo, guidato da Lecornu. Un nuovo rapporto sulla sicurezza sulla manifestazione in Francia "*Blocchiamo tutto*" indica 473 arresti in tutto il Paese, di cui 203 a Parigi. 13 agenti di polizia sono rimasti feriti. Secondo i dati del Ministero dell'interno francese, si sono verificati 267 incendi: così, Redazione, *Il macroniano Lecornu è il nuovo premier francese. Manifestazioni nel paese, oltre 300 arresti*, in *Rai News,* 11 settembre 2025.

riconoscere una crescente centralità del Primo ministro, che non può certo dirsi "scolorito" rispetto al Capo dello Stato, di cui è interlocutore principale ed elemento di confronto necessario.

Sotto il primo profilo, dunque, si può partire dal riassetto del sistema politico, che affonda le proprie radici nel biennio 2016-2017, periodo in cui già si ebbe modo di osservare una nuova dinamica oppositiva destra/sinistra[123] e importanti cambiamenti economici e sociali, che hanno determinato la necessità per le forze partitiche di fornire risposte nuove – ed efficaci – ai problemi della popolazione[124]. Si è, di conseguenza, assistito alla perdita di importanza di partiti tradizionali, come il Partito Socialista e *Les Républicains*, e alla crescita di nuove formazioni, come *En Marche*, ribattezzato Renaissance nel 2022, e *La France Insoumise*, oltre al *Rassemblement National*.

Soprattutto il partito di Macron, oggi *Renaissance* appunto, è espressione di questa innovativa tendenza, che va al di là di una visione dicotomica tra compagini storicamente contrapposte, ed ha, non a caso, intenzione di porsi nel solco della tradizione della V Repubblica francese, laddove nessun partito può «*conserver une existance autonome et mener une stratégie propre qu'à la condition de se situer dans une perspective présidentielle*»[125].

Accanto a ciò si è assistito ad un radicamento sempre più forte di movimenti di estrema destra, cui si è tentato di rispondere mediante la creazione di alleanze di sinistra, realizzatesi sia nel 2022 sia nel 2024, con la volontà di contrapporsi altresì al partito personalista del Presidente.

Tutti questi mutamenti hanno dato, di conseguenza, vita ad un sistema estremamente frammentato, caratterizzato da quattro poli, costituti dal blocco macronista, dal RN, dalla compagine LR e dal *Nouveau Front populaire*, che raggruppa *La France Insoumise*, il Partito Socialista, il Partito comunista e *Les Ecologistes*. Questa complessità – originata da tensioni anche internazionali e da preoccupazioni di carattere economico, come si è già avuto modo di accennare – va, quindi, a scardinare il legame, fino ad oggi

[123] Per una rassegna, *ex multis*, si rinvia a C. Colliard, *Le système de partis ou la Constitution politique de la Ve République,* in *Revue du droit public,* 1998, p. 1611 ss.; H. Portelli, *La Ve République et les partis,* in *Pouvoirs*, n. 3, vol. 126, 2008, p. 61-70; F. Haegel, *Partis politiques et système partisan en France,* Parigi, 2007; E. Agrikoliansky, *Les partis politiques en France,* Parigi, 2016 e P. Jan, *La Ve République et les partis,* in *Pouvoirs,* n. 4, vol. 179, 2021, p. 5-16.

[124] Sulle nuove tipologie di movimenti creatisi, anche in chiave oppositiva e di protesta, si veda P. Martin, *Partis de gouvernement et transformation des systèmes de clivages,* in *Pouvoirs,* n. 4, vol. 179, 2021, p. 59-69.

[125] P. Avril, *Essais sur les partis politiques,* Parigi, 1990, p. 212.

pressoché sempre sussistente, tra figura presidenziale e principali forze politiche in campo[126]. Da qui, si può ben evidenziare lo stretto legame che sussiste tra il sistema partitico e il concreto funzionamento delle istituzioni, in una dimensione in cui il primo informa la resa e la corretta operatività delle seconde[127].

Sotto il secondo profilo, si deve evidenziare come si stia passando «dalla V Repubblica a trazione presidenziale alla V Repubblica a tradizione primo ministeriale»[128], a causa di una perdita di consenso a favore del Capo dello Stato per un mutamento dell'elettorato stesso, sempre più "attratto" dai venti del populismo. In aggiunta a questo cambio di passo, si può sottolineare come il capo dell'esecutivo sia sempre più centrale, confermando quell'antico assunto che affermava che «*rien ne peut se faire sans lui*», con un ruolo accresciuto per il numero sempre maggiore di dossier trattati e per l'aumento dei servizi posti sotto la sua autorità[129]. Il ruolo, dunque, di questo soggetto è preminente e non certo di minor rilievo rispetto all'inquilino dell'Eliseo, dato che anche questi è chiamato a confrontarsi, senza necessariamente una logica di contrapposizione, con il Parlamento e le sue singole componenti. Ciò non toglie che, come si è avuto modo di evidenziare, la tensione tra Governo e Aule sia stata molto forte, dato l'ampio ricorso alle questioni di fiducia di cui all'art. 49, c. 3 Cost. e alle *motions de censure ex* art. 49, c. 2 Cost.[130].

---

[126] Sui mutamenti del sistema partito nelle ultime legislature francesi, P. Piciacchia, *La V Repubblica e l'arte di imparare (in fretta) a navigare a vista: anatomia di un'impasse istituzionale tra crisi politica e crisi di regime,* in *Federalismi,* n. 30, 2025, p. XI-XIII spec.

[127] Cfr. M. Volpi, *La Quinta Repubblica dopo le elezioni: incertezze e interrogativi,* in *Osservatorio costituzionale,* n. 3, 2017, p. 5, laddove già si affermava che «vi è grande incertezza sull'incidenza che il nuovo quadro politico-parlamentare potrebbe avere sul funzionamento delle istituzioni alla luce del fatto che sono venuti meno due presupposti politici basilari per le democrazie di tipo maggioritario. Queste richiedono un sistema politico bipartitico o bipolare e l'inesistenza o la marginalità di partiti di centro o di terze forze esterne ai due poli».

[128] P. Piciacchia, *La V Repubblica e l'arte di imparare (in fretta) a navigare a vista: anatomia di un'impasse istituzionale tra crisi politica e crisi di regime,* cit., p. XIV.

[129] Cfr. i recenti contributi di D. Dulong, *Les relations entre l'Élysée et Matignon: un problème institutionnel de noins en moins personnel,* in *Pouvoirs,* n. 192, 2025, p. 17-26; B. Ridard, *Le Premier ministre, un acteur parlementaire de premier plan*, in *Pouvoirs,* n. 192, 2025, p. 39-50 e C. Le Digol, *Le Premier ministre, chef de la majorité,* in *Pouvoirs,* n. 192, 2025, p. 27-38.

[130] Basti qui rammentare l'insoddisfazione de *La France Insoumise*, ancor più restia rispetto al RN al dialogo con l'esecutivo: così testimonia P. Piciacchia, *La V Repubblica e l'arte di imparare (in fretta) a navigare a vista: anatomia di un'impasse istituzionale tra crisi politica e crisi di regime,* cit., p. XIX. Per una disamina più ampia, Id., *Semipresidenzialismo francese e*

Questi due elementi unitariamente considerati – ovverosia il mutamento dell'assetto partitico e la rinnovata centralità del Primo ministro – hanno evidenziato una nuova V Repubblica, connotata dalla necessità di dover fronteggiare crisi che potremmo definire sistemiche ormai.

Troppe sono le avvisaglie di un cambio di passo. Seppure non possiamo discorrere di cesura netta, di certo è bene riconoscere come qualcosa stia cambiando nel tessuto istituzionale d'Oltralpe.

Che si tratti davvero di una "italianizzazione" del sistema francese? Di una sempre maggiore somiglianza tra i due ordinamenti? Che si stia andando incontro ad una VI Repubblica *de facto*?

Per fornire una risposta alle suddette considerazioni è bene procedere con ordine, ricordando, in una logica unitaria, quale sia il ruolo da assegnare ad ogni singolo tassello del Paese.

4. Considerazioni conclusive: il Sénat come baricentro di un sistema in crisi.

Il tema centrale di questa trattazione parte, com'è evidente, dalla relazione tra Presidente della Repubblica e capo dell'esecutivo, per poi passare a comprendere come tale dinamica influenzi la reale tenuta delle maggioranze, consonanti o meno, nell'Assemblée e nel Sénat.

Si può, dunque, partire dal dibattito tra Mitterrand e il Primo ministro Pompidou il 24 aprile 1964, laddove si è rammentata l'origine e la *ratio* delle previsioni costituzionali introdotte nel 1958, osservando, in ogni caso, che «*La nature des fonctions du président de la République a profondément changé par rapport à ce qu'elle fut*». Si è giunti, pure, a ricordare come sia stato proprio il referendum dell'ottobre del 1962, di cui si è accennato in premessa, a consacrare «*non seulement l'élection du président de la République par la nation tout entière, mais, du même coup, la confirmation des pouvoirs dont dispose le Président pour orienter la politique de la France*» che è garante «*de tout ce qui est essentiel, tenant son mandat de la confiance nationale, le président de la République est devenu sans contestation possible une pièce maîtresse de l'édifice constitutionnel*». Da qui, l'importanza dell'elezione popolare diretta del Capo dello Stato, che esprime l'inizio e la continuità della programmazione nazionale[131].

mutamenti politico-istituzionali: consolidamento o crisi di un modello?, in *Democrazia e Diritto,* n. 2, 2023, p. 90.

[131] Nel dibattito vennero affrontati anche altri profili, tra cui emerge con particolare evidenza la spettanza o meno al Primo ministro di poteri in ambito militare. Da qui, le tre questioni poste da Mitterrand a Pompidou su come siano state prese delle determinazioni in tema di politica estera e difesa nazionale.

In questa prima visione, in tutto e per tutto gollista, il Presidente si pone come forte, guida dell'ordinamento intero, ma tale funzione è progressivamente venuta meno, in una V Repubblica che non è più quella delineata dai costituenti del 1958, ma che si può definire nei termini di «*unorthodox*». Essa è, dunque, influenzata attualmente da una pluralità di fattori, riassumibili nella variabilità dei rapporti tra Presidente e Primo ministro; nella precaria autonomia dei Ministri; nella predominanza del Sénat rispetto all'Assemblée nell'alveo del procedimento legislativo, dove è il primo a divenire la sede principale dell'iniziativa e dell'approvazione delle norme; nella mobilità delle opposizioni assembleari e nella differenziazione delle determinazioni politiche ai vari livelli di governo[132].

Questa crisi sembra mettere in luce un dato significativo, consistente nel sempre maggiore utilizzo dei meccanismi fiduciari di cui all'art. 49 Cost. al fine di sancire un legame tra il Governo e l'Assemblée, oltre che tra l'esecutivo e il Sénat, come si avrà modo di vedere in seguito.

Sotto il primo profilo, è bene rammentare sinteticamente i diversi utilizzi dei tre commi del succitato articolo.

Il c. 1 è inedito per l'Italia, poiché rappresenta un'assunzione di responsabilità del Primo ministro nei confronti del Parlamento, che non si pone solo ed esclusivamente all'inizio del mandato. Anzi, vi si può ricorrere anche in momenti di peculiare tensione, come ha dimostrato la prassi cui si è *ante* accennato, cercando di verificare il supporto di cui l'esecutivo può godere. Tante volte non ha portato ad alcun esito, tranne che nei più recenti avvenimenti del 2025, che ha visto la caduta del Governo Bayrou.

Il c. 2, invece, si iscrive nella medesima linea di quanto prevede l'art. 94 Cost. della legge fondamentale italiana, nei termini di mozione di sfiducia. Si tratta, a ben vedere, di un'arma principalmente in mano alle opposizioni che, se approvata con esito positivo, ha il potere di far crollare l'esecutivo, com'è avvenuto, per il momento, solo con Pompidou nel 1962.

Da ultimo, il c. 3, con la peculiare operatività della questione di fiducia, è stato impiegato in svariate occasioni, ma solo una volta ha trovato un concreto esito, portando le opposizioni a sfidare il Governo con una *motion*, com'è capitato nel 2024 al Primo ministro Barnier. Risulta, invece, centrale la rinuncia da parte del Primo ministro Lecornu all'uso di tale congegno per addivenire all'approvazione della legge di bilancio[133]. Si tratta,

[132] O. Rozenberg, *The unorthodox Fifth Republic. The evolution of the French constitutional system since 2022,* in *LUISS Working Paper,* n. 2, 2025, p. 11 ss.

[133] M. Orioles, *Cosa succede alla Finanziaria del governo Lecornu in Francia*, in **StartMag**, 11 dicembre 2025.

a ben vedere, non solo di un gesto simbolico, ma anche pregno di un effettivo significato, consistente nella volontà di non porsi in attrito con un atto di "forza bruta" con il Parlamento. Sembra già questo un elemento – *in nuce*, è vero – che potrebbe rappresentare la volontà di instaurare un qual certo dialogo con le opposizioni.

Tutto ciò premesso, è bene notare come, nonostante si tratti di meccanismi previsti dalla Carta del 1958, sia soprattutto oggi che i suddetti strumenti assumono speciale rilievo ed applicazione. Emerge, infatti, una tendenza evolutiva nell'ordinamento francese, che vede un progressivo indebolimento della consonanza tra maggioranza presidenziale e parlamentare, con necessarie ripercussioni sull'esecutivo e sulla sua forza di resistenza passiva. Si è trattato, quindi, di un'erosione delle prerogative del Capo dello Stato, lenta ed inesorabile, come quella che connota una montagna scavata dall'acqua e dal vento, la cui conformazione va a mutare in secoli di continuo lavorio. Eppure, questi cambiamenti paiono ora più veloci, improvvisi e radicali, come uragani e *tsunami* che distruggono intere città, travolgendole. Sembra, dunque, che gli smottamenti politici vogliono replicare – o quantomeno reggere il passo di – cambiamenti climatici estremi, propri del nostro tempo.

Si è, non a caso, addivenuti ad una vera e propria crisi del *fait majoritaire*, facendo così cadere uno dei pilastri della V Repubblica francese[134], dove la mancanza di consonanza tra Presidente, Governo e Aule è ormai irreversibile. Da qui si vanno a delineare fragili equilibri, da cui sono scaturite, non a caso, le numerose cadute degli esecutivi d'Oltralpe, in ragioni di continui smottamenti di partiti di nuovo conio, oltre che di antiche forze politiche rinnovatesi[135].

In risposta, quindi, ad una crisi politico-istituzionale, del tutto inedita per i canoni della V Repubblica francese, si assiste ad un vero e proprio smarrimento della società civile, che ha perso i propri punti di riferimento, siano essi i rappresentanti del Parlamento, la guida dello Stato o il capo dell'esecutivo.

---

[134] Su questi aspetti si rinvia a P.-R. Lemas, *Le bicéphalisme de l'exécutif français et le fonctionnement de l'État,* in *Pouvoirs*, n. 1, 2023 e B. El Ide, *La Ve République et sa énième facette: l'avènement du «fait majoritaire»,* in *Revue française de droit constitutionnel*, n. 2, 2023.

[135] Qui sono risultate centrali «le maggioranze introvabili a causa di veti incrociati dei partiti, la conseguente formazione di governi fragili come quelli di Barnier, Bayrou, Lecornu, dagli orizzonti effimeri, la polarizzazione del dibattito politico»: così, P. Piciacchia, *La V Repubblica e l'arte di imparare (in fretta) a navigare a vista: anatomia di un'impasse istituzionale tra crisi politica e crisi di regime,* cit., p. XX.

Da qui, emerge chiaramente come sia forse il Sénat l'ultimo baluardo di un baricentro del sistema, al fine di arginare le derive estremiste. Non a caso, la Camera alta dovrebbe sempre più ancorarsi a quel ruolo di *moderateur* dell'ordinamento, al fine di salvaguardare, cosa ancora possibile, il circuito democratico d'Oltralpe, soprattutto rinsaldando il proprio legame con il Presidente della Repubblica[136]. Come insegna, infatti, l'esperienza francese la concreta resa delle regole costituzionali e parlamentari è, oggi, sempre più influenzata e determinata dall'esito delle elezioni presidenziali, più che di quelle legislative. Sono, infatti, le prime le cause di possibili antagonismi tra e nei confronti delle Aule.

Emerge, dunque, l'importanza di abbandonare una lettura strettamente presidenzialistica del sistema giuridico in parola, dovendosi piuttosto enfatizzare il rapporto tra Governo e Parlamento, dove non si dovrà assistere ad una logica di mera contrapposizione, ma di dialogo, basato su una cultura del consenso e di ricerca della condivisione di obiettivi politici per la salvaguardia del Paese e il benessere dei cittadini[137]. Pare, in

[136] Sulle più recenti tendenze si veda per tutti R. David, *Face à une Assemblée nationale privée de majorité, quel sera le rôle du Sénat?,* in *Public Sénat,* 11 luglio 2024. Sul ruolo più in generale del Senato francese si veda M. Calamo Specchia, *Il Senato in Belgio e Francia,* in S. Bonfiglio (a cura di), *Composizione e funzioni delle seconde Camere,* Padova, 2008. Sui dibattiti sull'opportunità di inserire una seconda Camera in Francia, definita come «*anomalie democratique*» si rinvia a K. Fiorentino, *Histoire intellectuel d'un débat éternel,* in *Pouvoirs,* n. 159, 2016, p. 15-26, oltre alle antiche tesi sulla legittimità del Sénat e della sua azione contenute in J.P. Marichy, *La deuxième Chambre dans la vie politique française depuis 1875*, Parigi, 1969 e in B. Morel, *Le Sénat et sa légitimité. L'institution interprète d'un rôle constitutionnel*, Parigi, 2016, laddove in particolare si afferma che «*En s'appuyant sur les ressources de la science politique et du droit public, cette thèse se donne pour objectif de comprendre le rôle de la seconde chambre française. À dessein, elle tend à considérer combien ce dernier est fonction de sa légitimité. Ce travail ne se donnera donc pas pour but de répondre à la question de la légitimité du Sénat, mais de comprendre comment l'appréciation de cette dernière par l'institution le conduit à interpréter les normes qui lui sont applicables. Le jugement subjectif que l'institution sénatoriale porte sur sa légitimité doit ainsi être envisagé comme une variable explicative des divergences entre le droit et son application. S'appuyant sur une approche institutionnaliste, ce travail analysera la légitimité comme contrainte et comme liberté de définition du rôle et d'interprétation des normes. Contrainte, l'institution l'est, car elle oblige le Sénat à se conformer à ce qu'elle juge être l'interprétation légitime de son rôle. Libre, le Sénat le demeure, car il reste juge et arbitre de ces contraintes à condition de savoir emprunter les chemins balisés par le droit. Dès lors, il convient de repenser la légitimité institutionnelle comme structure de contrainte de la décision permettant d'expliquer l'interprétation de la norme et l'équilibre du système politique*».

[137] Cfr. J. Garrigues, *Le Parlement sous la Ve République, entre subordination et retour en grâce*, in *Cahiers français,* n. 3, vol. 445, 2025, p. 17, laddove si afferma che «*l'efficacité de la gouvernance, sa capacité à réformer est tributaire d'alliances, de compromis, de négociacions au sein de l'Assemblée nationale, d'autant plus que l'on constate un fort affaiblissement dess autres forces structurant*

fin dei conti, doversi sostenere che la ricetta fondamentale consista nella ricerca di una nuova concezione politica e di una innovata logica di azione partitica[138].

La crisi, dunque, è presente ed è, se così si può dire, sistemica, profonda, andando ad investire numerose istituzioni d'Oltralpe. Eppure, non si può discorrere di netta cesura tra un "prima" e un "dopo". Non si ha, quindi, la realizzazione di una VI Repubblica, ma non si può negare che queste tendenze abbiano spinto molti commentatori ad individuare una "italianizzazione" del sistema costituzionale francese. La caduta degli esecutivi e il sempre più marcato ricorso ai meccanismi fiduciari, infatti, possono condurre ad un confronto marcato con il nostro ordinamento, dove l'istituto della "fiducia" è centrale per la buona tenuta delle istituzioni.

Elemento centrale della vita delle Camere italiane, al pari di quanto avviene per la Francia, è sicuramente il rapporto fiduciario tra le stesse e il Governo, che assume carattere sinallagmatico, dal momento che richiede prestazioni da entrambe le parti[139]: solo, infatti, attraverso la cooperazione tra queste istituzioni e la collaborazione tra i due poteri è possibile per l'esecutivo partecipare all'attività di indirizzo politico-amministrativo delle Assemblee[140]. Da qui, pare opportuno esaminare tali vicende, poiché pure in quest'ambito sono i gruppi parlamentari a giocare un ruolo di primario rilievo. Accanto a questi ultimi, tra l'altro, si pongono i partiti e la legislazione elettorale, che influenzano la dinamica in parola: si tratta di elementi "di contorno", ma ciò non toglie che essi siano fondamentali per comprendere l'attuale assetto organizzativo delle Aule[141].

---

traditionnellement le débat démocratique, à savoir les partis ou encore les syndacats». per più ampie considerazioni sull'importanza della cultura del consenso, basata su un dialogo sociale azionato dai partiti stessi, si vedano le suggestioni di P. Piciacchia, *Le "vie infinite" della democrazia partecipativa e il dilemma costituzionale della sua integrazione nei processi decisionali basati sulla rappresentanza. Quali modelli per gli ordinamenti del XXI secolo?,* in *Federalismi,* n. 22, 2024, p. 216-258 e Id., *La ricerca dell'incerta sintesi tra democrazia rappresentativa e democrazia partecipativa. Riflessioni a margine del Grand Débat National,* in *DPCE online*, n. 3, 2020, p. 2193-2223.

[138] Su questi aspetti si rinvia a N. Sanger, *Raisons et évolution du rejet des partis,* in *Pouvoirs*, n. 4, vol. 163, 2017, p. 18 e alle considerazioni di P. Piciacchia, *Semipresidenzialismo francese e ruolo del Parlamento: dai tentativi di rivalutazione dell'istituzione parlamentare alle più recenti sfide nel contesto di trasformazione del sistema dei partiti,* in *DPCE online,* n. 1, 2023, p. 993-994.

[139] In maniera generale A. Manzella, *Il Parlamento*, Milano, 1977 e G. Rivosecchi, voce *Fiducia parlamentare*, in *Dig.disc.pubbl.*, t. I, 2008, p. 377 ss.

[140] In generale, G. De Vergottini, *Diritto costituzionale comparato,* Padova, 2013.

[141] S. Bonfiglio, *Forme di governo e partiti politici. Riflessioni sull'evoluzione della dottrina costituzionalistica italiana,* Milano, 1993 e M. Olivetti, voce *Forme di Stato e di governo,* in *Enc.giur.*, vol. VI, 2007, p. 508 ss.

Centrale è, quindi, l'instaurazione dello stesso rapporto di fiducia, momento iniziale della vita del Governo. Dopo che quest'ultimo ha giurato nelle mani del Presidente della Repubblica, è tenuto a presentarsi alle Camere nel termine di dieci giorni, indicando il proprio programma ad un'Assemblea con discorso orale e all'altra con relazione scritta, secondo una prassi improntata alla celerità e all'economicità[142]. Queste asserzioni sono, dunque, oggetto di dibattito parlamentare e, sia alla Camera che al Senato, spetta ai capigruppo della maggioranza presentare la mozione di fiducia, motivata e votata per appello nominale, instaurandosi qui una prima peculiarità, determinando così una discussione avente ad oggetto le comunicazioni dell'esecutivo, "variando" rispetto a quanto avviene di solito nell'alveo del diritto parlamentare[143]. La mozione deve essere, appunto, motivata, come richiede la legge fondamentale italiana, ma spesso lo è solo *per relationem*, tramite l'impiego di una formula che si esprime nei seguenti termini: «*la Camera [o il Senato], udite le dichiarazioni programmatiche del Presidente del Consiglio dei ministri, le approva e passa all'ordine del giorno*». Tale scelta è, spesso, strumentale a celare i conflitti che si annidano tra le varie compagini politiche in seno alla coalizione, evitando, così, di delineare in prima battura un "nucleo duro" dell'indirizzo politico. Solo in alcuni casi tale individuazione è stata, invece, effettuata dallo stesso Presidente del Consiglio, mediante la distinzione tra una parte "politica" e una più ricognitiva nell'ambito delle dichiarazioni programmatiche[144].

Ci si è a lungo interrogati, inoltre, se il rapporto fiduciario vincoli l'esecutivo alla sola maggioranza o all'intera Camera. Pare, però, potersi sostenere senza difficoltà che esso produca i suoi effetti tanto su coloro che votano a favore quanto su coloro che votano contro o che si astengono, determinando, altresì, importanti conseguenze in termini organizzativi, come nella definizione della composizione delle Commissioni parlamentari, in cui deve essere rispettata, come si è già detto, la proporzione tra maggioranza ed opposizione[145].

D'altro canto, i Regolamenti riproducono le disposizioni costituzionali, aggiungendo solamente, a tutela dell'unità e dell'omogeneità dell'indirizzo politico alla base del vincolo di fiducia, che per questa

[142] Art. 94, c. 3 Cost.

[143] V. Lippolis, *Le procedure parlamentari del rapporto fiduciario,* in T. Martines, G. Silvestri, C. Decaro, V. Lippolis, R. Moretti, *Diritto parlamentare,* Milano, 2011, p. 231-265.

[144] Così, ad esempio, fece l'allora Presidente De Mita nel 1988, come testimoniano L. Gianniti, N. Lupo, *Corso di diritto parlamentare,* Bologna, 2023, p. 262 e 325.

[145] L. Gianniti, N. Lupo, *Corso di diritto parlamentare,* cit., p. 263.

mozione non è consentita la votazione per parti separate né la presentazione di ordini del giorno[146].

La Costituzione si occupa, poi, di disciplinare altresì la fine del rapporto fiduciario, estendendo alla mozione di sfiducia i due requisiti della mozione di fiducia iniziale, ossia la votazione per appello nominale e la motivazione. È, in particolare, quest'ultimo aspetto che diviene rilevante, poiché tale elemento obbliga le forze politiche che presentano la mozione a concordare un indirizzo politico, criticando l'operato del Governo o, addirittura, giungendo a prefigurare nei fatti un esecutivo alternativo, nell'ipotesi di una c.d. "sfiducia costruttiva"[147]. È stata, non a caso, criticata la decisione del Presidente della Camera di porre congiuntamente in votazione due mozioni di sfiducia diversamente motivate, stante la volontà di conseguire il medesimo effetto giuridico[148].

Proprio per verificare l'attendibilità e la "serietà" della richiesta in parola, l'art. 94, c. 5 Cost. aggiunge, in tale ipotesi, ulteriori due requisiti, ovverosia l'intervallo temporale minimo di tre giorni tra presentazione e votazione e la necessità di sottoscrizione da parte di almeno un decimo dei componenti della Camera o del Senato. Nel fissare un *quorum* si è trattato, evidentemente, come si è già avuto modo di sottolineare, di uno strumento per rendere più difficile, nei fatti, mettere in discussione l'operato del Governo da parte dell'opposizione parlamentare, che, altrimenti, potrebbe tenere l'esecutivo continuamente in "ostaggio", in maniera opportunistica ed ostruzionistica. Non stupisce, dunque, che tale elemento numerico sia più alto rispetto a quello richiesto dai Regolamenti per la presentazione delle "normali" mozioni, ma non si tratta, ad ogni modo, di una soglia particolarmente difficile da raggiungere. Ciò non toglie che, se essa poi non trova adeguato sostegno parlamentare, comunque resterà lettera morta e non avrà alcun seguito effettivo[149].

Alla luce di queste circostanze fattuali si rammenti che, dal 1948 ad oggi, non è mai stata approvata alcuna mozione di sfiducia. L'unica ipotesi in cui si è rischiata l'apertura di una crisi di governo parlamentare si è avuta nel dicembre del 1994, quando furono presentate alla Camera tre distinte mozioni di sfiducia nei confronti del Governo Berlusconi I da parte di gruppi parlamentari che rappresentavano più della metà dei deputati. Tale

[146] Artt. 115 Reg. Cam. e 116 Reg. Sen.

[147] L. Gianniti, N. Lupo, *Corso di diritto parlamentare,* cit., p. 264.

[148] S. Curreri, *Sul voto congiunto di mozioni di sfiducia diversamente motivate,* in *Rass.parl.*, n. 2, 2011, p. 339-366.

[149] L. Gianniti, N. Lupo, *Corso di diritto parlamentare,* cit., p. 264.

esito – che pareva scontato – è stato evitato con il ricorso alle dimissioni da parte dell'esecutivo, prima della votazione delle mozioni[150].

Da ultimo, è risultata ben più rilevante, sotto il profilo quantitativo e sistemico, la questione di fiducia, strumento che va a "ricompattare" la maggioranza, che dovrebbe sostenere il Governo, attorno ad una votazione parlamentare, legando il destino dell'esecutivo al buon esito – positivo – della votazione. Si è definita tale pratica come "ricattatoria", dal momento che il Governo intende, in maniera indiretta, cercare di salvare la propria posizione e il proprio operato senza che si ricorra ad una mozione di fiducia o sfiducia[151].

Si tratta, a ben vedere, di una consuetudine costituzionale[152], che non è oggetto di disciplina nella legge fondamentale nostrana, a differenza di quanto avviene in Francia[153]. L'impiego di tale congegno produce ad ogni modo tre effetti, consistenti nel ricorso ad un voto palese nell'ambito del procedimento legislativo; nell'ordine delle votazioni tra tesi su cui è posta la questione e su cui essa non è apposta e nell'inemendabilità e indivisibilità dell'oggetto della votazione.

Oggi quest'istituto è normato nei Regolamenti delle Aule[154], che scontano talune differenze prescrittive. Rileva, in questa sede, rammentare sinteticamente che alla Camera l'ambito di applicazione di questa procedura è più limitato rispetto al Senato, essendo vietata la sua apposizione anche sulle proposte di inchieste parlamentari e su tutti gli argomenti che il Regolamento riserva alla votazione per alzata di mano o per scrutinio segreto. In secondo luogo, alla Camera bassa italiana si procede in questa procedura sempre per appello nominale e viene posta in votazione prima di ogni altro testo, con una chiara finalità antiostruzionistica, in uno specifico intervallo di tempo, di almeno ventiquattro ore, tra la sua posizione e la sua votazione[155].

---

[150] *Ivi*, p. 265.

[151] Per un approfondimento M. Galizia, *Studi sui rapporti fra Parlamento e* Governo, vol. I, Milano, 1972.

[152] A. Manzella, *Note sulla questione di fiducia. Ancora sui rapporti fra maggioranza ed opposizione,* in *Studi parlamentari e di politica costituzionale,* n. 5-6, 1969, p. 39-90; G. Boccacini, *La questione di fiducia,* Milano, 1974; M. Olivetti, *La questione di fiducia nel sistema parlamentare italiano,* Milano, 1996 e V. Lippolis, *Le procedure parlamentari nel rapporto fiduciario,* cit., p. 231-265.

[153] Sul punto, M. Olivetti, *La questione di fiducia nel sistema parlamentare italiano,* cit.

[154] Artt. 116 Reg. Cam. (introdotto nel 1971) e 161 Reg. Sen. (introdotto nel 1988 e rivisto sostanzialmente nel 2017).

[155] L. Gianniti, N. Lupo, *Corso di diritto parlamentare,* cit., p. 272.

Le finalità che sono generalmente ricondotte all'impiego di tale meccanismo sono essenzialmente due: la prima è quella di ricondurre all'indirizzo politico governativo le forze di maggioranza, cercando di unirle, seppure in maniera "forzata" per salvaguardare la vita del Governo; la seconda attiene ad una volontà chiaramente antiostruzionistica, effetti questi ultimi che sono amplificati qualora la questione sia posta sulla votazione di un emendamento o di un maxi-emendamento[156].

Ad ogni modo, esso rappresenta uno strumento molto duttile, che viene a volte applicato anche su atti di indirizzo a contenuto generale. Ciò "slega", quindi, quest'istituto da una valenza "concreta" – legata ad un singolo provvedimento – andando ad assumere una connotazione "astratta", andando a qualificarsi più come una "riconferma" del rapporto fiduciario[157]. Queste ultime, in particolare, sono quelle che hanno portato ad esiti concreti, come nei casi della caduta di due Governi Prodi, una nel 1998 e una nel 2008, mentre negli altri casi tale meccanismo ha portato, effettivamente, a salvare l'esecutivo, facendolo permanere in carica[158].

Ciò che emerge, ad ogni buon conto, dal sintetico confronto *ante* delineato è che tutti i suddetti istituti presentano punti centrali di contatto con le "controparti" francesi, anche se sussistono notevoli differenze, prescrittive e applicative.

Come si è avuto modo di affermare, se nel nostro Paese è necessario determinare fin da subito un collegamento tra esecutivo e maggioranza, in Francia ciò è solo eventuale. Eppure, questo istituto risulta funzionale per richiamare quella "rispondenza" del Governo verso l'Assemblée, marcando un impegno che da politico si tramuta in istituzionale.

Con riferimento, poi, alla *motion de censure*, è bene evidenziare come anche in Italia questo strumento sia stato attivato più volte, ma in nessun caso esso sia stato utile a far cadere un esecutivo, trattandosi nel nostro ordinamento, di fatto, solo di crisi extraparlamentari. Pare, dunque, che esso rappresenti più un "puntello" per l'esecutivo, uno stimolo o un "avvertimento", utile per rimarcare un legame ineludibile con il potere legislativo, ma che mai – o di rado, come è acceduto in Francia, dove la *motion* è stata approvata solo nel 1962 – è portato alle sue estreme conseguenze.

Infine, la questione di fiducia è una sorta di "forzatura" delle istituzioni ampiamente impiegata e a cui si tenta, nel Paese d'Oltralpe come

[156] *Ivi*, p. 272-273.
[157] M. Olivetti, *La questione di fiducia nel sistema parlamentare italiano,* cit.
[158] L. Gianniti, N. Lupo, *Corso di diritto parlamentare,* cit., p. 275.

nel nostro, di farvi sempre più ricorso, principalmente per ricompattare la maggioranza e combattere il "bloccaggio" delle opposizioni.

L'ampio utilizzo di questi strumenti, quindi, testimonia la crisi che investe la Francia, dove ci si ritrova con un Presidente della Repubblica più debole, con un'impronta che vorrebbe – ma non può più – essere gollista; un Primo ministro co-protagonista sulla scena e un Sénat garante dell'Assemblée, connotato dall'esigenza di non cadere vittima del "fuoco incrociato". Tutti questi soggetti, quindi, unitariamente considerati, sono fondamentali e chiamati a collaborare tra loro.

Per questo sembra che sia l'ordinamento stesso a voler trovare, in maniera autonoma, degli antidoti a tali malanni, tramite, in primo luogo, una rivitalizzazione del ruolo del Sénat, che oggi è parte integrante di un sistema in perenne mutamento, cambiando operatività a seconda delle contingenze politiche ed istituzionali[159].

In secondo luogo, la Francia ricerca un'ulteriore soluzione "interna". Non è un caso, infatti, che, a differenza di quanto avviene in Italia, il popolo d'Oltralpe non sia disinteressato alla lotta e alla contrapposizione politica, ma ne sia partecipe a tutti gli effetti. La crisi, dunque, è profonda, ma non allontana dalla partecipazione alla vita istituzionale. Le recenti feroci proteste sono, forse, una testimonianza drammatica di tale assunto, ma sono, almeno, un segnale di flebile speranza.

Se qualcosa si muove nel sottosuolo, vuol dire che non c'è morte. Non stiamo assistendo ad un funerale della democrazia francese, ma ad una nuova vita, che deve risorgere dalle ceneri, scomposte, di una V Repubblica in subbuglio.

***

[159] Già J. Mastias, *Histoire des tentations du Sénat de la Ve République,* cit., p. 34 affermava, in chiusura del suo contributo, che «*L'image du Sénat n'est plus aussi nette qu'autrefois. Il n'est pas seulement une institution de régulation et de modération assouplissant un système majoritaire trop rigide. Mais est une pièce de ce système, dont le rôle n'est pas univoque selon les gouvernants et les moments*».

RIVISTA DI
DIRITTI COMPARATI

ABSTRACT: The 1958 French Constitution, which gave rise to the Fifth Republic, introduced art. 49, which regulates, through three distinct procedures, the notion of confidence. This is, in fact, fundamental to understand the trilateral relationship between Parliament, the President, and the Prime Minister. Considering the strong connection between the National Assembly and the executive body through the above mentioned relationship, after several institutional crises and the transformation of the French political system, the Senate is increasingly assuming a greater role, becoming the center of gravity of an order otherwise devoid of strong guidelines.

KEYWORDS: crisis – Government – confidence – Sénat – Assemblée

***

Giulia Sulpizi - Dottoranda di ricerca in "Diritto, mercato e persona", Università Ca' Foscari (Venezia) – Université Sorbonne Paris Nord (Parigi) (giulia.sulpizi@unive.it)

RIVISTA DI
DIRITTI COMPARATI

L'adozione per le persone singole: tra tutela dell'interesse del minore e libertà di autodeterminazione del genitore. Riflessioni a margine della sentenza n. 33/2025 della Corte costituzionale *

Chiara Ingenito

SOMMARIO: 1. Inquadramento della questione sottoposta alla Corte costituzionale. - 2. Le prime pronunce in tema di adozione dei singoli: il ruolo dell'art. 6 della Convenzione di Strasburgo del 24 aprile 1967. - 3. Il minore al centro dell'istituto dell'adozione. - 4. La valorizzazione dei legami di parentela al di là della genitorialità di sangue alla luce del principio del superiore interesse del minore: dalla famiglia all'ambiente familiare. - 5. La libertà di autodeterminazione nella scelta di diventare genitore.

1. L'inquadramento della questione sottoposta alla Corte costituzionale

Con la sentenza del 29 gennaio 2025 n. 33[1], la Corte costituzionale si è espressa a favore dell'adozione internazionale di minori anche per le

* L'articolo è stato sottoposto, in conformità al regolamento della Rivista, a *double-blind peer review*.

[1] Per i primi commenti, A. Anselmo, *Le adozioni internazionali da parte delle persone singole: il superamento di un'esclusione non proporzionata ed inattuale* in *Lecostituzionaliste.it*; A Ruggeri, *Un ossimoro costituzionale: la "famiglia monoparentale" (implicazioni di ordine istituzionale ed al piano della teoria della costituzione)* in *Federalismi.it*; M.R. Bianca, *La Corte costituzionale e l'apertura dell'adozione alle persone singole. Un modello unico di famiglia monoparentale fondato sulla triade valoriale: autodeterminazione, solidarietà e interesse del minore* in *Giustizia insieme*; I. Tardia, *Adozione internazionale e persona singola: additiva di principio, idoneità in concreto e ordine pubblico "esterno" (nota a Corte Cost., 21 marzo 2025 n. 33)* in Studi 2025/III in *Consulta on Line*; A.M. Astone, *Adozione del singolo e famiglia monoparentale: le prospettive dopo la decisione n. 33/2025 della Corte Costituzionale*, in *www.accademiaassociazionecivilisti.it/*, 2025, 8 T. Auletta, *Dalla riforma del 1975 alle riforme successive: i principali mutamenti del diritto di famiglia negli ultimi cinquant'anni*, in *www.rivistafamilia.it,* 2025, 3 E. Falzea, *Principio di autodeterminazione e PMA: evoluzione e limiti a margine della sentenza n. 69/2025*, in *www.giurcost.org*, 2025, 2 E. Bilotti, *Il volto costituzionale della famiglia, oggi*, in *Quaderni costituzionali*, 2025, 3; C. Murgo, *La persona single e l'adozione dei minori stranieri: obiettivo famiglia*, in *www.geniusreview.eu*, 2025, 2 M. Piccolo, *L'adozione internazionale da parte delle persone singole*, in *BioLaw Journal - Rivista di BioDiritto*, 2025, 2 A. Ruggeri, *Famiglia e Costituzione: un modello aperto e 'in progress'?*, in *www.giurcost.org,* 2025, 2 V. Telaro, *Adozione da*

persone singole, ovvero per coloro che non sono vincolati da un matrimonio ai sensi dell'art. 86 c.c.

La pronuncia è stata salutata con favore in quanto allinea il nostro ordinamento, non solo agli altri ordinamenti[2], ma rende anche coerente ed attuale[3] l'intera disciplina dell'adozione contenuta nella legge n. 184 del 1983.

Le questioni che interessano la pronuncia in esame sono molteplici perché la Corte coglie l'occasione per mettere alcuni punti fermi in tema di famiglia,[4] ne tratteggia l'evoluzione degli ultimi venti anni, rimarcando,

parte delle persone singole e ordinamento costituzionale: questioni attuali e possibili risvolti dopo Corte cost. sent. n. 33 del 2025, in *www.giurcost.org,* 2025, 2.

[2] In gran parte d'Europa i single possono infatti adottare un bambino. In Gran Bretagna possono adottare un minore i single o le coppie che abbiano più di ventuno anni di età; in Francia possono adottare sia i single che una coppia sposata da almeno due anni; in Spagna possono adottare i single con più di venticinque anni di età; anche in Germania è consentito adottare un minore individualmente, anche da parte di persone non coniugate. Anche negli Stati Uniti e perfino in Cina l'adozione per i single è consentita con gli stessi requisiti previsti per le coppie. Nel Regno Unito, l'*Adoption and Children Act* del 2002 prevede, alla sezione 51, che «*an adoption order may be made on the application of one person who has attained the age of 21 years and is not married or a civil partner*». Secondo l'art. 264*b*, comma 1°, del Codice civile svizzero, «una persona non coniugata e non vincolata da un'unione domestica registrata può adottare da sola un minorenne se ha almeno 28 anni». C.E. Tuo, *Il riconoscimento delle adozioni straniere in Italia alla prova della CEDU: il caso dei* single, cit., p. 855.

[3] L'assetto della legge 4 maggio 1983, n. 184, è stato, quindi, più volte aggiornato dai suddetti interventi di matrice giurisprudenziale che hanno inciso in profondità gli istituti dell'adozione cosiddetta legittimante e l'adozione in casi particolari. Sul punto occorre citare, in ordine meramente cronologico, l'ordinanza n. 17100 del 2019 della Corte di cassazione. La citata ordinanza segna un'autentica svolta relativamente all'istituto dell'adozione in casi particolari, specificatamente nella misura in cui consente anche alle persone singole di adottare minori, anche qualora l'adottante sia di età avanzata o il minore sia affetto da grave *handicap* e la sentenza della Corte costituzionale 79 del 2022. Rispetto quest'ultima si rinvia a C. Ingenito, *La tutela dei legami di parentela nell'adozione in casi particolari: Note a margine della sentenza della Corte costituzionale n. 79/2022,* in *Biodiritto,* 1/2023 e M.C. Errigo, *Garantire le relazioni familiari. La decisione della Corte costituzionale n. 79/2022, Osservatorio costituzionale AIC*; G. Ferrando, *Adozione in casi particolari e rapporti di parentela. Cambia qualcosa per i figli nati da maternità surrogata*, *Questione Giustizia*; E. Crivelli, *La Corte costituzionale garantisce i rapporti di parentela a tutti i minori adottati: nota alla sentenza n.79 del 2022*, *Osservatorio costituzionale AIC.*

[4] L. Balestra, *L'evoluzione del diritto di famiglia e le molteplici realtà affettive*, in *Riv. Trim. dir. e proc. Civ.,* 2010, 1106

anche rispetto all'adozione internazionale per le persone singole, che esiste un unico status di figlio[5].

La Corte non perde l'occasione per rivedere i contorni di un istituto complesso come l'adozione, nel bilanciamento tra il superiore interesse del minore[6] ad avere un nuovo ambiente familiare sano e sereno e l'interesse alla genitorialità *in divenire* che va preservata e tutelata, ma mai definita quale vero e proprio diritto, essendo rimessa alla libertà di autodeterminazione dei futuri adottanti.

Al fine di dar conto di tutti gli aspetti richiamati, è opportuno cominciare dalla questione di legittimità costituzionale sottoposta alla Corte, per poi, addentrarsi nelle specifiche tematiche che da essa emergono e che chiariscono la fondatezza della questione.

Con ordinanza del 20 maggio 2024, il Tribunale per i minorenni di Firenze ha sollevato, in relazione agli artt. 2 e 117 comma 1 Cost., quest'ultimo in relazione all'art. 8 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, questione di legittimità costituzionale degli artt. 29 bis comma 1 e 30 comma 1 della legge n. 184/1983 nella parte in cui, rispettivamente, non consentono alla persona non coniugata residente in Italia di presentare domanda per la dichiarazione di idoneità all'adozione internazionale e al giudice di emettere il decreto di idoneità all'adozione internazionale nei confronti della persona non coniugata, di cui siano state positivamente riscontrate le attitudini genitoriali nel corso dell'istruttoria.

La questione riguardava una donna non coniugata che aveva presentato al Tribunale per i minorenni di Firenze un ricorso contenente la propria disponibilità ad adottare un minore straniero, chiedendo l'emissione del decreto di idoneità ad adottare.

---

[5] G. Famiglietti, *Filiazione e procreazione*, in AA.VV., *La famiglia davanti ai suoi giudici*, Atti del Convegno dell'Associazione "Gruppo di Pisa" Catania Dipartimento di Giurisprudenza 7-8 giugno 2013, Editoriale Scientifica, Napoli, 2014, 119 ss.; M. Sesta, *Filiazione* (dir. civ.), in *Enc. dir.,* Ann., VIII (2015), 445 ss.; G. Ferrando, *Status unico di figlio e varietà dei modelli familiari*, in *Fam. e dir.,* 2015, 952 ss.; A. Gorassini, *Un nuovo fonema giuridico: figlio. Lo stato unico di figlio nel tempo dell'eclissi del diritto civile,* in *Europa e dir. priv., 2*/2018, 385 ss.; L. Lenti, *Uguaglianza fra tutti i figli, famiglia e matrimonio*, in AA.VV., *Dalla famiglia fondata sul matrimonio alla famiglia fondata sulla procreazione?* a cura di E. Bilotti e M. Sesta, in *Famiglia e diritto*, 11/2022,1078 ss.; M.E. La Torre, *La filiazione e i doveri diritti dei genitori nei confronti dei figli,* in AA.VV., *La Costituzione vivente*, Giuffrè, 663 ss. F. Paterniti, *Figli e ordinamento costituzionale*, Editoriale Scientifica, Napoli 2019, 90 ss

[6] S. Bartole, R. Bin (a cura di), *Commentario breve alla Costituzione*, Cedam, Padova, 2008.

Il Tribunale per i minorenni di Firenze sollevava, in riferimento agli artt. 117 comma 1 Cost. in relazione all'art. 8 Cedu, questione di legittimità costituzionale dell'art. 29bis comma 1 e 30 comma 1 della l. sull'adozione.

La Corte costituzionale ritiene le questioni ammissibili e precisa l'oggetto del giudizio che limita al solo art. 29bis l. n. 184/1983, perché, con la declaratoria di illegittimità costituzionale dell'art. 29bis, la persona singola verrebbe inclusa tra coloro che hanno i requisiti per presentare la dichiarazione di disponibilità all'adozione e per chiedere l'idoneità e quindi il Tribunale non potrebbe, sulla base dell'art. 30 comma 1 della medesima legge, emettere un decreto di insussistenza dei requisiti, motivato con lo stato libero del soggetto richiedente.

Il presente commento, senza alcuna pretesa di esaustività, proverà a ricostruire il percorso argomentativo della Corte costituzionale, partendo dalle sentenze precedenti a quella in esame, provando a superare, forse questa volta definitivamente, l'assunto per cui sia ancora da intendersi come attuale l'intento del legislatore della legge n. 184/1983 di dare al minore non «… una famiglia qualsiasi, ma la "migliore delle famiglie possibili", che il legislatore ha individuato nella famiglia bigenitoriale, che offra garanzie di stabilità tramite il legame del matrimonio e sia formata da un uomo e da una donna, secondo il principio dell'imitatio naturae».

2. *Le prime pronunce in tema di adozione dei singoli: il ruolo dell'art. 6 della Convenzione di Strasburgo del 24 aprile 1967*

Al fine di verificare se nell'attuale normazione sia riconosciuta l'astratta idoneità del singolo ad adottare, la Corte ha voluto ricostruire il contesto storico e normativo in cui l'istituto dell'adozione si è evoluto e le proprie pronunce che hanno testimoniato tale sviluppo.

I requisiti che il legislatore aveva previsto per coloro che intendono adottare, ai sensi dell'art. 6 legge n. 184/1983, sono caratterizzati da un'estrema rigidità[7] (essere una coppia sposata o convivente da almeno 3 anni) poiché, l'inserimento del minore in una famiglia *sostitutiva,* sembrava essere l'unica soluzione all'epoca della legge n. 184 per creare un ambiente idoneo secondo il modello della società naturale. Ciò era possibile escludendo, salvo eccezioni (art. 44 lett. a) c) e d) c.d. adozione in casi particolari o l'ipotesi specifica dell'art. 25 commi 4 e 5 legge adoz.),

[7] Rossi Carleo L., *L'affidamento e le adozioni*, in *Trattato di diritto privato* (a cura di) Rescigno P., II ed., Vol. III- Persone e famiglia, Utet., 347.

l'adozione da parte del singolo, ovvero i casi in cui prevale l'esigenza di salvaguardare la c.d. continuità del rapporto affettivo.

Affianco alle previsioni eccezionali contenute nella legge n. 184, l'apertura dell'adozione per le persone singole è stata incoraggiata anche dal dettato normativo dell'art. 6 della Convenzione di Strasburgo del 24 aprile 1967 sulla cui legittimità la Corte ha avuto modo di pronunciarsi con la sentenza n. 183 del 1994. La questione di legittimità costituzionale sollevata dalla Corte d'appello di Roma,[8] riguardava l'art. 6 della Convenzione europea in materia di adozioni di minori, firmata a Strasburgo il 24 aprile 1967 e ratificata dall'Italia con legge 22 maggio 1974, n. 357, *«nella parte in cui permette senza limiti l'adozione di un minore da un solo adottante»*. La Corte di Appello riteneva che tale norma contrastasse con la nozione di famiglia quale società naturale fondata sul matrimonio, con l'interesse del minore ad essere allevato e educato da entrambi i genitori e con il principio di ragionevolezza[9]. È importante, ai fini del presente commento, richiamare un passaggio del ragionamento della Corte di Appello che dà atto dell'evoluzione del fenomeno familiare, laddove si legge proprio che «…l'art. 29 definisce la famiglia come società naturale fondata sul matrimonio ed afferma l'obbligo della Repubblica di riconoscere i diritti che ad essa competono. Il Legislatore è quindi vincolato- come afferma la miglior dottrina, a conservare l'assetto familiare quale è apprezzato tradizionalmente dalla coscienza del nostro popolo cioè come ordinamento giuridico originario, cellula elementare necessaria di vita sociale, *principium urbis*…». Ed ancora, «…è pur vero che l'archetipo della famiglia come agenzia funzionale all'interesse della collettività è stato sostituito dall'idea

[8] Corte d'appello di Roma, sez. min., 25 settembre 1993, A. Beghè Loreti *La normativa internazionale e quella italiana in tema di adottabilità di un minore da parte di persona sola Giustizia civile,* 1993, I, pp. 2821 ss., M. Dogliotti, *È possibile l'adozione da parte del singolo?*; *Famiglia e diritto,* 1994, pp. 48 ss., M. Guglielmi, *Ammissibilità dell'adozione del singolo adottante* in *Giurisprudenza di merito*, 1994, pp. 442 ss., D. Bonamore, *L'adozione speciale deve essere «speciale» (legittimazione per «un solo adottante», art. 6 1. 22 maggio 1974 n. 357),* in *Giustizia civile*, 1994, I, pp. 247 ss., L. Lenti, *L'adozione da parte di persone singole: la Legge 184 e la Convenzione di Strasburgo* in *Giurisprudenza italiana*, 1994, I, p. 234 L. Rossi Carleo, *Molto rumore per nulla: l'adozione da parte del singolo* in *Nuove leggi civ. comm.*, 1993, p. 1398.

[9] Rispetto al problema della ragionevolezza, si rinvia alle note critiche di A. Lorenzetti, "*Matrimonio e filiazione: legame indissolubile*?", in R. Bin– G. Brunelli – A. Guazzarotti A. Pugiotto– P. Veronesi (a cura di), *La «società naturale» e i suoi "nemici"*, Giappichelli, 2010, 228 s., secondo cui «se il consentire l'adozione alla sola coppia eterosessuale potrebbe trovare un riscontro nei termini della ragionevolezza, presupponendo la necessaria duplicità delle figure genitoriali, consentirla al singolo farebbe venire meno questo presupposto, senza più ragionevolezza nel caso di esclusione per i soli single omosessuali».

della famiglia come luogo degli affetti, come sede di ricerca di gratificazioni affettive ed emotive; che conseguentemente la ratio della legislazione è incentrata sulla valorizzazione della persona e nella garanzia dei diritti dei singoli individui che la compongono. Ma non per questo è venuta meno la funzione costituzionalmente affermata della famiglia. Tanto che è pacificamente riconosciuto il diritto del minore ad essere allevato nella propria famiglia» nella ratio di dargli una nuova famiglia fondata «…su una comunanza continuativa di vita ed adeguate capacità educative». Per la Corte di Appello, tali finalità non sono proprie della Convenzione[10].

La Corte costituzionale con sentenza n. 183/1994[11], riteneva non fondata la questione[12], affermando che l'art. 6 non è stato abrogato, in tutto o in parte, dalla l. 184/1983 e ne chiariva la natura giuridica di norma Convenzionale, contenente un minimo di principi cui ogni parte contraente dovrebbe dare effetto, nel senso che, con legge ordinaria, ciascun ordinamento può determinare anche i presupposti di ammissione e gli effetti dell'adozione da parte di una persona singola[13]. La Corte aggiungeva che, fermo restando che nel vigente quadro normativo l'ordinamento consente l'adozione dei singoli solo in casi eccezionali, un'innovazione legislativa che, nel solco della Convenzione, riconosca in modo più ampio la possibilità di adottare un minore per una persona singola, non è in contrasto con i parametri costituzionali richiamati[14]. Non solo, ma ha anche precisato che

[10] Sul punto la Corte di Appello richiama una pronuncia della Cassazione, sent. n. 944 del 1991 in cui la Cassazione riteneva che l'adozione da parte di una coppia costituisce un vero e proprio «principio fondamentale della materia» in tema di famiglia e minori.

[11] E. Lamarque, in Giur. it., 1995, I, 5

[12] D. Bonamore, *Il principio di razionalità e verità della legge, le sentenze della Corte costituzionale e l'ingresso nell'ordinamento dell'adozione speciale da parte del singolo* e Guglielmi M., *Adozione del single: rapporti tra norme comunitarie e legislazione statale*, in *Giust. Civ.*, 1994, I, 2107.

[13] M.C. Ebene Cobelli, *La Convenzione di Strasburgo e l'adozione nel diritto interno,* in Rivista di diritto civile, 1975, II, pp. 687 ss. Ricorda la questione sull'esistenza di norme self executing nel testo della Convenzione M. Mantovani, *Note introduttive al Libro I, Titolo VIII,* nel Commentario Cian- Trabucchi, 14ª ed., Padova, Cedam, 2020, p. 352.

[14] Sul punto, si è successivamente espressa la giurisprudenza di legittimità con sentenza n. 7950/1995, affermando però che non si può ritenere che l'apertura all'adozione dei singoli nel nostro ordinamento possa avvenire mediante un'interpretazione estensiva degli artt. 25 e 44 della legge n. 184/183 perché si tratta di due ipotesi particolari in cui si utilizza «una tecnica di attuazione della finalità primaria dell'adozione». Per i commenti a tale pronuncia si rinvia a Corte di cassazione, 21 luglio 1995, n. 7950, V. Carbone, *Adozione di minore da unico adottante: manca la norma* in *Corriere giuridico*, 1995, p. 1059, M. Dogliotti, *Conclusa la vicenda dell'adozione da parte del singolo* in *Famiglia e diritto*, 1995, pp. 536 ss., A. Gabrielli, *L'adozione del single tra normativa convenzionale e diritto interno: problemi attuali e*

l'art. 6 della Convenzione di Strasburgo non è una norma autoapplicativa, ma attribuisce al legislatore la possibilità (non un obbligo prescrittivo) di prevedere l'adozione anche per persone singole. Affinché tale adozione possa aver luogo in Italia è necessaria una legge interna che determini i presupposti e gli effetti dell'adozione da parte della persona singola. Sebbene la legge sull'adozione sia orientata verso una coppia di coniugi perché ritiene prioritaria «l'esigenza, da un lato, di inserire il minore in una famiglia che dia sufficienti garanzie di stabilità, e dall'altro di assicurargli la presenza, sotto il profilo affettivo ed educativo, di entrambe le figure dei genitori», tuttavia, dalla lettura della sentenza n. 183, sembra potersi desumere la conclusione per cui non vi dovrebbero essere ostacoli a immaginare una vera e propria innovazione legislativa che riconosca, in misura più ampia, la possibilità che «…l'adozione da parte di una persona singola sia giudicata la soluzione in concreto più conveniente all'interesse del minore» tale da abbracciare, sia l'adozione piena nazionale, sia l'adozione internazionale.

Resta il fatto che quella data dalla Convenzione di Strasburgo è solo una facoltà, come confermato anche dalle letture date dalla giurisprudenza di legittimità,[15] e non un vero e proprio obbligo di consentire l'adozione anche alle persone singole, tenuto conto che non vige un divieto all'adozione dai singoli nella Costituzione e nei principi costituzionali che riguardano la famiglia (artt. 29 e 30 Cost.). Va anche detto che la Corte, in precedenti pronunce,[16] aveva già considerato che la stabilità della famiglia data da due figure di genitori, concorre con il criterio dell'adeguatezza della famiglia che accoglierà il minore, nel senso che, pur essendo maggiormente valorizzata la presenza dei due genitori, si potrebbe ammettere in via speciale la possibilità di adottare da parte delle persone singole [17], come poi, di fatto avviene agli artt. 25 e 44 l. adoz.

prospettive di riforma in *Giurisprudenza italiana*, 1997, I, pp. 697 ss., F. Pietrangeli, *L'adozione del singolo, la convenzione di Strasburgo del 24 aprile 1967 e la legislazione vigente: critica ad una recente sentenza della corte di cassazione*; in *Foro italiano*, 1996, I, c. 627, F. Cristiani, *Sull'adozione da parte del singolo*; in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 1996, I, pp. 1 ss; F. Bianco, *L'adozione dei singoli e la tutela dell'interesse del minore*. in *Diritto di famiglia e delle persone*, 1996, p. 490. Ricostruisce l'iter giurisprudenziale anche G. Stella Richter, in C. Ruperto, *La giurisprudenza sul Codice civile coordinata con la dottrina*, *Libro I, Delle persone e della famiglia (artt. 231-455) sub* art. 6 l. n. 184/1983, pp. 273 ss. M. Guglielmi, *Sull'adozione da parte del singolo*, in *Giurisprudenza di merito*, 1997, pp. 190 ss.

[15] Trib. Roma, 24 marzo 1993; Trib. Firenze 4 febbraio 1995 in Dir. Fam., 1995, 673 e Cass., 21 luglio 1995 n. 7950.

[16] Corte Cost. 9 maggio 1994 n. 183 e Corte Cost. 18 luglio 1986 n. 198.

[17] E. Bargelli, *Commento all'art. 6,* in *Le nuove leggi civili commentate*, 2002, 964.

Va anche ricordata una pronuncia della Cassazione del 2006 n. 6078, in cui la Corte di Cassazione afferma che potrebbe consentirsi il ricorso all'adozione legittimante di un minore da parte di una persona singola, ove tale soluzione «risulti più conveniente all'interesse del minore»[18]. Ed inoltre, sempre la Cassazione, con una pronuncia successiva del 2011 la n. 3572, aveva affermato che il legislatore avrebbe dovuto già ampliare l'ambito di ammissibilità dell'adozione di un minore da parte di una singola persona anche con gli effetti dell'adozione legittimante riconoscendo che «non sono né il numero né il genere dei genitori – adottivi o no che siano – a garantire di per sé le condizioni di sviluppo migliori per i bambini, bensì la loro capacità di assumere questi ruoli e le responsabilità educative che ne derivano».

3. Il minore al centro dell'istituto dell'adozione

La Corte focalizza il giudizio di legittimità costituzionale intorno all'art. 29 bis comma 1 della legge n. 184/1983, ritenendo fondate le censure sollevate rispetto agli artt. 2 e 117 comma 1 Cost., quest'ultimo in relazione all'art. 8 Cedu.

La Consulta inizia le proprie riflessioni dalla lettura dell'art. 29bis che coinvolge due interessi: da un lato quello delle persone singole che aspirano a adottare dall'altro l'interesse del minore.

Rispetto alla posizione di quest'ultimo, la Corte prende le mosse dall'analisi del ruolo del minore al centro dell'istituto dell'adozione. Tale istituto è fortemente mutato nel tempo in relazione a come è mutato il ruolo del minore al suo interno. Infatti, in un primo tempo la tutela del superiore interesse del minore coincideva con la tutela della famiglia legittima, salvaguardata, nella sua stabilità, dall'istituto del matrimonio. Successivamente, però, la legge sull'adozione ha inteso perseguire direttamente l'interesse del minore mediante la tutela della bigenitorialità. Rispetto in particolare all'adozione da parte dei singoli, la Corte ricostruisce "le aperture" della legge n. 184 presenti negli artt. 25 e 44 e le qualifica quali ipotesi specifiche e peculiari[19]. Ai sensi dell'art. 25 commi 4 e 5 infatti viene previsto che possa adottare un singolo se uno dei coniugi muore o diviene

[18] Cass. civ., sentenza n. 6078/06; Cass. civ., sentenza n. 3572 del 2011.

[19] La Corte lo aveva già fatto con la sentenza n. 183 del 1984 affermando che «…la legge n. 184 del 1983…ammettendo l'adozione soltanto in speciali circostanze (art.25, quarto e quinto comma) o "in casi particolari" (art. 44), e in questi ultimi senza gli effetti dell'adozione piena…».

incapace durante l'affidamento preadottivo e, l'adozione può essere disposta nei confronti di uno solo se nel corso dell'affidamento preadottivo interviene separazione tra i coniugi affidatari. L'articolo 44, invece, contiene l'ipotesi della c.d. adozione in casi particolari, in cui alla lettera b) dell'articolo è previsto che il minore possa essere adottato dal coniuge nel caso in cui sia figlio anche adottivo dell'altro coniuge.

Tali norme sono un indice del fatto che il Legislatore del 1983, ammetteva solo in determinati casi, che le persone singole potessero essere ritenute idonee a adottare, ovvero in grado di assicurare al minore un ambiente stabile ed armonioso. È possibile rinvenire tale *ratio* anche nell'evoluzione dell'istituto dell'adozione che è stata lunga e complessa. L'adozione romanistica aveva una funzione prettamente patrimoniale e solo in tempi piuttosto recenti si è affermata l'idea che la genitorialità possa essere intesa anche come psicologica ed affettiva, ovvero mezzo di trasmissione non tanto di un patrimonio genetico, quanto fondata sull'impegno di allevare, educare ed amare un minore avviandolo alla vita adulta[20], nel perseguimento del suo superiore interesse ad avere una famiglia di cui egli è privo.

Partendo da questo assunto, la Corte precisa che anche il modello di famiglia monogenitoriale potrebbe perseguire l'interesse del minore.

Tuttavia, nel passaggio dalla legge n. 431/1967 alla legge n. 184/1983 fino alla più recente legge n. 149/2001, l'istituto dell'adozione pur distanziandosi dalla sua funzione più antica fondata sul rigido rispetto del principio dell'*imitatio naturae*, non ha mostrato alcuna apertura a famiglie diverse da quella basata su uomo e donna uniti in matrimonio, pur alleggerendo relativamente il peso dell'istituto del matrimonio (va precisato che la legge n. 431 del 1967 inseriva nel codice civile la previsione per cui potessero adottare solo coniugi sposati da almeno 5 anni).

Certamente un ostacolo all'apertura dell'adozione ai singoli è stato dato dal ruolo assunto dall' art. 29 Cost. in cui viene previsto che la famiglia è fondata sul matrimonio e, per questo, la legge n. 184/1983 stabilisce che l'adozione nazionale e poi anche internazionale è consentita solo alle coppie unite in matrimonio, corrispondendo tale istanza alla «fondamentale esigenza di assicurare al minore un'autentica esperienza di vita familiare consentendo al minore di formare una personalità completa ed equilibrata, grazie alla sua valenza educativa intrinsecamente legata alla contemporanea

[20] L. Lenti, *Vicende storiche e modelli di legislazione in materia adottiva*, in *Trattato di diritto di famiglia* (diretto da) P. Zatti, volume secondo, *filiazione* (a cura di) G. Collura, L. Lenti, M. Mantovani, Seconda Ed., Giuffrè, 2012.

presenza della figura materna e paterna»[21]. Tale impostazione risente dell'idea per cui appare preferenziale l'ipotesi in cui l'adottando entri in una famiglia già precostituita e fondata sul matrimonio[22].

Ciò in quanto, tanto nell'ottica della legge del 1983 quanto anche in quella del 2001, l'adozione (sia essa nazionale o internazionale) risponde ad un bisogno primario del minore, ovvero avere una famiglia che si prenda cura di lui sancendo l'esistenza di un vero e proprio «diritto del minore ad una famiglia». L'intendimento degli interpreti era valorizzare la natura c.d. riparativa dell'adozione volta ad assicurare al minore ciò che era venuto meno: la famiglia come «ideale da assicurare o da raggiungere per mezzo di strumenti giuridici»[23]. In tal senso, storicamente, la disciplina dell'adozione prendeva le mosse dall'idea che alla mancanza di famiglia per il minore si dovesse intervenire con un'altra famiglia perché si riteneva che ciò rispondesse meglio al suo interesse nel senso che, afferma la dottrina, la *ratio* era quella di offrire «la famiglia nel suo aspetto più sicuro a coloro che più dovrebbero soffrire per la mancanza di un vivo rapporto domestico»[24].

Non solo, ma la preclusione a adottare per single e conviventi more uxorio si spiegava sull'esigenza di garantire, anche sul piano formale, la stabilità della famiglia. Tuttavia, la legge sull'adozione, nel dichiarare il riconoscimento del diritto del minore *alla famiglia*, ha detto qualcosa di molto diverso, ovverosia che il minore ha diritto ad uno *status familiare* e ad avere un ambiente familiare che possa rispondere alle sue esigenze primarie[25]. Già la dottrina civilistica, negli anni '80, si interrogava su quale tipo di famiglia[26] potesse garantire al minore la stabilità necessaria a crescere in modo adeguato e l'unica risposta che riusciva a dare, compatibilmente con l'evoluzione del costume sociale dell'epoca, era che si trattasse di una famiglia affettivamente capace di svolgere la funzione personalizzante e

[21] G. Bonilini, G. Cattaneo, *Trattato di diritto di famiglia. Il matrimonio*, Milano, 2000, p.44.

[22] G. Autorino Stanzione, *Diritto di famiglia,* Torino, 1997.

[23] A Trabucchi, *voce adozione*, I, in *Enc. Giurid.*, 5.

[24] Trabucchi op.cit., 10.

[25] A.C. Moro, Adozione, *affidamento, affiliazione nel quadro della riforma del diritto di famiglia,* in *Studi Sassaresi, VII, il diritto del minore alla famiglia*, 1979-1980, 247.

[26] Con sentenza n. 198 del 1986 la Corte affermava che «una indicazione di preferenza per l'adozione da parte di una coppia di coniugi, essendo prioritaria «l'esigenza, da un lato, di inserire il minore in una famiglia che dia sufficienti garanzie di stabilità, e dall'altro di assicurargli la presenza, sotto il profilo lo affettivo ed educativo, di entrambe le figure dei genitori».

socializzante in attuazione dell'art. 2 Cost.[27], ovvero nello svolgimento della personalità dell'individuo, anche minore di età e la famiglia basata su uomo e donna, appariva l'unica opzione percorribile.

In concreto, però, una parte della dottrina cominciava a conferire dignità anche alla famiglia non fondata sul matrimonio, valorizzando la stabilità degli affetti[28] al di là del vincolo formale. Tuttavia, permaneva l'idea che al minore andasse garantita una *bigenitorialità* c.d. assoluta e rigida[29], ritenendo che a monte non fosse ammissibile che una persona singola fosse reputata un genitore adeguato ed accudente. Tuttavia, già nel 1992, la Corte di cassazione, n. 10923/1992 aveva affermato che non vi è alcun principio fondamentale nell'ordinamento italiano che avvalori il divieto per la persona sola di adottare.

Quella che doveva mutare era l'idea di famiglia ed, in parte questa pronuncia, attesta anche questo cambiamento di prospettiva ammettendo che, anche tale adozione, permette il formarsi di una famiglia a tutti gli

[27] Peraltro, la Corte costituzionale con sentenza n. 11/1981 aveva già affermato che «…Ma lo spostamento del centro di gravità dell'istituto era imposto ancor prima sul piano superiore della normativa costituzionale, per il combinato disposto degli artt. 2 e 30, primo e secondo comma, della Costituzione. Queste norme, riconoscendo come preminente lo svolgimento della personalità in tutte le sedi proprie, assumono a valore primario la promozione della personalità del soggetto umano in formazione e la sua educazione nel luogo a ciò più idoneo: da ravvisare in primissima istanza nella famiglia di origine, e, soltanto in caso di incapacità di questa, in una famiglia sostitutiva. L'art. 30, secondo comma, della Costituzione, prevede infatti il dovere del legislatore e dell'autorità pubblica in generale di predisporre quegli interventi che pongano rimedio nel modo più efficace al mancato svolgimento dei loro compiti da parte dei genitori di sangue: e cioè alle funzioni connesse al dovere-diritto di mantenere, istruire ed educare i figli. Ma la finalità di una educazione sostitutiva al meglio comporta la soddisfazione del bisogno di famiglia avvertito con forza dal minore, che richiede per la sua crescita normale affetti individualizzati e continui, ambienti non precari, situazioni non conflittuali…».

[28] A. Procida Mirabelli Di Lauro, *Adozione di persone maggiori d'età.* Art. 291-314. Zanichelli e Roma Società Editrice del Foro Italiano, 1995, 71 e P. Perlingieri, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Napoli, 1991, 490.

[29] La distinzione richiama quella fra bigenitorialità in senso forte e bigenitorialità in senso debole. U. Salanitro, *Il diritto del minore alla bigenitorialità e il d.d.l. Pillon*, in Nuova giurisprudenza civile commentata, 2019, II, pp. 333 ss. M.R. Marella, *Fra pulsioni punitive e rigurgiti proprietari. I molti pasticci del ddl Pillon*, in Rivista critica del diritto privato, 2019, pp. 109 ss.; C. Rimini, *Sul disegno di legge Pillon e sugli altri d.d.l. in materia di responsabilità genitoriale in discussione al Senato*, in Famiglia e diritto, 2019, pp. 67 ss. Ancora, sulla bigenitorialità, E. Al Mureden, *Il diritto del minore alla bigenitorialità ed il ruolo del terzo genitore nella prospettiva della famiglia ricomposta*, in *The best interest of the child* (a cura di) M. Bianca, Sapienza Univerisity Press, 2021, 269 ss.; M.R. Marella, *Dal diritto alla bigenitorialità al d.d.l. Cirinnà: un'incursione nelle strutture profonde del diritto di famiglia*, in *Osservatorio sul rispetto dei diritti fondamentali in Europa*, *www.europeanrights.eu,* aprile 2016.

effetti. La famiglia è certamente l'istituzione che più di tutte è mutata nel tempo[30], subendo numerose trasformazioni decisive in cui è cambiato il rapporto naturale legato alla generazione ed anche gli strumenti per surrogare e sostituire i compiti inerenti all'allevamento[31], tanto che, proprio per la varietà di modelli che si sono distinti, oggi non si parla più di famiglia ma di famiglie, da quella monoparentale (persona adulta sola e i suoi figli) a quella unipersonale (quella composta da una sola persona) ed in via generale di famiglie in senso plurale e pluralista[32].

La complessa evoluzione del fenomeno familiare è approdata ad una nuova concezione di famiglia,[33] in cui vengono valorizzati i singoli ruoli ed in cui la tutela, come affermato dalla giurisprudenza di legittimità[34], si estende al di là del rapporto di filiazione e di coniugio e per questo, non si limita alla valorizzazione del solo status e del solo legame tra i membri di essa (come poi sancito con la sentenza Corte Cost. n. 79/2022), ma si fonda sull'affettività in senso solidale e non più solo sulla necessaria coesistenza di due genitori. Quindi quello che è cambiato è il modello biologico di famiglia, oggi non più fondata sulla sola unione tra uomo e donna. Quindi, in funzione dell'interesse del minore, si può ritenere che possano ammettersi anche altri e diversi modelli familiari, purchè sia dimostrato che integrino il luogo in cui il minore possa avere adeguata tutela.

---

[30] A.C. Jemolo, *Il matrimonio*, nel *Trattato di diritto civile italiano*, diretto da Vassalli, 3a ed., Torino, Utet, 1961, p. 36. V. L. Lenti, *Diritto della famiglia*, nel *Trattato Iudica-Zatti Nuovi modelli familiari e tutela del minore nella crisi del rapporto di coppia*, in *Diritto civile minorile*, cit., pp. 159 ss. Come scriveva P. Perlingieri, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Napoli, Esi, 1984, p. 557, «*è stato detto che la storia della famiglia è la storia della sua disgregazione; in realtà è la storia della sua trasformazione*».

[31] G. Giacobbe, *Famiglia: molteplicità di modelli o unità categoriale?,* in Dir.fam. e pers., 3/2006, 1219 ss., ss.; G. Collura, *Famiglia o famiglie? Riflessioni in tema di laicità dello Stato,* in *Scritti in onore di M. Comporti*, Giuffrè, Milano 2008, 825 ss.; AA.VV., *Tra famiglie, matrimoni e unioni di fatto. Un itinerario di ricerca plurale*, (a cura di) B. Pezzini, Jovene, Napoli 2008; C. Mazzù, *La famiglia degli affetti*, in *Studi in onore di A. Palazzo*, II, Giappichelli, Torino 2009, 527 ss.; V. Scalisi, "*Famiglia" e "famiglie*" in Europa, in *Riv. dir. civ.*, 1/2013, 7 ss.; M. Porcelli, *La famiglia al plurale*, in Dir. fam. e pers., 3/2014, 1248 ss.; AA.VV., *La famiglia davanti ai suoi giudici*, cit.; R. Amagliani, *Principi costituzionali in materia di famiglia*, in AA.VV., *Principi costituzionali*, (a cura di) L. Ventura e A. Morelli, Giuffrè, Milano 2015, 625 ss.; M. Paradiso, *Navigando nell'arcipelago familiare. Itaca non c'è*, in *Riv. dir. civ.*, 5/2016, 1306 ss.; M. D'Amico *I diritti contesi. Problematiche attuali del costituzionalismo*, FrancoAngeli, Milano 2016;

[32] S. Pugliatti, *La proprietà e le proprietà* in *La proprietà nel nuovo diritto*, Milano, 1964 e V. Scalisi, *La famiglia e le famiglie*, in *Il diritto di famiglia a dieci anni dalla riforma*, *Scritti catanzaresi in onore di Angelo Falzea,* Napoli, 1987, 438.

[33] M. Bessone, op. cit., 37, ma anche S. Lener, *Parità dei coniugi ed unità della famiglia,* in Civiltà cattolica, 1966, IV, 15 e ss.

[34] Cass. civ., 24 febbraio 1981 n. 1115.

Solo con la legge n. 149/2001, che sancisce il diritto del minore alla famiglia, viene valorizzata la convivenza prematrimoniale (comma 4 dell'art. 6 della legge n. 184/1983) sebbene, già la Corte costituzionale, con sentenza n. 281/1994, aveva affermato come, premesso che il requisito del matrimonio costituisce per gli adottanti un «primo ed indeclinabile presupposto», la solidità del rapporto coniugale potrebbe derivare anche da un periodo di convivenza anteriore al matrimonio caratterizzato da una completa comunione di vita che «assuma poi con il matrimonio forza vincolante»[35].

Dunque, la Corte, con la pronuncia in esame, supera il rigido automatismo per cui rispetto all'adozione internazionale possano essere ritenuti idonei solo coloro che fanno parte di un gruppo sociale famiglia fondato sul solo matrimonio. La Corte, stante la pluralità di modelli familiari accettati e diffusi nella società di oggi, fa propria l'idea che la c.d. famiglia di accoglienza sia anche quella composta da una sola persona.

3. La valorizzazione dei legami di parentela al di là della genitorialità di sangue alla luce del principio del superiore interesse del minore: dalla famiglia all'ambiente familiare.

Il perseguimento del superiore interesse del minore[36] ha sempre orientato le decisioni in tema di adozione e, in particolare, nella sentenza in

[35] Corte Cost., 6 luglio 1994 n. 281.

[36] La nozione di superiore interesse del minore trova la propria fonte nell'art. 3 della Convenzione dei Diritti del fanciullo, ove viene esplicitato che «In tutte le decisioni relative ai fanciulli, di competenza delle istituzioni pubbliche o private di assistenza sociale, dei tribunali, delle autorità amministrative o degli organi legislativi, l'interesse superiore del fanciullo deve essere una considerazione preminente» e nell'art. 24, par. 2, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, ove viene prescritto che «in tutti gli atti relativi ai bambini, l'interesse superiore del bambino deve essere considerato preminente». Vedi in dottrina, F. Santosuosso, *Il minore e la garanzia dei diritti inviolabili dell'uomo*, in Iustitia, 1997, 361 ss. Le Sezioni Unite hanno, invero, sottolineato che la preminenza dell'interesse del minore, sancita anche dagli artt. 3 e 20 della Convenzione di New York (ratificata con l. n. 176/1991), non solo rappresenta «il criterio guida cui deve uniformarsi ogni percorso decisionale relativo ai minori», ma determina anche «sul piano logico e su quello giuridico, la sovraordinazione di tale interesse rispetto a tutti quelli astrattamente confliggenti con esso, ivi compresi quelli fondati sui desideri degli adottanti, recessivi rispetto al primo».

commento, è stato ritenuto parametro determinante nel valutare la possibilità di consentire alle persone singole di adottare[37].

La Corte parte dall'assunto per cui perseguire il *best interest of the child* significa ammettere la possibilità[38] che anche i singoli possano adottare perché, diversamente, per il minore tale interesse non si realizzerebbe posto che rimarrebbe in struttura, in attesa di essere accolto, forse prima o poi, da una famiglia.

L'apertura verso la genitorialità anche dei single in considerazione soprattutto del superiore interesse del minore, iscrive la sentenza in esame nel solco di alcune pronunce che hanno valorizzato i legami del minore al di là di quelli con i genitori c.d. di sangue, evidenziando l'importanza di figure rilevanti per il minore in relazione alla formazione di una nuova realtà familiare in cui collocarlo. Non solo la sentenza n. 79/2022[39], ma anche numerose pronunce di merito hanno precisato come il benessere del minore nella sua crescita psico-fisica e nella creazione e consolidamento della sua identità[40], si realizza anche in relazioni diverse da quelle con i due genitori e

[37] L'interesse superiore del minore traspare quale principio imperativo dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo, che lo ha ripetutamente valorizzato, definendone la portata rispetto al divieto di ingerenza nella vita privata e familiare stabilito dall'art. 8 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali. Il principio è fermamente ribadito nella decisione della Corte europea dei diritti dell'uomo del 15 maggio 2012, *M.R. e L.R. c. Estonia*, ric. n. 13520/12, par. 37, che si richiama alla sent. del 6 luglio 2010, Neulinger e Shuruk c. Svizzera, ric. n. 41615/07. Vedi in dottrina, E. Lamarque, *I diritti dei figli*, in M. Cartabia (a cura di), *I diritti in azione. Universalità e pluralismo dei diritti fondamentali nelle Corti europee*, il Mulino, Bologna, 2007, 83 ss.; A. Cannone, *L'interesse del fanciullo nelle convenzioni internazionali dell'Aja*, in AA.VV., *Divenire sociale e adeguamento del diritto: studi in onore di Francesco Capotorti*, II, Giuffrè, Milano, 1999, 549 ss.

[38] Di alternativa riferiva già C.M. Bianca, *La famiglia*, Giuffrè, 2005, 418 il quale valorizzava una visione dell'interesse superiore del minore non necessariamente coincidente con la compresenza di entrambi i genitori, bensì raggiunto quale «serena ed equilibrata crescita del minore» nell'alternativa appunto di consentire che venisse adottato da una singola persona, piuttosto che tenuto in struttura.

[39] Corte costituzionale, 28 marzo 2022 n. 79. Per i commenti si rinvia alla nota n.34.

[40] G. Bavetta, *Identità (diritto alla),* Enc. del dir., vol. XIX, Giuffrè, Milano, 1970; F. Modugno, *I "nuovi diritti" nella giurisprudenza costituzionale*, Giappichelli, Torino, 1995; G. Finocchiaro, *Identità personale (diritto alla), Digesto, discipl. Privatistiche*, Sez. civ., Agg., Giappichelli, Torino, 2010; G. Finocchiaro, *Diritto all'anonimato. Anonimato, nome, identità personale, Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, (diretto da F. Galgano), Cedam, Padova, 2008. A. Barbera, "*nuovi diritti. Attenzione ai confini*", (a cura di L. Califano), *Corte costituzionale e diritti fondamentali,* Utet, Torino, 2004 ed anche A. Barbera, "*Art. 2",* (a cura di G. Branca), *Commentario della Costituzione. Principi fondamentali*, art. 1-12, Il Mulino, Bologna, 1975, pp. 50 ss.

mediante la c.d. continuità affettiva[41] (consolidata con la legge 19 ottobre 2015 n. 173[42]), come un vero e proprio diritto del minore[43] a veder favorita la relazione familiare già esistente, sempre che ciò sia rispondente al suo superiore interesse[44].

Ancora, con la sentenza n. 183/2023[45] la Corte costituzionale, con un'interpretazione costituzionalmente orientata, ha precisato che in relazione all'adozione piena possono proseguire i rapporti del minore con la famiglia di origine in base ad un esame del caso concreto. Ciò può avvenire operando un criterio, seguito anche nella pronuncia in esame, ovvero «ridefinire il senso delle diverse forme di adozione che il sistema conosce»[46] mediante una valutazione prognostica del *best interest of the child* a continuare a mantenere un legame con la famiglia d'origine (pur venendo formalmente adottato), in alcune specifiche ipotesi come quella degli orfani di femminicidio che, in mancanza fisica della madre e con il padre recluso, sono dichiarati in stato di abbandono, ma possono mantenere rapporti, come era nel caso concreto sottoposto alla Corte costituzionale, con gli ascendenti sebbene questi ultimi per età non possano occuparsene e quindi i minori debbano comunque andare in adozione.

Va richiamata anche la recente sentenza n. 5/2024 in cui la Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 291, comma 1 c.c. nella parte in cui, per l'adozione del maggiorenne, non consente al giudice di ridurre, nei casi di esigua differenza e sempre che sussistano motivi meritevoli, l'intervallo di età di diciotto anni fra adottante e adottando. L'inderogabilità di tale limite entra in frizione, nell'assolutezza della previsione, con il diritto

[41] A.C. Moro (dir.), *Manuale di diritto minorile*, Torino 2019, p. 290 s. ed anche F. Bocchini, *L'interesse del minore tra garanzie, sostegni e circolazione,* in Id., *Diritto di famiglia. Le grandi questioni*, Torino, 2013, p. 235.

[42] L. Lenti, *L'adozione*, nel *Trattato di diritto di famiglia*, diretto da P. Zatti, *Le riforme*, II, cit., p 388; P. Morozzo della Rocca, *L'adozione da parte degli affidatari dopo la L. n. 173/2015,* in *Famiglia e diritto*, 2017, pp. 602 ss.

[43] Dell'esistenza di un vero e proprio diritto del minore alla continuità affettiva riferisce C. Rusconi, *La continuità degli affetti nella disciplina dell'affidamento e dell'adozione. Significati, sistema e prospettive,* in *IUS on line*, 2021, n. 5.

[44] L. Lenti, *L'adozione*, cit., p. 388 ss.

[45] C. Ingenito, *Un caso di interpretazione adeguatrice della Corte costituzionale in materia di adozione ed interesse del minore (Osservazioni a prima lettura, Corte costituzionale 5 luglio 2023 n. 183),* in *Diritti Comparati*, 2023 e M. C. Errigo, *Il preminente interesse del minore e la definizione dei rapporti familiari. Brevi considerazioni a margine della decisione della Corte costituzionale n. 183 del 2023,* in *Osservatorio costituzionale*, 2023.

[46] F. Astone, *Modelli di adozione e superamento dell'imitatio naturae,* in Giur. cost., 2021, 5-6, 2752. Corte Cost., 22 novembre 2013 n. 278; Corte Cost. 16 novembre 2013 n. 278; Corte Cost., 28 marzo 2022 n. 79; Corte Cost., 18 gennaio 2024 n. 5

costituzionale inviolabile all'identità personale (art. 2 Cost.) oltre che con le relazioni già consolidate nel solco della precedente n. 79/2022.

La valorizzazione di legami diversi da quelli con i soli genitori,[47] quale aspetto di fondamentale importanza nell'adozione, segna il superamento, anche con la pronuncia in esame che ammette la creazione con adozione internazionale, di una famiglia formata dal solo minore e genitore, del principio per cui l'adozione si deve fondare *sull'imitatio naturae*. Infatti, al di là delle spinte date dal progresso tecnologico, l'istituzione familiare è stata interessata dalla scienza che ha di fatto moltiplicato i modelli familiari ove il tipo di famiglia "conforme a natura" ha visto affiancarsi modelli basati su una tecnica riproduttiva[48]. In tal modo, il principio *dell'imitatio naturae* è venuto meno anche rispetto all'adozione. Come già accennato, con questa pronuncia, si supera l'idea che ad un nucleo familiare inidoneo si sostituisca un nucleo idoneo, ma si guarda alla sostanza dei soggetti che possono diventare nuove figure di riferimento del minore, anche un singolo individuo, sempre che ciò possa perseguire il superiore interesse del minore[49].

Va anche detto che, al di là del reale superamento dell'applicazione del principio *dell'imitatio naturae* in modo rigido (così come prevedeva la lettura combinata degli artt. 6 e 29bis l. 184/1983), per una parte della dottrina, tale principio ha una sua elasticità immanente[50], tanto che la Corte costituzionale, sulla base di tale assunto aveva già detto che rispetto all'adozione da parte di coppie sposate il legislatore ordinario possa «optare per soluzioni più flessibili» (Corte Cost. 16 maggio 1994 n. 183).

[47] Vi sono altri ordinamenti che hanno una legislazione idonea a consentire alle Corti di fondare vincoli di filiazione che, ad esempio, facciano capo a più genitori: è il caso del Connecticut in cui la legislazione ammette che i giudici possano statuire che un figlio ha più di due genitori quando il mancato riconoscimento di altri rapporti possa cagionare un pregiudizio ad un minore, come il rapporto con i nonni in caso di impossibilità dei genitori), come avviene anche quando l'allontanamento di un minore da un soggetto che per un periodo significativo ha provveduto ai suoi interessi e con cui ha stabilmente convissuto Conn. Gen. Stat. 46b-475(c) così come anche la lett. c) del par. 7612 del California Family Code e il par. 609 dell'Uniform Parentage act del 2017. Feinberg J., The boundaries of Multi-parentage, in *SMU law Review*, 2022, (vol. 75). Sul punto si rinvia a F. Azzarri, *Libertà ed autodeterminazione nei nuovi orizzonti del diritto di famiglia*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2024, I, 78.

[48] A. Nicolussi, *Famiglia e biodiritto civile,* Eur. E dir. Priv., 2019, 713.

[49] M. Bianca, *The Best interest of the child*, (a cura di) M. Bianca, Roma, Sapienza University Press, Roma, 2021.

[50] F. Tommaseo, *Commento all'art. 29bis,* in *Le nuove leggi civili commentate*, 2002, 789.

Al fine di individuare tali soluzioni flessibili la Corte necessitava di ribaltare la prospettiva, ponendo al centro, in maniera non più solo teorica, il minore e le sue esigenze. L'idea che l'adozione debba avvenire in funzione del minore e per questo adattarsi anche a soluzioni diverse dal modello familiare tradizionale, si è consolidata solo grazie all'evoluzione che ha caratterizzato la famiglia come formazione sociale[51] e la pluralità di modelli gradualmente affermatasi dimostra che l'elemento imprescindibile nella prospettiva del superiore interesse del minore è l'esistenza di un contesto idoneo alla sua armonica crescita, permettendone l'inserimento in un ambiente familiare stabile che contribuisca ad un sereno ed equilibrato sviluppo della sua personalità.

5. La libertà di autodeterminazione nella scelta di diventare genitore

la Consulta affronta la violazione degli articoli della Costituzione da parte dell'art. 29 bis l. adoz nella lesione della libertà di autodeterminazione di costituire il vincolo genitoriale, (artt. 2, 3 e 31 Cost.), anche rispetto alla tutela della vita privata e familiare protetta dall'art. 8 Cedu. La lesione degli artt. 2 e 117 comma 1 Cost. in relazione all'art. 8 Cedu da parte dell'art. 29 bis si realizza quando si esclude la persona singola dall'accesso all'adozione, perché, da un lato, l'art. 29 bis incide sul diritto alla vita privata, inteso come libertà di autodeterminazione che si declina, scrive la Corte al punto 9.1. della sentenza «quale interesse a poter realizzare la propria aspirazione alla genitorialità rendendosi disponibile all'adozione di un minore».

Rispetto in particolare alla lesione dell'art. 8 Cedu e al ruolo dello Stato che deve astenersi da ingerenze non necessarie, la Corte chiarisce la *ratio* dell'adozione internazionale e la sua finalità di solidarietà sociale nei confronti dei minori stranieri in abbandono. Partendo da tale *ratio*, la Corte ritiene che il divieto di adottare per i singoli non risponda ad un'esigenza pressante e configura un'interferenza non necessaria in una società democratica. Intanto, per la Corte il divieto non è più funzionale ad assicurare al minore le maggiori tutele connesse con lo *status filiationis,* sia a seguito della legge sulla filiazione del 2012, sia a seguito delle proprie sentenze che hanno valorizzato i legami del minore al di là del legame genitoriale (Corte cost. sent. n.79/2022).

[51] C.M. Bianca, *La famiglia*, Giuffrè, 2005. La giurisprudenza costituzionale definisce la famiglia come la formazione sociale primaria. Corte cost., sent. n. 183/1988.

L'ultimo aspetto di rilievo della pronuncia in commento attiene al ruolo assunto, per la Corte, dalla libertà di autodeterminazione all'interno della quale si collocano anche le scelte orientate alla costruzione di vincoli genitoriali. Infatti, quanto attiene alla creazione di tali vincoli viene ascritto dalla Corte all'esercizio di tale libertà[52], a partire dalla scelta di diventare genitori e formare una famiglia che trova le proprie radici nel principio personalistico dell'art. 2 Cost.

Tale libertà è tutelata dagli artt. 2, 3 e 31 della Costituzione poiché concerne la sfera privata e familiare e ciò la Corte lo ha esplicitato, sia rispetto alla genitorialità artificiale nella sentenza n. 162 del 2014,[53] sia rispetto a quella naturale nella sentenza n. 332 del 2000 ed ancora successivamente, valorizzando anche il ruolo dell'art. 8 della Cedu[54] che tutela appunto la vita privata e familiare, anche nella sentenza n. 221 del

[52] S. Mangiameli, *Autodeterminazione: il diritto di spessore costituzionale*, in Id. (a cura di), *Teoria del diritto e dello Stato,* Aracne Editrice, Roma, 2010, 258 e A. Ruggeri, *Autodeterminazione (principio di),* in Dig. Disc. Pubbl., VIII Agg. Utet, Torino, 2021, 1.

[53] Sulla libertà di autodeterminazione nella PMA, la sentenza n. 162 contiene alcuni passaggi rilevanti: «…L'art. 2 Cost. garantisce, infatti, anche il diritto alla formazione di una famiglia, riconosciuto dall'art. 29 Cost., mentre il successivo art. 30, stabilendo la giusta e doverosa tutela dei gli, reca un «passaggio che presuppone – riconoscendolo – e tutela la finalità procreativa del matrimonio». I concetti di famiglia e genitorialità dovrebbero essere, inoltre, identificati tenendo conto dell'evoluzione dell'ordinamento e del principio in virtù del quale «la Costituzione non giustifica una concezione della famiglia nemica delle persone e dei loro diritti» (sentenza n. 494 del 2002).

[54] La nozione di "vita privata" ai sensi dell'articolo 8 della Convenzione è una nozione ampia, che non si presta a una definizione esaustiva. Essa comprende l'integrità fisica e psicologica di una persona (*X e Y c. Paesi Bassi*, 26 marzo 1985, § 22, […]) e, entro certi limiti, il diritto, per l'individuo, di instaurare e sviluppare rapporti con altri esseri umani (*Niemietz c. Germania*, 16 dicembre 1992, § 29, […]). Può a volte comprendere aspetti dell'identità fisica e sociale di una persona (*Mikuli c. Croazia*, n.53176/99, § 53, […]). La nozione di vita privata include anche il diritto alla realizzazione personale o il diritto all'autodeterminazione (*Pretty c. Regno Unito*, n.2346/02, § 61 […]), e il diritto al rispetto delle decisioni di diventare o meno genitore (*Evans c. Regno Unito* [GC], n. 6339/05, § 71, […], e A*, B e C c. Irlanda* [GC], n. 25579/05, § 212, […])» (Corte EDU, sentenza 27 maggio 2021, *Jessica Marchi c. Italia*, paragrafo 60; nello stesso senso, sentenze 17 aprile 2018, *Lazoriva c. Ucraina*, paragrafo 66; 16 gennaio 2018, *Nedescu c. Romania*, paragrafo 66; 24 gennaio 2017, *Paradiso e Campanelli c. Italia*, paragrafi 159, 161-165).

2019[55] e successivamente n. 161 del 2023[56] e nella recentissima n.69 del 2025[57].

[55] Per i commenti, M. Picchi, *Il divieto per le coppie omosessuali di accedere alla PMA: la Corte costituzionale compie un'interpretazione autentica della pregressa giurisprudenza (Riflessioni sulla sentenza n. 221/2019)* in *Forum di Quaderni costituzionali*; N.Vinai, *Il confine. La sentenza n. 221/2019 e i suoi echi di sistema* in *www.federalismi.it*; A.Apostoli , *La tutela dei nati da PMA eterologa in un contesto omosessuale femminile*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2020, 6; R. Bin, *L'interpretazione della Costituzione in conformità delle leggi. Il caso della famiglia*, in Famiglia e diritto, 2022, 5; M. D'Amico, *I diritti dei "diversi". Saggio sull'omosessualità*, in *www.associazionedeicostituzionalisti.osservatorio.*it, 2021, n; E. Frontoni, *L'adozione in "casi particolari" non è più sufficente per tutelare l'interesse dei minori nati attraverso maternità surrogata*, in www.nomos-leattualitaneldiritto.it, 2021, 2; E. Malfatti, *La gestazione per altri, tra "letture neutralizzanti" il fenomeno e tutela sovranazionale degli 'human rights'*, in www.dirittifondamentali.it, 2021, 1; M. Manetti, *La decostituzionalizzazione del paradigma eterosessuale nella genitorialità da PMA*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2019, 5; F. Paterniti, *Status di figlio e limiti alle possibilità genitoriali delle coppie omoaffettive: lacune dell'ordinamento, attese legislative e (problematici) arresti giurisprudenziali*, in *www.rivistaaic.it*, 2021, 3; G. Razzano, *L'irrevocabilità del consenso dell'uomo alla fecondazione tramite PMA e "gli interessi costituzionalmente rilevanti attinenti alla donna" nella sent. n. 161 del 2023 della Corte costituzionale*, in *www.dirittifondamentali.it*, 2024, 1.

[56] Per i commenti, F. Angelini, *La Corte costituzionale mette al centro nei percorsi di PMA il corpo della donna e conferma l'irreversibilità del consenso dell'uomo dopo la formazione degli embrioni. Commento alla sentenza n. 161 del 2023*, in *www.nomos-leattualitaneldiritto.it*, 2024, 1; A.Astone, *Procreazione medicalmente assistita e dinamiche del consenso. (Riflessioni a margine di Corte cost. 24 Luglio 2023, n. 161)*, in *Diritto di Famiglia e delle Persone*, 2024, 2; E. Crivelli, *La Corte costituzionale di fronte ad una nuova "scelta tragica": l'irrevocabilità del consenso a diventare padre con la PMA*, in *www.federalismi.it*, 2023, 23 M. D'Amico, B. Liberali, *La tutela della "corporalità" e dell'"investimento fisico ed emotivo" femminili: una scelta davvero a tutela della donna (e dell'embrione)*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2023, 6; M. P. Iadicicco *"Cosa resta del padre?". A margine della decisione della Corte costituzionale sulla revoca del consenso alla PMA da parte dell'ex partner*, in *BioLaw Journal - Rivista di BioDiritto*, 2024, 1; sia consentito il rinvio a C. Ingenito, *Le Genitorialità basata solo sul consenso e diritto alla vita e alla dignità dell'embrione. Ancora una questione eticamente complessa sottoposta alla Corte costituzionale*, in *www.associazionedeicostituzionalisti.osservatorio.it,* 2024, 2; B. Liberali., *«Oltre i confini del biodiritto»: il corpo nel tempo e nello spazio, fra problematiche attuali e prospettive future*, in *BioLaw Journal - Rivista di BioDiritto*, 2025, 1; M. Manetti, *Postilla: l'insostenibile veto del maschio all'impianto dell'embrione nella sentenza n. 161 del 2023*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2023, 6; G. Razzano, *L'irrevocabilità del consenso dell'uomo alla fecondazione tramite PMA e "gli interessi costituzionalmente rilevanti attinenti alla donna" nella sent. n. 161 del 2023 della Corte costituzionale,* in *www.dirittifondamentali.it,* 2024, 1; S. Talini, *Diritto all'impianto e revoca del consenso del padre. Nel "labirinto" della legge n. 40 del 2004,* in *www.giurcost.org,* 2023, 3

[57] Per i primi commenti, E. Lamarque, *Il volto costituzionale della famiglia, oggi*, in Quaderni costituzionali, 2025, 3; A. Ruggeri, *'Stop and go' della Consulta in tema di procreazione medicalmente assistita e di famiglia (noterelle a prima lettura di Corte cost. nn. 68 e 69 del 2025)*, in *www.diritticomparati.it,* 2025, 16 e, per uno sguardo del diritto civile, M. Bianca, *La famiglia*

Sul punto, l'ampiezza del concetto di autodeterminazione di chi si appresta a formare una famiglia, appare capace di abbracciare sia la coppia (che ricorre alla PMA), sia il single. Ciò si coglieva già in un passaggio della sentenza n. 162 del 2014, in cui la Corte riferisce che il diritto all' identità e all' autodeterminazione alla genitorialità sarebbe leso dal divieto di accesso ad un certo tipo di fecondazione. Quindi, con la sentenza in commento, trova tutela anche il vulnus del single che subisce la stessa lesione di colui che esercita la propria autodeterminazione nel voler diventare genitore quale componente della coppia che ricorre alla PMA.

In via generale, tuttavia, l'esercizio della libertà di autodeterminazione sottende una pretesa a non subire compressioni di tale libertà da parte del legislatore o a superare limiti laddove già imposti.

L'equilibrio cui la Corte aspira si potrà raggiungere solo guardando alla realizzazione dell'interesse del potenziale figlio a che l'ordinamento salvaguardi la sua legittima aspettativa ad ottenere una genitorialità piena, cui è correlato il vincolo genitoriale e non la pretesa ad un c.d. diritto alla genitorialità[58] che è stata negata dalla stessa Corte costituzionale (sentt. 33/2021, 230/2020 e 221/2019) ed anche dalla Cedu (Corte Edu, 24 gennaio 2017 *Paradiso e Campanelli c. Italia*, 22 gennaio 2008 E.B. contro Francia; 26 febbraio 2002 *Frettè c. Francia*). In particolare, la giurisprudenza della Corte EDU ha affermato in più occasioni che, nelle materie che sottendono delicate questioni di ordine etico e morale, gli Stati conservano – segnatamente quanto ai temi sui quali non si registri un generale consenso – un ampio margine di apprezzamento (tra le altre, sentenze 28 agosto 2012, Costa e Pavan contro Italia; grande camera, 3 novembre 2011, S.H. e altri contro Austria). A medesime conclusioni deve pervenirsi con riguardo al diritto alla genitorialità di cui alla Convenzione di New York sui diritti del fanciullo del 20 novembre 1989, diritto che è riconosciuto non già in termini assoluti, ma solo ove corrisponda al migliore interesse per il minore (*best interest of the child*). L'evoluzione[59] sulla materia si vede nel passaggio dalla sentenza del 1994 n. 183 in cui la Corte riteneva possibile l'adozione del singolo solo «… nel concorso di speciali circostanze, tipizzate dalla legge stessa o rimesse volta per volta al prudente apprezzamento del giudice e…

monogenitoriale. Alcune riflessioni a margine di due recenti decisioni della Corte costituzionale, in www.rivistafamilia.it, 2025, 3

[58] Anche se una parte della dottrina ha parlato dell'esistenza in capo ai genitori di un «interesse protetto a diventare genitore» in presenza di determinate circostanze. R. Messinetti, op.cit., 150.

[59] L. Rossi Carleo, *Voce adozione dei minori* in Enc. Del Dir., agg. 1 1997 ed anche G. Ferrando, *Voce adozione internazionale* in Enc. Del dir. Agg. 1 1997.

sia giudicata la soluzione in concreto più conveniente all'interesse del minore»[60] e tale prospettiva viene completamente superata dalla pronuncia in commento. Quello che va spostato è il centro di gravità: non è più il genitore, bensì il potenziale figlio che *alimenta* l'autodeterminazione del futuro genitore. Sul punto appaiono dirimenti le riflessioni che la Corte fa nella sentenza n. 230 del 2020[61].

In tal senso, però, l'attenzione alle esigenze del potenziale figlio va ponderata con l'interesse di chi aspira alla genitorialità mediante la propria disponibilità all'adozione, evitando che da un lato, come scrive la Corte al punto 9.4 del considerato in diritto «vi sia un sacrificio all'autodeterminazione orientata alla genitorialità» e, dall'altro, eviti una lesione all'effettività «del diritto del minore ad essere accolto in un ambiente familiare stabile ed armonioso».

Dunque, la disciplina normativa attuale dell'art. 29bis sacrifica l'autodeterminazione alla genitorialità del single, incidendo sul diritto del minore ad essere accolto in un ambiente stabile ed armonioso.

Per queste ragioni, la formulazione dell'art. 29 bis determina la lesione della vita privata e l'autodeterminazione orientata ad una genitorialità ispirata al principio di solidarietà e, per questo, risulta in contrasto con gli artt. 2 e 117 comma 1 Cost. quest'ultimo in relazione all'art. 8 Cedu e per questo va dichiarata, per la Corte, l'illegittimità costituzionale dell'art. 29 bis della legge n. 184/1983.

In conclusione, ciò che possiamo evincere dalla pronuncia in esame è che, se è vero che la famiglia è la formazione sociale[62] in cui si svolge la personalità dell'individuo e che ciò la rende corrispondente ad un mezzo il cui fine è tutelare la persona ai sensi dello stesso art. 2 Cost., essa può e deve intendersi come famiglia degli affetti che abbracci anche la famiglia

[60] Corte Cost. 16 maggio 1994 n. 183 in *Fam e dir.,* 1994, 246

[61] Pe i commenti, si rinvia a A. Giubilei, *L'aspirazione alla genitorialità delle coppie omosessuali femminili. Nota alla sentenza n. 230 del 2020 della Corte costituzionale*, in www.nomos-leattualitaneldiritto.it, 2020, 1; E. Olivito, *(Omo)genitorialità intenzionale e procreazione medicalmente assistita nella sentenza n. 230 del 2020: la neutralità delle liti strategiche non paga*, in www.associazionedeicostituzionalisti.osservatorio.it, 2021, 2; M. Picchi, *"Figli di un dio minore": quando lo 'status filiationis' dipende dal luogo di nascita*, in www.forumcostituzionale.it, 2021, 1; S. Spatola, *Il giudice delle leggi dice "no" al riconoscimento dell'omogenitorialità per via estensiva: non è la Corte costituzionale il luogo ma in Parlamento. A margine della sentenza n. 230 del 2020 della Consulta*, in *www.federalismi.it,* 2020, 35

[62] C. M. Bian ca, *La famiglia*, Giuffrè, Milano, 2005. La giurisprudenza costituzionale definisce la famiglia come la formazione sociale *primaria.* Corte cost., sent. n. 183/1988.

composta da un solo genitore[63] nel superamento dell'archetipo per cui a famiglia corrisponda solo l'immagine del figlio «tenuto per mano da due genitori»[64].

La sentenza in commento, nel profondo solco lasciato dalle precedenti pronunce n. 79/2022 e 183/2023, sembra confermare e rafforzare il passaggio dalla famiglia basata su un rigido modello familiare alla famiglia basata sull'individuo, non più e non solo inteso in relazione ai suoi *status,* ma alla propria identità[65] e la Corte sembra ancorare tale riflessione ad una lettura pienamente compatibile con l'architettura dei principi costituzionali e sovranazionali.

***

ABSTRACT: This article analyses Constitutional Court judgment no. 33/2025, which declared unconstitutional the exclusion of single individuals from access to international adoption under Article 29-bis of Law no. 184/1983. The decision is examined against the evolving constitutional understanding of family, the primacy of the child's best interests, and the protection of private life under Article 8 ECHR. The Court reinterprets adoption as a child-centred institution, moving beyond the traditional imitatio naturae model and rigid biparental paradigm. At the same time, it frames the aspiration to parenthood within the constitutional principle of self-determination, while reaffirming that no absolute "right to parenthood" exists. The ruling ultimately rebalances the relationship between child protection and individual autonomy, recognising that a single-parent family

[63] E. Mangone, *Families in sociocultural change: from structure to relationship in Non binary family configurations: intersections of queerness and homonormativity,* B.J. Gilley e G. Masullo (a cura di), Berlino, Springer, 67.

[64] P. Zatti, *Lo specchio giuridico, in Genitori e figli nel tempo. Per un disegno guida nella psicoterapia della psicosi*, (A cura di) M. Pierri, Bologna, 1999, 30

[65] L. Trucco, *Introduzione allo studio dell'identità individuale nell'ordinamento costituzionale italiano*, Giappichelli, Torino, 2004. La dottrina sul punto afferma che «il diritto all'identità personale mira a garantire la fedele e completa rappresentazione della personalità individuale del soggetto nell'ambito della comunità, generale e particolare, in cui tale personalità individuale è venuta svolgendosi, estrinsecandosi e solidificandosi. Si tratta di un interesse essenziale, fondamentale e qualificante della persona e la personalità dell'art. 2 Cost. è proprio quella di tutelare la persona umana integralmente in tutti i suoi modi di essere essenziali». C.E. Rafiotta, *Appunti in materia di diritto all'identità personale*, 26 gennaio 2010, p. 3, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 4 febbraio 2010, che richiama a sua volta A. De Cupis, *Il diritto all'identità personale*, Giuffrè, Milano, 1949.

may, in concreto, fulfil the child's need for a stable and harmonious family environment.

KEYWORD: international adoption - single-parent adoption - best interests of the child - family pluralism - self-determination

***

Chiara Ingenito – Docente a contratto di diritto sanitario – Università degli Studi "Guglielmo Marconi" (c.ingenito@unimarconi.it)

RIVISTA DI
DIRITTI COMPARATI

I *digital divide*: profili comparati delle risposte legislative, contrattuali e di governance (parte I) *

Mario Manna

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. *Digital divide*: una definizione. – 3. Covid- 19 e digital divide un problema amplificato. – 4. Il diritto di accesso a internet nel quadro normativo eurounitario. – 4.1. "L'assenza" del diritto di accesso ad internet (sub-specie diritto alla connessione) nella giurisprudenza della Corte di Giustizia Europea e della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo. – 5. Prospettive comparate del diritto di accesso ad internet. – 6 Il "Diritto Costituzionale" di accesso ad internet …. – 6.1. ….non basta per ridurre i *digital divide*.

1. *Introduzione*

Negli ultimi decenni, la società globale ha assistito a una trasformazione senza precedenti dovuta all'avvento e alla diffusione di Internet e, più in generale, delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione (Ict), che sono diventate componenti essenziali della vita quotidiana, influenzando profondamente il modo in cui le persone comunicano, lavorano, studiano e partecipano alla vita sociale ed economica.

Tuttavia, questa rapida evoluzione ha fatto emergere una problematica crescente e complessa: i *digital divide*, ovvero i divari tra coloro che hanno accesso e possono beneficiare delle tecnologie digitali e coloro che ne sono esclusi. Questo fenomeno assume connotazioni severe, con

* L'articolo è stato sottoposto, in conformità al regolamento della Rivista, a *double-blind peer review*. Il presente contributo costituisce sviluppo e rielaborazione dell'intervento presentato dall'autore nell'ambito del convegno *"Diritto comparato e intersezionalità – Incontro dei Giovani Comparatisti AIDC"*, svoltosi il 21 marzo 2025 presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Trento, intervento derivante a su volta dalla ricerca dottorale dell'autore svolta nel corso del dottorato di ricerca XXXVI ciclo in Diritto e Impresa presso il dipartimento di giurisprudenza della LUISS Guido Carli. Si ringraziano il Prof.re Christian Iaione per i preziosi confronti nella ricerca inerente ai temi oggetto del presente lavoro, nonché il Prof. Federico Raffaele e il dott. Lorenzo Serafinelli per i fruttuosi spunti critici offerti in fase di stesura.

disparità significative e persistenti tra aree urbane e aree rurali, interne e periferiche (c.d. aree a fallimento di mercato) nonché tra diverse fasce della popolazione. Tale fenomeno non riguarda solo l'inclusione digitale, ma incide anche sulla partecipazione economica, sociale e politica dei cittadini. I gruppi più vulnerabili, come le donne, le minoranze etniche e le persone economicamente svantaggiate, sono particolarmente colpiti da questa esclusione.

Il presente articolo si propone di analizzare le molteplici dimensioni del *digital divide*, con l'obiettivo di individuare, attraverso un approccio comparato, possibili soluzioni ai divari più marcati, in particolare quelli che interessano le aree rurali, interne e periferiche (corrispondenti alle cosiddette aree a fallimento di mercato) nonché le fasce di popolazione con redditi più bassi, le minoranze etniche, le donne– qui unitariamente qualificate come aree e categorie a elevata vulnerabilità digitali.

Specie le aree a fallimento di mercato rappresentano uno degli snodi più complessi e duraturi della questione digitale, in quanto caratterizzati da condizioni strutturali che scoraggiano l'intervento degli operatori privati: costi di infrastrutturazione elevati, domanda frammentata, bassa densità abitativa. L'assenza di convenienza economica ostacola la realizzazione di investimenti infrastrutturali, determinando un'esclusione sistemica da un servizio divenuto essenziale quale è l'accesso a internet ad alta velocità. Tali aree soffrono non solo ritardi cronici nell'accesso alla banda larga e ultra-larga, ma rischiano anche di restare escluse dalle successive fasi dello sviluppo tecnologico, contribuendo così ad amplificare disuguaglianze territoriali già consolidate.

Per comprendere appieno le radici strutturali e normative del *digital divide* e per valutarne possibili risposte, il contributo sviluppa un percorso articolato che muove dal piano teorico e giuridico per approdare a quello operativo e comparato. Segnatamente, dopo aver definito i contorni della nozione di *digital divide* e l'impatto sui medesimi della pandemia da Covid-19, vengono tracciati i lineamenti del diritto di accesso a internet – *sub specie* diritto alla connessione – nel quadro normativo e giurisprudenziale eurounitario. Viene dunque svolta un'analisi comparata delle principali pronunce giurisprudenziali nel contesto internazionale in materia di diritto di accesso a internet, e degli ordinamenti ove tale diritto è presente in Costituzione: Grecia, Portogallo, Messico, Venezuela, Ecuador e Perù. Da un'analisi dei dati inerenti al grado di digitalizzazione dei suddetti Paesi[1]

[1] Si vedano le fonti citate *infra*, nello specifico alle nt. 94 e ss.

emerge, tuttavia, come la costituzionalizzazione del diritto di accesso a internet non rappresenti uno strumento sufficiente per il contrasto dei *digital divide*. In uno studio successivo, partendo dalle risultanze qui emerse in ordine all'insufficienza del riconoscimento costituzionale del diritto di accesso ad internet, verranno analizzate in ottica comparata le soluzioni contrattuali e di governance emerse nella prassi internazionale per garantire la connessione nelle c.d. aree ad elevata vulnerabilità digitale.

2. Digital divide*: una definizione*

L'emersione del concetto di *digital divide* è riconducibile alla metà degli anni Novanta del secolo scorso negli Stati Uniti, in concomitanza con la diffusione di internet[2]. Segnatamente, una prima definizione di *digital divide* - presente in un documento ufficiale - si ritrova nel 1999 nel terzo rapporto della *National Telecommunications and Information Administration*[3] (Ntia). La Ntia definisce il *digital divide* come il divario tra coloro che hanno accesso alle tecnologie dell'informazione, come i computer e internet, e coloro che ne sono esclusi. Già nel report del 1999, il *digital divide* veniva indicato come una delle principali questioni economiche e sociali negli Stati Uniti. Il documento metteva in luce come un numero crescente di cittadini avesse accesso a tecnologie come telefoni, computer e Internet, ma segnalava al contempo la presenza di un rilevante divario tra chi poteva beneficiarne (i cosiddetti *haves*) e chi ne restava escluso (*haves-not*), divario che – già allora – mostrava una tendenza a crescere anziché attenuarsi[4].

[2] Tra i primi a conferire rilevanza mediatica globale al tema dei *digital divide* è stato senz'altro Al Gore quando nel 1996, nella veste di vicepresidente del Stati Uniti, in un discorso tenuto a Knoxville, Tennesse, evidenziata la necessità di ridurre le nascenti disparità di accesso ai servizi informatici, tracciò la distinzione tra *infromations have* e *informations have not*, pronunciando la frase: «*We challenged the notion to make sure that our children will never be separted by a digital divide*»; sul punto v. N. Allard, *Digital Divide: Myth, Reality, and Responsibility,* in *Hastings Communications and Entertainment Law Journal*, 2003, p. 465, nt. 45; in questo senso: E. Cocchiara, *Il divario digitale nel PNRR: la garanzia del diritto sociale di accesso ad internet*, in *Forum di Quanderni Costituzionali*, 2023, p. 189, nt. 3.

[3] Ntia, *Falling through the Net: Defining the Digital Divide*, 1999, disponibile sul sito https://fbaum.unc.edu/lobby/080_Internet_Sales_Tax/Agency_Activities/ACEC/Divide.pdf.

[4] Nel report del 1999 si rileva che il divario è particolarmente pronunciato tra soggetti c.d. "ricchi di informazioni", come i bianchi, gli asiatici/isolani del Pacifico, i soggetti con redditi più elevati, le persone più istruite e le famiglie con due genitori, e,

Tuttavia, la definizione di *digital divide* ha conosciuto - anche in ragione del rapido mutamento delle tecnologie disponibili - costanti evoluzioni, passando dalla "netta" distinzione tra coloro che hanno o non hanno un pc ed un accesso ad internet al riconoscimento - condiviso a livello internazionale - del *digital divide* come «fenomeno multidimensionale, che va oltre la mera mancanza di un pc connesso alla rete»[5]. Dalla "mera" distinzione tra *haves ad have-not*, dunque, la nozione polisemica di *digital divide* è arrivata a comprendere anche le capacità dei singoli di utilizzare efficacemente gli emergenti strumenti tecnologici. La consapevolezza della tracciata "mobilità" del concetto di *digital divide*[6], legata a doppio filo alla natura di internet come insieme proteiforme di tecnologie e di servizi[7], è di particolare rilevanza sia per la comprensione del fenomeno, sia per la definizione di *policy* adatte ed efficaci nel contrasto dei divari[8].

Un'eminente politologa anglosassone, Pippa Norris, in uno dei primi testi dedicati allo studio dei *digital divide*[9], esaminando 179 paesi tramite l'utilizzo di indicatori quantitativi volti a rilevare le differenze nell'accesso ad internet, ha proposto per prima una classificazione del divario digitale. Segnatamente, secondo Norris i *divide* si distinguono in: *divide* globale, che fa riferimento alle differenze di accesso riscontrabili tra paesi più o meno sviluppati; *divide* sociale, che inerisce alle diseguaglianze di carattere sociale riscontrabili nel medesimo paese; *divide* democratico, inerente alla partecipazione alla vita sociale e politica tramite l'utilizzo delle nuove tecnologie. Lo studio della Norris ha messo in luce, oltre alla tracciata multidimensionalità dei *digital divide*, l'esistenza di cause di natura sociale e

---

dall'altro, soggetti c.d. "poveri di informazioni", come i giovani, gli individui con redditi e livelli di istruzione più bassi, determinate minoranze e coloro che vivono in aree rurali o aree interne; si v. p. 15 ss. del report.

[5] L. Sartori, *Il divario digitale*, in *Nuova informazione bibliografica*, 4, 2006, p. 684. Sempre secondo la medesima Autrice, il fenomeno del *digital divide* è identificabile come un *continuum* in cui si riscontrano differenti capacità di accesso da parte dei singoli individui alle nuove tecnologie dell'informazione; per una più ampia analisi v. L. Sartori, *Il divario digitale*, Bologna, 2006, *passim*.

[6] La definizione di *digital divide* come obiettivo mobile ("*moving target*") è di Benjamin Compaine ed è contenuta in: B. Compaine (ed.), *The Digital Divide: Facing a Crisis or Creating a Myth?*, Cambridge, 2001, p.13.

[7] Tale definizione di internet è di P. Di Maggio - E. Hargittai, *From the Digital Divide to Digital Inequality: Studying the Internet as Penetration Increase*s, *Princeton University Center for Arts and Cultural Policy Studies*, *Working Paper*, 2001, disponibile sul sito: https://digitalinclusion.typepad.com/digital_inclusion/documentos/digitalinequality.pdf.

[8] L. Sartori, *Il divario digitale*, cit., p. 687.

[9] P. Norris, *Digital Divide: Civic Engagement, Information Poverty, and the Internet Worldwide*, New York, 2001.

culturale - e non esclusivamente economiche - dietro ai divari digitali[10]. Sempre in ambito sociologico, è stato rilevato come, oltre al carattere multidimensionale, i *digital divide* influenzino altre sfere dell'individuo creando ulteriori diseguaglianze[11].

Se da un lato, dunque, non può non rilevarsi il nesso ontologico tra il concetto di *digital divide* e l'accesso alle nuove tecnologie[12], dall'altro emerge la rilevanza di quello che è stato definito come *digital divide* di secondo livello, espressione che indica: «le differenze d'uso della Rete emergenti tra le persone già online, indipendentemente dalle condizioni materiali della loro connessione a internet»[13] . È dunque possibile distinguere due componenti fondamentali dei *digital divide*, ossia: i c.d. *access divide*, intesi come le difficoltà materiali all'accesso alle tecnologie informatiche; i c.d. *skills divide,* ossia l'insieme delle competenze e conoscenze necessarie per operare online[14], espressioni che in lingua italiana possono essere rispettivamente tradotte

[10] Nello studio della Norris, se da un lato si rileva che il PIL *pro capite* di un paese è correlato positivamente con l'accesso a Internet, emergono anche altri fattori che contribuiscono significativamente a spiegare le variazioni nell'accesso a questa risorsa. Tra questi: la percentuale del PIL investita in ricerca e sviluppo, la densità di ricercatori e ingegneri in rapporto alla popolazione e i livelli di istruzione, misurati come la media degli anni di scolarità completati, fattori che rispettivamente giocano un ruolo fondamentale nel determinare l'estensione e la qualità dell'accesso a internet tra i diversi paesi. Ai fattori identificati dalla Norris, Laura Sartori ne *Il divario digitale*, cit., ha aggiunto l'elemento infrastrutturale (come il prezzo di connessione, la concorrenza tra operatori telefonici) e di regolazione (presenza di un regolatore indipendente nel settore delle comunicazioni). D'altro canto, J. Van Djik, studioso della società della comunicazione e dei nuovi media, in *The Deeping Divide. Inequality in the information Society*, Thousand Oaks, 2005, p. 10 ss. propone anch'egli una definizione multidimensionale di *digital divide* in cui distinguono le dimensioni dell'accesso materiale, economico, educativo, psicologico, sociale e culturale.

[11] In questo senso S. Bentivegna, *Disuguaglianze digitali. Le nuove forme di esclusione nella società dell'informazione*, Roma-Bari, 2009, *passim.*

[12] Non a caso J. Rifkin, ne *L'era dell'accesso*, Milano, 2003, rileva come l'importanza crescente della tecnologia come intermediario nelle reti economiche e sociali dell'era moderna mette in luce un rischio centrale dell'epoca dell'accesso: il pericolo di esclusione sociale. Questa forma di marginalizzazione non si basa più sulla mancanza di proprietà materiale, ma piuttosto sulle barriere, spesso insormontabili, all'ingresso nei circuiti sociali ed economici che sono essenziali per il completo sviluppo individuale nella società odierna.

[13] L Sartori, *I divari digitali*, in *il Mulino*, 4, 2022, p. 167.

[14] In questo senso K. Mossberger - C.J. Talbert - M. Stansbury, *Virtual inequality. Beyond the digital divde*, Washington, 2003, p. 9 ss.. Sul punto si v. altresì T. P. Mackey - T.E. Jacobson, *Reframing Information Literacy as a Metaliteracy*, in *College and research libraries*, 2011, disponibile sul sito https://crl.acrl.org/index.php/crl/article/view/16132/17578,

come divari digitali infrastrutturali ed economici e divari digitali culturali o cognitivi[15].

3. *Covid-19 e digital divide: un problema amplificato*

Una rinnovata attenzione non solo scientifica quanto mediatica verso i divari digitali e il loro impatto sulla società è stata occasionata dalla pandemia da covid-19, la quale ha posto in evidenza la cruciale importanza di alcuni aspetti legati all'uso di internet e delle tecnologie digitali. Come noto, nel corso della pandemia, da un lato *l'e-learning* ha permesso di mantenere l'attività didattica nell'ambito dell'istruzione, dall'altro l'ampio ricorso allo *smart working* ha contribuito a contenere le perdite nei settori produttivi, fungendo da pilastro di resilienza per l'economia nazionale. In questo contesto in Italia (e non solo) sono riemerse delle rilevanti criticità: la rete si è trovata in perenne sovraccarico, sia per l'incremento del citato *smart working* sia per l'uso intensivo di servizi che richiedono molti dati quali a titolo esemplificativo: le piattaforme di videoconferenza e collaborazione a distanza, i servizi di streaming audiovisivo in alta definizione, le applicazioni di *cloud computing* e archiviazione remota, nonché le forme di intrattenimento digitale interattivo. Gli stessi strumenti dell'*e-learning* e dello *smart-working* – tra cui quelli citati poc'anzi – a causa dei *digital divide* hanno funzionato in maniera disomogenea e intermittente[16]. Di fatto, nel corso della pandemia gli individui già ben attrezzati – sia tecnologicamente sia culturalmente – per gestire un utilizzo intensificato delle tecnologie digitali hanno affrontato la situazione con minori difficoltà. Al contrario, gli individui privi di risorse tecniche e cognitive adeguate hanno subito un

[15] Come rilevato, tra gli altri, da L. Nannipieri, *La dimensione costituzionale del digital divide in particolare, gli ostacoli cognitivi alla proiezione dell'individuo nello spazio virtuale*, in M. Nisticò - P. Passaglia (a cura di), *Internet e Costituzione*, Torino, p. 195 «[M]entre per i c.d. "nativi digitali" e per tutti coloro i quali, durante il periodo di formazione scolastica e universitaria, il perdurante confronto con le nuove tecnologie dovrebbe preludere ad un'"alfabetizzazione informatica" che corra di pari passo con il processo formativo e di crescita, lo stesso non può dirsi per un'ampia fascia di popolazione, composta da anziani e da soggetti che versano in condizioni economiche o sociali svantaggiate (disoccupati, prepensionati, lavoratori che fruiscono di ammortizzatori sociali soggetti con basso livello di istruzione) che dovrebbe essere messa nelle condizioni di accedere alla rete».

[16] L. Giannini, *Coronavirus: ora il digital divide minaccia i diritti fondamentali*, in *agendadigitale.eu*, 31 marzo 2020, p. 2, disponibile sul sito https://www.agendadigitale.eu/infrastrutture/coronavirus-ora-il-digital-divide-minaccia-i-diritti-fondamentali/.

peggioramento significativo della propria situazione[17]. Ciò è stato aggravato dal fatto che durante l'emergenza, in Italia[18], così come in altri paesi, sono state sviluppate numerose iniziative di supporto in ambiti cruciali come il

[17] Sul punto una ricerca inerente al periodo 2018-2019 resa pubblica dall'Istat il 6 aprile 2020, dal titolo *Spazi in casa e disponibilità di computer per bambini e ragazzi*, disponibile sul sito https://www.istat.it/it/files//2020/04/Spazi-casa-disponibilita-computer-ragazzi.pdf, ha fatto emergere che il 33,8% delle famiglie italiane non ha computer o tablet in casa, mentre solo nel 22,2% delle famiglie ogni componente ha a disposizione un PC o un tablet (situazione che nel contesto della pandemia ha acquisito particolare rilevanza). Il divario digitale è particolarmente marcato nel Mezzogiorno d'Italia, dove il 41,6% delle famiglie non possiede un computer a casa, una percentuale significativamente più alta rispetto alla media nazionale di circa il 30%. Inoltre, solo il 14,1% delle famiglie in quest'area dispone di un computer per ogni membro. Questo gap è evidente anche tra gli studenti di età scolare, con il 12,3% di essi che non ha accesso a computer o tablet a casa, una situazione che si aggrava nel Mezzogiorno, dove quasi il 20% degli studenti si trova in questa condizione. Solo il 6,1% degli studenti vive in famiglie che garantiscono un computer per ogni persona. L'urbanizzazione influisce anche sulla disponibilità di tecnologie informatiche: nelle piccole comunità con meno di duemila abitanti, quasi il 40% delle famiglie è senza computer, mentre nelle grandi città questo valore scende a poco più del 28%. Nel corso della pandemia tale situazione si è ulteriormente aggravata. Come riporta S. Del Gatto, *Le Infrastrutture per la banda ultra larga e il piano per la copertura delle zone a fallimento di mercato*, in V. Bontempi (a cura di), *Lo Stato Digitale nel piano nazionale di ripresa e resilienza*, 2022, p. 69, nt. 9: «Si pensi all'uso di Internet per smart working o per la didattica a distanza degli studenti. Al riguardo, nel suo rapporto annuale del giugno 2020 nell'allegato intitolato 'Impatto del coronavirus nei settori regolati', l'AGCOM ha osservato come durante l'emergenza Covid 'il 12,7% degli studenti italiani non ha usufruito della didattica a distanza, dati inaccettabili per una democrazia evoluta'. Sulla stretta relazione tra digitalizzazione e Covid19, l'AGCOM ha ricordato che è stato rilevato un significativo aumento del traffico dati e voce nel corso del periodo di lockdown, maggiormente evidente per la rete fissa. In quel periodo, però, si evidenzia il peggioramento della velocità media di download da rete fissa e mobile. Dal rapporto AGCOM emerge anche un significativo nesso di causalità tra fattori culturali e ritardo digitale del nostro paese, ad esempio, prendendo spunto dalla dicotomia tra percentuale di copertura delle infrastrutture di rete a banda larga e utilizzo dei servizi digitali. A fronte di livelli di copertura territoriale che potenzialmente consentono all'88,9% delle famiglie italiane di accedere a servizi Internet con velocità maggiori o uguali a 30 Mbps, solo il 37,2% di esse possiede effettivamente ed utilizza una simile connessione. Si veda anche il 3° Rapporto Auditel Censis, ottobre 2020 "L'Italia post lockdown: la nuova normalità digitale delle famiglie italiane».

[18] Il riferimento è all'iniziativa Solidarietà Digitale, promossa dal Ministro per l'Innovazione tecnologica e la Digitalizzazione e coordinata dal Dipartimento per la Trasformazione Digitale con il supporto tecnico dell'Agenzia per l'Italia Digitale. Si tratta di una risposta alle esigenze emergenti durante i mesi del lockdown a causa dell'emergenza Coronavirus. Questo progetto ha offerto gratuitamente una varietà di servizi digitali a cittadini e imprese per mitigare gli impatti economici e sociali della crisi; per maggiori dettagli sulle iniziative di Solidarietà Digitale si v. il sito https://www.agid.gov.it/it/solidarieta-digitale.

lavoro, la sanità e l'istruzione, prevalentemente tramite internet. Di conseguenza, coloro che erano già svantaggiati a causa del divario digitale non hanno potuto beneficiare degli aiuti necessari per mitigare le restrizioni del *lockdown* e garantire l'accesso a diritti sociali fondamentali come la salute, l'istruzione[19] e il lavoro[20].

Più nello specifico: il divario infrastrutturale è stato esacerbato dal rischio di saturazione della rete derivante dall'utilizzo massiccio appena descritto. Tale situazione ha messo a dura prova le infrastrutture di connessione domestica, rendendo manifesta la necessità non soltanto dell'accesso alla rete internet, ma anche della disponibilità di connessioni a banda larga adeguatamente rapide per garantire l'efficienza nell'esecuzione delle attività lavorative e didattiche a distanza[21]. Il divario economico è aumentato, facendo emergere la crescente necessità di risorse finanziarie adeguate all'acquisto di tecnologie private per accedere e utilizzare internet,

[19] Sul punto v. V. A. Ragusa, *La Formazione al tempo del coronavirus: il ruolo del digital divide*, il Sole 24 ore, 8 luglio 2020, disponibile sul sito https://www.ilsole24ore.com/art/la-formazione-tempo-coronavirus-nodo-divario-digitale-ADmb9Ad.; G. Annacontini, *Competenze d'uso e fruizione consapevole. Aspetti intangibili del digital divide*, in *Le Scienze Umane alla prova delle scienze sociali*, Lecce, 2021, p. 143 ss., disponibile sul sito http://siba-ese.unisalento.it/index.php/liber-o/article/view/22834/19149; si v. altresì l'intervista al pedagogo Dario Ianes, a cura di C. Ludovisi, *La didattica a distanza peggiora le diseguaglianze: 5 modi per renderla inclusiva*, disponibile sul sito https://www.redattoresociale.it/article/notiziario/la_didattica_a_distanza_peggiora_le_diseguaglianze_5_modi_per_renderla_inclusiva#, 6 marzo 2020.

[20] In questo senso P. Zuddas, *Covid-19 e digital divide tecnologie digitali e diritti sociali alla prova dell'emergenza sanitaria*, in *Osservatorio Costituzionale*, 2020, p. 292; nello stesso senso v. C. Lotta, *Un nuovo diritto al tempo del Covid-19?*, *Accesso a internet e digital divide*, in *Rivista del gruppo di Pisa,* 2020, p. 70 ss. in cui l'Autore rileva: «[è] proprio il c.d. digital divide ad impedire il pieno esercizio dei diritti costituzionali in internet e tale divario si è acuito proprio nel periodo di emergenza sanitaria causata dal Covid-19, in quanto, come già anticipato in premessa, tramite il collegamento da remoto (e solo tramite esso) è stato possibile esercitare taluni diritti fondamentali»; v. altresì: E. Cocchiara, *op. cit.*, p. 192 ss.; D. Selva, *Divari Digitali e diseguaglianze in Italia prima e durante il Covid-19*, in *Culture e studi del Sociale*, Fasc. 2, 2020, p. 463 ss..

[21] Come rilevato da C. Tesauro, *Digital Divide e Covid 19*, in *Giornale di Scienze Regionali*, 2021, p. 85: «L'eccezionalità della situazione rappresentata dall'evento pandemico ha messo inequivocabilmente in evidenza il sottodimensionamento delle reti di telecomunicazioni, la cui gravità è testimoniata anche dal contenuto di recenti provvedimenti legislativi. I mancati o insufficienti investimenti in un lungo periodo a cavallo del millennio, hanno lasciato il Paese in una grave condizione di arretratezza che si è immediatamente manifestata al primo evento straordinario. In termini di divario digitale la considerazione che il caso osservato è solo una parte delle sue tante componenti aggrava ulteriormente la valutazione complessiva, preconfigurando conseguenze che avranno effetti consistenti nel medio – lungo periodo come, ad esempio, le lacune formative e relazionali di un'intera generazione».

cosa che ha reso essenziale per numerose famiglie il miglioramento sia qualitativo che quantitativo delle proprie dotazioni tecnologiche[22]. Da ultimo, il divario cognitivo ha intensificato le difficoltà per gli individui con minori competenze digitali, incidendo in modo più severo sugli individui economicamente e socialmente più vulnerabili[23]. Anche tra i giovani, generalmente più inclini all'uso delle tecnologie, si è rilevato un divario cognitivo di rilevante impatto durante l'emergenza sanitaria[24].

4. *Il diritto di accesso a internet nel quadro normativo eurounitario*

Proprio durante la crisi pandemica, dunque, il dibattito attorno al c.d. diritto di accesso ad internet[25] ha ripreso vigore a causa dei tracciati

[22] Si vedano sul punto le rilevazioni Istat citate *supra* nt. 17.

[23] Secondo i dati elaborati nel progetto Harvest, coordinato dall'UmeUniversity , disponibile sul sito https://www.umu.se/en/research/projects/harvest-ehealth-and-ageing-in-rural-areas/, in Italia solo un anziano su quattro, nella fascia ricompresa tra i 65 e i 74 anni, usa tecnologie digitali, laddove la media europea è di uno su due.

[24] Dalle citate rilevazioni Istat (nt.17.) si evince che nel 2019, tra gli adolescenti di 14-17 anni che hanno usato Internet 2 su 3 hanno competenze digitali basse o di base, mentre meno di 3 su 10 si attestano su livelli alti (bisogna far riferimento alla fascia di età più elevata – 20-24 anni – per riscontrare competenze digitali elevate più diffuse che nel 2019, secondo l'Istat, si attestavano al 45,1%).

[25] Sul tema vi è ovviamente una vastissima letteratura; si v. senza pretese di esaustività: S. Rodotà, *Tecnopolitca, La democrazia e le nuove tecnologie della comunicazione*, Roma-Bari, 2004; Id. *Il Diritto di avere diritti*, Roma-Bari, 2012; Id., *Il Mondo della Rete: quali i diritti, quali i vincoli*, Roma-Bari, 2014; G. De Minico, *Internet Regole e Anarchia*, Napoli, 2012; Id. (a cura di) *Dalla tecnologia ai diritti. Banda larga e Servizi a rete*, Napoli 2010; Id., *Towards an Internet bill of rights*, in *Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review*, 1, 2015, p. 1 ss.; Id., *Accesso a Internet tra mercato e diritti sociali nell'ordinamento europeo e nazionale, Federalismi.it*, 2018; S. Montaldo, *Internet e commons: le risorse della rete nella prospettiva dei beni comuni, in Diritto dell'Informatica*, 2013, p. 287 ss.; A. Busacca, *Il "Diritto di accesso" alla rete Internet, Ordine internazionale e diritti umani*, 2017, p. 345 ss.; M. Nisticò - P. Passaglia (a cura di), Internet *e Costituzione*, *Atti del Convegno. Pisa, 21-22 novembre 2013*, Torino, 2014; E. Bertolini - V. Lubello - O. Pollicino (a cura di), *Internet: regole e tutela dei diritti fondamentali*, Roma, 2013; P. Costanzo, *Aspetti Evolutivi del Regime Giuridico di Internet*, in *Il Diritto dell'Informazione e dell'Informatica*, 1996, p. 831-846, Id. *Internet*, (diritto pubblico), in *Digesto Quarta Edizione (Discipline Pubblicistiche)*, Torino, 2000, p. 347 ss.; Id., *Miti e realtà dell'accesso a Internet. Una prospettiva costituzionalistica*, in *giurcost.org*, 2012, p. 1 ss.; M. Pietrangelo (a cura di), *Il diritto di accesso ad* Internet, Napoli, 2010; F. Badocco, *Riflessioni sul diritto di accesso ad Internet nell'ambito del diritto dell'Unione europea,* in *Informatica e diritto*, 2009; L. Bruscuglia - R. Romboli (a cura di), *Diritto Pubblico e Diritto Privato nella rete delle nuove tecnologie*, Pisa, 2011; E. De Marco (a cura di), *Accesso alla Rete ed Uguaglianza Digitale*, Milano, 2008; M.R. Allegri, G. D'Ippolito (a

inasprimenti dei divari digitali[26]. A titolo esemplificativo basti ricordare che nella conferenza stampa del 6 aprile 2020[27] l'allora Presidente del Consiglio Giuseppe Conte ha rilanciato l'idea di inserire in Costituzione un articolo dedicato al diritto di accesso alle reti infotelematiche qualificando l'accesso a internet come il migliore e più efficace strumento di partecipazione alla vita politica, economica, sociale e culturale della Repubblica, per realizzare in concreto il principio di uguaglianza sostanziale di cui all'art. 3 della Costituzione.

Invero, il diritto di accesso a internet nell'ordinamento normativo eurounitario – e dunque, di riflesso, nazionale - trova un primo riferimento positivo in una fonte primaria agli artt. 170 ss. del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea (TFUE), collocati sotto il Titolo XVI, rubricato "Reti Transeuropee", i quali prevedono le condizioni generali necessarie per l'adozione di misure a supporto della c.d. Società dell'Informazione[28]. Segnatamente, il co. II dell'art. 170 del TFUE dispone

cura di), *Accesso a Internet e neutralità della rete fra principi costituzionali e Regole Europee*, *Atti del Convegno del 31 Marzo 2017, Sapienza – Università di Roma dipartimento di Comunicazione e Ricerca Sociale*, Roma, 2017; M.R. Allegri, *Riflessioni e ipotesi sulla costituzionalizzazione del diritto di accesso a* Internet *(o al ciberspazio?)*, in *Rivista AIC*, 2016, p. 1 ss.; Id., *Il diritto di accesso ad internet: profili costituzionali*, in *Rivista di Diritto dei Media*, Fasc. 1, 2021, p. 58 ss.; A.M. Gambino - R. Giarda, *L'accesso ad Internet come diritto*, in *Rivista di diritto dei Media*, 2021, p. 103 ss.; S. da Empoli, *Un approccio economico al diritto di accesso a internet: verso una revisione del servizio universale*, in *Rivista di Diritto dei Media*, 2021, p. 158 ss.; V. Frosini, *L'orizzonte giuridico dell'Internet*, in *Diritto dell'Informazione e delle Informatica*, 2000, p. 271 ss.; T. E. Frosini , *Libertè, Egalitè, Internet*, Napoli, 2015; Id., *L'ordine giuridico del digitale*, in *Rivista interdisciplinare sul diritto delle amministrazioni pubbliche*, 2023, p. 36 ss.; P. Otranto, *La Garanzia di accesso alla rete e la "Città connessa"*, in *Rivista Giuridici dell'Edilizia*, fasc.3, 2021, p. 77 ss.; A. Alù, *Il Doppio Volto Di Internet Tra L'accesso E L'uscita E Il Paradosso Della "Trappola" Digitale*, in *Diritto di Famiglia e delle Persone*, 2023, p. 626 ss..

[26] Si v. l'efficace sintesi di M. R. Allegri, *Il diritto di accesso ad internet: profili costituzionali*, cit., p. 59: «Nel periodo "emergenziale" dovuto al Covid-19 il digital divide di tipo infrastrutturale (mancanza di copertura di rete a banda larga sull'intero territorio nazionale, con notevoli differenze tra zone urbane e aree rurali), tecnologico (impossibilità di disporre personalmente di una adeguata velocità di connessione e di idonei device), economico (indisponibilità di adeguate risorse economiche per dotarsi delle necessarie infrastrutture informatiche) e culturale cognitivo (scarso livello di alfabetizzazione digitale) ha comportato per molti la compressione o addirittura la negazione di alcuni diritti fondamentali, primo fra tutti quello al pieno sviluppo della persona umana e all'effettiva partecipazione all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese(art 3 Cost.)».

[27] La conferenza stampa è disponibile al seguente link: https://www.youtube.com/watch?v=dR1UWbyku5k

[28] In questo senso, A. Alù, *Il diritto di accesso a Internet nell'ordinamento europeo*, in M.R. Allegri, G. D'Ippolito (a cura di), *Accesso a Internet e neutralità della rete fra principi costituzionali e regole europee,* op. cit., p. 97.

che: «Nel quadro di un sistema di mercati aperti e concorrenziali, l'azione dell'Unione mira a favorire l'interconnessione e l'interoperabilità delle reti nazionali, nonché l'accesso a tali reti. Essa tiene conto in particolare della necessità di collegare alle regioni centrali dell'Unione le regioni insulari, prive di sbocchi al mare e periferiche»[29]. L'art. 171 TFUE[30] dispone altresì che l'Unione europea stabilisce orientamenti per lo sviluppo delle reti transeuropee, definendo obiettivi e azioni e sostenendo progetti di interesse comune mediante garanzie di prestito e studi di fattibilità; garantisce l'interoperabilità delle reti attraverso l'armonizzazione delle norme tecniche, mentre gli Stati membri coordinano le politiche nazionali con la Commissione per assicurare l'efficacia del coordinamento. Dall'analisi degli artt. 170 e 171 del TFUE appare chiaro come l'obiettivo dell'accesso alle reti abbia un ruolo preminente nell'ottica del progetto europeo, che mira a garantire l'interconnessione tra gli stati membri con particolare attenzione alle aree periferiche, prevedendo la possibilità di garantire sostegni diretti agli Stati investendo la Commissione di un generale potere di indirizzo e coordinamento sul tema delle reti. Sul piano del diritto derivato, è stato sviluppato un nutrito *corpus* normativo volto a dare seguito agli obiettivi tracciati dalla Commissione Europea e dai Trattati in materia di telecomunicazioni elettroniche. Tale *iter* è originato dal pacchetto di Direttive c.d. Telecom approvate nel 2002, tra cui rilevano: la direttiva c.d.

[29]Il Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea firmato il 13 dicembre 2007 è entrato in vigore il 1° dicembre 2009; l'art. 170 TFUE (ex 154 TCE) è consultabile nella versione ufficiale tradotta in italiano sul sito https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=CELEX%3A12016E170.

[30] «[L]'Unione:

- stabilisce un insieme di orientamenti che contemplino gli obiettivi, le priorità e le linee principali delle azioni previste nel settore delle reti transeuropee; in detti orientamenti sono individuati progetti di interesse comune;

- intraprende ogni azione che si riveli necessaria per garantire l'interoperabilità delle reti, in particolare nel campo dell'armonizzazione delle norme tecniche;

- può appoggiare progetti di interesse comune sostenuti dagli Stati membri, individuati nell'ambito degli ordinamenti di cui al primo trattino, in particolare mediante studi di fattibilità, garanzie di prestito, o abbuoni di interesse; (…)

L'azione dell'Unione tiene conto della potenziale validità economica dei progetti.

Gli Stati membri coordinano tra loro, in collegamento con la Commissione, le politiche svolte a livello nazionale che possono avere un impatto rilevante sulla realizzazione degli obiettivi di cui all'articolo 170. La Commissione può prendere, in stretta collaborazione con gli Stati membri, qualsiasi iniziativa utile per favorire detto coordinamento.

L'Unione può decidere di cooperare con i paesi terzi per promuovere progetti di interesse comune e garantire l'interoperabilità delle reti».

"Accesso" n. 2002/19/CE[31], la direttiva c.d. "Autorizzazioni" n. 2002/20 CE[32] e la direttiva c.d. "Servizio Universale" n. 2002/22/CE[33]. Tra gli obiettivi precipui perseguiti mediante il pacchetto Telecom figurava la facilitazione dell'accesso alle reti internet per combattere i *digital divide* e rendere la c.d. Società dell'informazione maggiormente inclusiva, considerati anche i riflessi diretti verso l'attuazione del mercato unico[34]. In questo senso, la direttiva Servizio Universale – la principale per la configurazione normativa del diritto di accesso ad internet – delineava la nozione di servizio universale che veniva definito all'art. 2 come: «insieme minimo definito di servizi di determinata qualità disponibile a tutti gli utenti a prescindere dalla loro ubicazione geografica e tenuto conto delle condizioni specifiche nazionali, a un prezzo accessibile»; ciò al fine di garantire per gli utenti il rispetto di standard minimi nella fornitura di servizi di telecomunicazione. Nella nozione di servizio universale rientrava anche l'accesso alla rete, la cui concreta attuazione era posta a carico degli Stati, che, ai sensi dell'art. 3 della direttiva Servizio Universale[35], erano tenuti ad assicurare agli utenti finali il rispetto di standard qualitativi dei servizi, a prescindere dalla loro ubicazione e tenuto conto delle specifiche circostanze

[31] Il testo della Direttiva 2002/19/Ce del Parlamento Europeo e del Consiglio del 7 marzo 2002 relativa all'accesso alle reti di comunicazione elettronica e alle risorse correlate e all'interconnessione delle medesime (direttiva accesso) è consultabile nella versione ufficiale tradotta in italiano sul sito https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32002L0019.

[32] Il testo della Direttiva 2002/20/Ce del Parlamento Europeo e Del Consiglio del 7 marzo 2002 relativa alle autorizzazioni per le reti e i servizi di comunicazione elettronica (direttiva autorizzazioni) è consultabile nella versione ufficiale tradotta in italiano sul sito: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32002L0020&from=DA.

[33] Il testo della Direttiva 2002/22/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 7 marzo 2002 relativa al servizio universale e ai diritti degli utenti in materia di reti e di servizi di comunicazione elettronica (direttiva servizio universale) è consultabile nella versione ufficiale tradotta in italiano sul sito https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32002L0022.

[34] In questo senso v. A. Alù, *Il diritto di accesso a Internet*, cit., p. 99.

[35] «Gli Stati membri provvedono affinché nel loro territorio i servizi elencati nel presente capo siano messi a disposizione di tutti gli utenti finali al livello qualitativo stabilito, a prescindere dall'ubicazione geografica dei medesimi e, tenuto conto delle specifiche circostanze nazionali, ad un prezzo abbordabile. 2. Gli Stati membri determinano il metodo più efficace e adeguato per garantire l'attuazione del servizio universale, nel rispetto dei principi di obiettività, trasparenza, non discriminazione e proporzionalità. Gli Stati membri mirano a limitare le distorsioni del mercato, in particolare la fornitura di servizi a prezzi o ad altre condizioni che divergano dalle normali condizioni commerciali, tutelando nel contempo l'interesse pubblico».

nazionali, a un prezzo accessibile, al fine di garantire la corretta prestazione del servizio, nel rispetto dei principi di obiettività, trasparenza, non discriminazione e proporzionalità. Sulla connessione, l'articolo 4 della direttiva sul Servizio Universale stabiliva l'obbligo, in capo agli Stati membri, di garantire che ogni richiesta ragionevole di connessione fissa alla rete telefonica pubblica e di accesso ai relativi servizi fosse soddisfatta almeno da un operatore. Tale connessione doveva consentire agli utenti finali non solo di effettuare e ricevere chiamate (locali, nazionali e internazionali) e inviare fax, ma anche di trasmettere dati a una velocità sufficiente a permettere un accesso efficace a Internet, tenendo conto delle tecnologie comunemente adottate dalla maggioranza degli utenti e dei limiti imposti dalla fattibilità tecnica.

Nella Direttiva Servizio Universale, dunque, veniva enucleato un primo obbligo nei confronti degli Stati Membri di garantire degli standard di connessione minimi in tutto il territorio a condizioni economiche abbordabili per i cittadini, demandando quantomeno ad un'impresa l'onere di fornire su tutto il territorio nazionale un accesso in postazione fissa alla rete.

Il pacchetto di Direttive del 2002 è stato oggetto di una complessiva revisione normativa nel 2009, tramite l'approvazione: del Regolamento (Ce) 1211/2009[36], della Direttiva 2009/136/Ce[37] e della Direttiva 2009/140/Ce[38]. L'intervento di revisione compiuto ha posto maggiore

[36]Il testo del Regolamento (Ce) n. 1211/2009 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 25 novembre 2009 che istituisce l'Organismo dei regolatori europei delle comunicazioni elettroniche (Berec) e l'Ufficio è consultabile nella versione ufficiale tradotta in italiano sul sito https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32009R1211&from=en.

[37] Il testo della Direttiva 2009/136/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio del 25 novembre 2009 recante modifica della direttiva 2002/22/Ce relativa al servizio universale e ai diritti degli utenti in materia di reti e di servizi di comunicazione elettronica, della direttiva 2002/58/Ce relativa al trattamento dei dati personali e alla tutela della vita privata nel settore delle comunicazioni elettroniche e del Regolamento (Ce) n. 2006/2004 sulla cooperazione tra le autorità nazionali responsabili dell'esecuzione della normativa a tutela dei consumatori è consultabile nella versione ufficiale tradotta in italiano sul sito https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=celex%3A32009L0136.

[38] Il testo della Direttiva 2009/140/Ce del Parlamento Europeo e del Consiglio del 25 novembre 2009 recante modifica delle direttive 2002/21/Ce che istituisce un quadro normativo comune per le reti ed i servizi di comunicazione elettronica, 2002/19/Ce relativa all'accesso alle reti di comunicazione elettronica e alle risorse correlate, e all'interconnessione delle medesime e 2002/20/Ce relativa alle autorizzazioni per le reti e i servizi di comunicazione elettronica è consultabile sul sito: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=CELEX:32009L0140.

enfasi sulla rilevanza del diritto di accesso a internet ritenuto, anche in tale pacchetto normativo, essenziale per il completamento dello «spazio europeo unico dell'informazione» e funzionale per la promozione di una società digitale pienamente inclusiva e accessibile a tutti[39]. In questo senso, di particolare rilevanza appare l'art. 1 della direttiva 2009/136/Ce[40] ove veniva posto l'obiettivo per gli stati membri di garantire servizi di buona qualità – innalzando tale standard rispetto alla originaria previsione di cui all'art. 3 della Direttiva Servizio Universale – prezzi accessibili, con una peculiare attenzione per categorie di soggetti ritenute vulnerabili come i disabili e tracciando altresì l'obbligo per le normative nazionali in materia di accesso e uso dei servizi legati alle reti di telecomunicazioni di rispettare i diritti e le libertà fondamentali degli utenti finali. In linea con tale impostazione, anche la Direttiva 2009/140/Ce ribadiva l'importanza dell'accesso a Internet quale presupposto essenziale per l'istruzione, la libertà di espressione e l'accesso all'informazione. In particolare, il considerando n. 4 sottolineava che eventuali limitazioni all'esercizio di tali

[39] In questo senso v. A. Alù. *Il diritto di accesso a Internet*, cit., p. 100 ss..

[40] L'art. 1 della direttiva 2009/136/Ce dispone che: «Scopo della presente direttiva è garantire la disponibilità in tutta la Comunità di servizi di buona qualità accessibili al pubblico attraverso una concorrenza efficace e un'effettiva possibilità di scelta, nonché disciplinare i casi in cui le esigenze degli utenti finali non sono adeguatamente soddisfatte mediante il mercato. La direttiva contiene inoltre disposizioni riguardanti taluni aspetti delle apparecchiature terminali, comprese quelle volte a facilitare l'accesso per gli utenti finali disabili. La presente direttiva stabilisce i diritti degli utenti finali e i corrispondenti obblighi delle imprese che forniscono reti e servizi di comunicazione elettronica accessibili al pubblico. Per quanto riguarda la fornitura di un servizio universale in un contesto di mercati aperti e concorrenziali, la presente direttiva definisce l'insieme minimo di servizi di qualità specifica cui tutti gli utenti finali hanno accesso a un prezzo abbordabile, tenuto conto delle specifiche circostanze nazionali, senza distorsioni della concorrenza. La presente direttiva stabilisce inoltre obblighi in relazione alla fornitura di alcuni servizi obbligatori. 3. La presente direttiva, pur non prescrivendo né vietando condizioni, imposte dai fornitori di servizi di comunicazione elettronica accessibili al pubblico e di servizi della società dell'informazione, atte a limitare l'accesso e/o l'utilizzo di servizi e applicazioni da parte degli utenti finali, ove consentito dalla legislazione nazionale e in conformità del diritto comunitario, prevede tuttavia un obbligo di fornire informazioni in ordine a tali condizioni. Le misure nazionali in materia di accesso o di uso di servizi e applicazioni attraverso reti di comunicazione elettronica da parte di utenti finali rispettano i diritti e le libertà fondamentali delle persone fisiche, anche in relazione alla vita privata e al giusto processo, come definiti all'articolo 6 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali. 4. Le disposizioni della presente direttiva relative ai diritti degli utenti finali si applicano fatte salve le norme comunitarie in materia di tutela dei consumatori, in particolare le direttive 93/13/CEE e 97/7/CE, e le norme nazionali conformi al diritto comunitario».

diritti fondamentali dovevano risultare compatibili con la Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Il considerando n. 22, inoltre, evidenziava l'esigenza che il quadro regolatorio garantisse a tutti gli utenti – incluse le persone con disabilità, gli anziani e coloro che presentano particolari fragilità sociali – un accesso semplice e a costi contenuti a servizi di alta qualità.

Ulteriore intervento normativo di particolare rilievo contenente misure riguardanti l'accesso a un'Internet aperta, e che ha modificato la direttiva sul Servizio Universale nonché il Regolamento (Ue) n. 531/2012 relativo al roaming sulle reti pubbliche di comunicazioni mobili all'interno dell'Unione[41], è il Regolamento (Ue) n. 2015/2120[42]. Secondo quanto previsto dal considerando n. 1, il Regolamento 2015/2120 si propone di stabilire un insieme di regole uniformi volte ad assicurare un trattamento equo e non discriminatorio del traffico nella fornitura dei servizi di accesso a Internet, tutelando al contempo i diritti degli utenti finali. L'obiettivo è duplice: da un lato, proteggere gli utenti nelle loro prerogative digitali; dall'altro, garantire la continuità e il corretto funzionamento dell'ecosistema di Internet quale motore di innovazione. Il Regolamento, inoltre, intende rafforzare la disciplina del roaming, offrendo agli utenti certezza di connessione durante gli spostamenti all'interno dell'Unione e promuovendo nel lungo periodo l'armonizzazione dei prezzi e delle condizioni contrattuali su scala europea. L'obiettivo della garanzia di accesso a internet, così come delineato nel riportato considerando n. 1, deve essere garantito, ai sensi del considerando n. 8 del medesimo regolamento[43], nel rispetto dei principi di

[41] Il Regolamento (Ue) N. 531/2012 del Parlamento Europeo e del consiglio del 13 giugno 2012 relativo al roaming sulle reti pubbliche di comunicazioni mobili all'interno dell'Unione è consultabile nella versione ufficiale tradotta italiano sul sito https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32012R0531&from=BG In sintesi, il Regolamento mirava a ridurre la differenza tra le tariffe nazionali e quelle di roaming, perseguendo l'obiettivo di aumentare la trasparenza e la concorrenza, al fine di recare un beneficio ai consumatori europei.

[42]Regolamento (Ue) 2015/2120 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 25 novembre 2015 che stabilisce misure riguardanti l'accesso a un'Internet aperta e che modifica la direttiva 2002/22/Ce relativa al servizio universale e ai diritti degli utenti in materia di reti e di servizi di comunicazione elettronica e il regolamento (Ue) n. 531/2012 relativo al roaming sulle reti pubbliche di comunicazioni mobili all'interno dell'Unione.

[43] Il considerando n.8 del Regolamento 2015/2120 dispone che: «Quando forniscono servizi di accesso a Internet, i fornitori di tali servizi dovrebbero trattare tutto il traffico allo stesso modo, senza discriminazioni, restrizioni o interferenze, a prescindere dalla fonte o dalla destinazione, dai contenuti, dalle applicazioni o dai servizi, o dalle apparecchiature terminali. In base ai principi generali del diritto dell'Unione e alla

neutralità tecnologica[44] e di neutralità della rete[45]. A concretizzazione degli obiettivi delineati nei citati considerando, l'articolo 3 del Regolamento

giurisprudenza costante, situazioni paragonabili non dovrebbero essere trattate in maniera diversa e situazioni diverse non dovrebbero essere trattate in maniera uguale, salvo che ciò non risulti obiettivamente giustificato».

[44]Il principio di neutralità tecnologica ha una pluralità di significati. Secondo la definizione fornita da W. J. Maxwell - M. Borreau, *Technology neutrality in Internet, telecoms and data protection regulation*, in *Computer and Telecommunications Law Review*, 2014, p. 1: *«Depending on the context, technology neutrality can have three different meanings: • Meaning 1: technology neutrality means that technical standards designed to limit negative externalities (e.g. radio interference, pollution, safety) should describe the result to be achieved, but should leave companies free to adopt whatever technology is most appropriate to achieve the result. • Meaning 2: technology neutrality means that the same regulatory principles should apply regardless of the technology used. Regulations should not be drafted in technological silos. • Meaning 3: technology neutrality means that regulators should refrain from using regulations as a means to push the market toward a particular structure that the regulators consider optimal. In a highly dynamic market, regulators should not try to pick technological winner*s». Nel contesto eurounitario il principio di neutralità tecnologica si ritrova in molteplici regolamenti, direttive e decisioni tra cui: l'articolo 6 del Regolamento (Ue) n. 283/2014 Orientamenti per le reti transeuropee nel settore dell'infrastruttura di telecomunicazioni (oggi abrogato), il considerando 2 Regolamento (Ue) 2015/2120 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 25 novembre 2015 che stabilisce misure riguardanti l'accesso a un'Internet aperta e che modifica la direttiva 2002/22/Ce relativa al servizio universale e ai diritti degli utenti in materia di reti e di servizi di comunicazione elettronica e il regolamento (Ue) n. 531/2012 relativo al roaming sulle reti pubbliche di comunicazioni mobili all'interno dell'Unione (di cui si dirà più diffusamente nel prossimo capitolo) nonché ai considerando 2 e 19 del Regolamento (Ue) 2021/1153 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 7 luglio 2021 che istituisce il meccanismo per collegare l'Europa e abroga i regolamenti (Ue) n. 1316/2013 e (Ue) n. 283/2014 viene definito come: «la libertà delle persone e delle organizzazioni di scegliere la tecnologia più adeguata ai loro bisogni. I prodotti, servizi o quadri normativi che tengono conto del principio della neutralità tecnologica non impongono né introducono discriminazioni a favore dell'impiego di un tipo particolare di tecnologia»; tale definizione è disponibile su: https://eur-lex.europa.eu/IT/legal-content/summary/supporting-telecommunications-networks-and-digital-service-infrastructures-across-europe.html.

[45] Il principio di neutralità della rete, comunemente noto come "*net neutrality*", è un concetto fondamentale nella governance di Internet che postula l'uguaglianza di trattamento di tutti i dati trasmessi su reti di telecomunicazione. Secondo questo principio, gli *Internet Service Providers* (Isp) e i governi dovrebbero trattare tutte le comunicazioni su Internet allo stesso modo, senza discriminare o caricare diversamente a seconda dell'utente, del contenuto, del sito web, della piattaforma, dell'applicazione, del tipo di attrezzatura connessa o del metodo di comunicazione. La neutralità della rete si basa sulla premessa che l'accesso alle informazioni e ai servizi su Internet dovrebbe essere offerto senza interferenze ingiustificate o discriminazioni da parte degli ISP. Questo concetto è radicato nella filosofia secondo cui Internet dovrebbe essere una piattaforma aperta e decentralizzata, dove la libertà di espressione e l'innovazione possano prosperare senza barriere artificiali imposte dai gestori delle reti. Dal punto di vista tecnico, la neutralità della

2015/2120 riconosce agli utenti finali un diritto pieno e generalizzato di accesso a contenuti e informazioni, nonché la libertà di diffonderli, utilizzare e offrire applicazioni e servizi, e di impiegare dispositivi terminali a propria scelta. Tale diritto deve essere garantito indipendentemente dalla localizzazione geografica dell'utente, del fornitore, o della provenienza e destinazione dei contenuti, delle applicazioni o dei servizi, assicurando così un accesso aperto e non discriminatorio alla rete Internet.[46]. Si tratta di un

rete implica l'assenza di "corsie preferenziali" nel trattamento del traffico di dati. Ciò significa che un Isp non dovrebbe avere la capacità di velocizzare o rallentare il traffico da specifici siti web o servizi online, né dovrebbe poter bloccare l'accesso a specifici contenuti online, a meno che non sia per rispettare le leggi o per motivi di sicurezza della rete. In pratica, ciò è spesso realizzato attraverso politiche e tecnologie che non distinguono tra tipi di dati, origine o destinazione, trattando tutti i pacchetti di dati in modo uniforme. Giuridicamente, la neutralità della rete è stata oggetto di numerosi dibattiti e legislazioni, con vari gradi di protezione a seconda del contesto nazionale o regionale. Negli Stati Uniti, per esempio, la Federal Communications Commission (Fcc) ha avuto un ruolo centrale nel definire e difendere i principi di neutralità attraverso varie decisioni regolamentari, anche se la loro posizione ha subito cambiamenti significativi nel corso degli anni a seconda dell'amministrazione al potere. Nell'Ue, a margine della citata Direttiva 2009/140/Ce è contenuta la Dichiarazione della Commissione sulla Neutralità della Rete ai sensi della quale: «La Commissione ritiene che sia della massima importanza conservare l'apertura e la neutralità di Internet, tenendo pienamente conto della volontà dei colegislatori di dichiarare la neutralità della rete come obiettivo politico e principio della regolamentazione che dovrà essere promosso dalle autorità nazionali di regolamentazione, rafforzare i correlati requisiti di trasparenza e conferire strumenti di salvaguardia alle autorità nazionali di regolamentazione per prevenire il degrado dei servizi e intralci o rallentamenti del traffico sulle reti pubbliche. La Commissione sorveglierà da vicino l'attuazione di queste disposizioni negli Stati membri, riservando una particolare attenzione al modo in cui sono tutelate le libertà dei cittadini europei sulla rete nella propria relazione sullo stato di attuazione al Parlamento europeo e al Consiglio. Nel frattempo, la Commissione sorveglierà l'impatto degli sviluppi tecnologici e del mercato sulle libertà della rete e riferirà al Parlamento europeo e al Consiglio, entro la fine del 2010, sulla necessità di adottare orientamenti supplementari; farà inoltre ricorso alle proprie competenze nell'ambito della vigente normativa in materia di concorrenza per far fronte alle pratiche anticoncorrenziali che possano insorgere»; attenzione al principio della neutralità della rete è conferita altresì nella Codice europeo delle comunicazioni elettroniche, di cui si dirà *infra*; efficaci ricognizione definitorie del principio di neutralità della rete sono fornite *ex multis* da A. Ananasso – F. Ananasso, *La neutralità della Rete: problematiche e aspetti regolamentari*, in M.R. Allegri, G. D'Ippolito (a cura di), *Accesso a Internet e neutralità della rete fra principi costituzionali e regole europee* , cit., p. 114 ss.; nonché da P. Mascaro*, La neutralità della rete in internet e nel servizio pubblico di radiotelevisione*, in *Luiss Law Review*, 2023, p. 83 ss.; A.M. Gambino - R. Giarda, *op. cit.*, p. 112 ss..

[46] Sul Regolamento v. H. Mildebrath, *Internet access as a fundamental right. Expolring aspects of Connectivity, Study, European Parliamentary Research Service*, 2021, disponibile sul sito

intervento normativo posto a tutela dei diritti e delle libertà dei cittadini/utenti all'interno della Rete, imperniato attorno ai suindicati principi di neutralità tecnologica e neutralità della rete, ma che, dunque, si focalizza su profili che ineriscono il *modus* dell'utilizzo di internet e non l'accesso in quanto tale, cui è precipuamente dedicata la presente disamina. La cornice normativa eurounitaria in materia di diritto di accesso alla rete internet, come testé descritta, è mutata profondamente con l'adozione della Direttiva (Ue) 2018/1972 che istituisce il Codice europeo delle comunicazioni elettroniche[47] (di seguito il Cece) e abroga le Direttive c.d. Accesso, Autorizzazioni e Servizio Universale del 2002. Segnatamente, il Cece all'art. 84 co. I ha previsto l'obbligo per gli Stati Membri di adottare misure adeguate «affinché tutti i consumatori nei loro territori abbiano accesso a un prezzo abbordabile, tenuto conto delle specifiche circostanze nazionali, a un adeguato servizio di accesso a internet a banda larga e a servizi di comunicazione vocale, che siano disponibili, al livello qualitativo specificato nei loro territori, ivi inclusa la connessione sottostante in postazione fissa». Specifica poi il co. III del medesimo articolo che: «Ciascuno Stato membro definisce, alla luce delle circostanze nazionali e della larghezza minima di banda di cui dispone la maggioranza dei consumatori nel territorio di tale Stato membro, e tenendo conto della relazione del Berec sulle migliori prassi, il servizio di accesso adeguato a internet a banda larga ai fini del paragrafo 1 al fine di garantire la larghezza di banda necessaria per la partecipazione sociale ed economica alla società. Il servizio di accesso adeguato a internet a banda larga è in grado di fornire la larghezza di banda necessaria per supportare almeno l'insieme minimo di servizi di cui all'allegato V». Alla luce di tale previsione e in base all'allegato V del Cece deve essere garantito l'accesso: ai servizi di e-mail e motori di ricerca che consentano il reperimento di ogni tipo di informazioni; agli strumenti basilari online di istruzione e formazione; a stampa o notizie online; ad ordini o acquisti online di beni o servizi; alla ricerca di lavoro e strumenti per la ricerca di lavoro; alle reti professionali; ai servizi bancari

https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2021/696170/EPRS_STU(2021)696170_EN.pdf, p. 40 ss..

[47] Il testo della Direttiva (Ue) 2018/1972 del Parlamento Europeo e del Consiglio dell'11 dicembre 2018 che istituisce il Codice europeo delle comunicazioni elettroniche è disponibile nella traduzione ufficiale in italiano sul sito https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32018L1972.

online; all'utilizzo dell'amministrazione digitale; ai media sociali e alla messaggeria istantanea; alle chiamate e videochiamate in qualità standard[48].

Ai sensi dell'art. 85 del Cece gli Stati Membri sono altresì chiamati a adottare misure per garantire, ai consumatori con redditi modesti o con particolari esigenze, l'accesso a internet a banda larga a prezzi abbordabili. Inoltre, l'art. 90 del Cece prevede l'applicazione di misure di finanziamento per gli operatori che ai fini della prestazione del servizio di rete sono costretti a sopportare un onere eccessivo per la prestazione del servizio.

Mentre l'articolo 84 del Codice Europeo delle Comunicazioni Elettroniche (Cece) impone agli Stati membri l'obbligo di garantire un accesso universale a Internet, l'articolo 100 si concentra sulla tutela dei diritti fondamentali nel contesto dell'accesso e dell'utilizzo delle reti e dei servizi di comunicazione elettronica. In particolare, esso stabilisce che ogni misura adottata a livello nazionale che incida sull'accesso degli utenti finali a servizi o applicazioni digitali – o sul loro utilizzo – deve conformarsi alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e ai principi generali del diritto dell'Unione. Eventuali restrizioni a tali diritti possono essere introdotte solo se previste dalla legge, nel rispetto dei principi di necessità, proporzionalità e adeguatezza rispetto a obiettivi di interesse generale o alla tutela dei diritti altrui. Tali misure devono inoltre garantire il diritto a un ricorso effettivo, il rispetto della presunzione di innocenza, la tutela della vita privata e lo svolgimento di un procedimento equo e imparziale, comprensivo del diritto di essere ascoltati, salvo i casi di urgenza debitamente motivata e compatibili con la Carta.

Si tratta, dunque, di una previsione che mira a regolare le misure nazionali sull'accesso o sull'uso dei servizi internet che limitano l'esercizio

[48] Come rilevato da H. Mildebrath, *op. cit.*, p. 39: «*While the preceding USD required Member States to ensure functional internet access for users at a fixed location, the recast provisions in Article 84 of the 2018 EECC require Member States to 'ensure that all consumers [...] have access to an affordable [...] adequate broadband internet access service [...] at the quality specified in their territories [...] at a fixed location'. In the impact assessment accompanying the EECC proposal, the Commission held that such a universal service obligation 'would allow for an improved access to essential e-services (eGovernment, VoIP, ebanking etc.) and would enhance citizens' social participation and their exercise of fundamental rights, for instance right to information, right to conduct business and right to education. For vulnerable groups of consumers (those on low incomes, elderly, those that are less mobile or less able to leave home due to carer responsibilities), affordable broadband is likely to reduce social isolation, improve sense of community and promote social inclusion'. In its staff working document accompanying the European Pillar of Social Rights, the European Commission went a step further and linked the universal service obligation to the CFR, namely Article 36 of the CFR (Access to services of general economic interest). Ultimately, Article 84 of the EECC might be read as implementing a fundamental right to internet access*».

delle libertà riconosciute dalla Carta dei diritti fondamentali dell'UE[49]. Inoltre, così come la normativa abrogata, anche il Cece traccia in maniera chiara – segnatamente ai considerando 212[50] e 213[51] – il nesso tra la disponibilità di una connessione a banda larga a prezzi accessibili e la piena partecipazione dei cittadini alla vita sociale ed economica, ammettendo al

[49] Sulla genesi di tale norma per tutti si v. H. Mildebrath, *op. cit.*, p. 38: «*In the context of the 2009 Telecoms Package,240 the European Parliament adopted amendment 138, which sought safeguards against national measures aimed at unduly restricting users' internet access. The amendment was adopted by Parliament in response to the French HADOPI law proposal, which enabled the national administrative body 'Hadopi' to take measures against internet subscribers infringing on intellectual property rights, pursuant to a three strike approach, but without prior judicial ruling. Amendment 138 aimed to make prior judicial ruling mandatory and was intensely debated for almost two years. Catchphrases like the 'right to internet access' and 'internet freedom provision' polarised the debate. In the European Parliament debates, frequent references were made to fundamental rights, especially to the right of freedom of expression, the right to privacy and the right to judicial review. Some advocated – a seemingly standalone – right to freedom of access to the internet. Finally, Article 1(3a.) of the amended Framework Directive was adopted, subjecting national measures regarding the end users' internet access to strict requirements, however not necessarily a prior judicial ruling. The co-legislators maintained this provision in Article 100 of the 2018 recast (EECC). Article 100 of the EECC may be read as a sub-constitutional codification of a (defensive) right to internet access*».

[50] «Il servizio universale è una rete di sicurezza per garantire almeno la disponibilità di un insieme minimo di servizi per tutti gli utenti finali e a prezzo abbordabile per i consumatori, dove il rischio di esclusione sociale derivante dalla mancanza di tale accesso impedisce ai cittadini di partecipare pienamente alla vita sociale ed economica».

[51] «L'accesso di base a internet a banda larga è quasi universalmente disponibile in tutta l'Unione e ampiamente utilizzato per una vasta gamma di attività. Tuttavia, il tasso di utilizzo complessivo è inferiore rispetto alla disponibilità perché alcune persone non sono ancora connesse, per motivi relativi alla sensibilizzazione, al costo, alle competenze e per motivi di scelta. Un accesso adeguato e a prezzi accessibili a internet a banda larga è ormai di fondamentale importanza per la società e per l'economia in generale. È la base della partecipazione all'economia e alla società digitali attraverso i servizi essenziali forniti online da internet».

considerando 219[52] l'erogazione di contributi economici a sostegno della domanda di connettività per gli utenti vulnerabili[53].

Le previsioni del Cece rappresentano il punto di approdo di un percorso, volto a riconoscere in maniera sempre più marcata il diritto di accesso ad internet. Specie l'art. 84, facendo rientrare nella nozione di servizio universale - ossia nell'insieme minimo di servizi di qualità determinata accessibili a tutti gli utenti a prescindere dalla loro ubicazione geografica- il diritto di accesso a internet a banda larga nonché quello di usufruire, in maniera indiscriminata, di tutti i servizi disponibili online mediante apparecchiature e applicativi di propria scelta, pone l'obbligo per le istituzioni pubbliche degli Stati membri di garantire a tutti, a un prezzo abbordabile, il nucleo di servizi e prestazioni che garantiscano l'accesso a tutti i servizi di cui all'allegato V del Codice. Tale previsione pone, dunque, in capo agli Stati Membri[54] l'obbligo di realizzare il diritto di accesso ad

[52] «Per prezzo abbordabile si intende un prezzo definito a livello nazionale dagli Stati membri in base alle specifiche circostanze nazionali. Se gli Stati membri stabiliscono che i prezzi al dettaglio per i servizi di accesso adeguato a internet a banda larga e di comunicazione vocale non sono economicamente accessibili ai consumatori a basso reddito o con esigenze sociali particolari, tra cui gli anziani, gli utenti finali con disabilità e i consumatori che vivono in zone rurali o geograficamente isolate, essi dovrebbero adottare misure appropriate. A tal fine, gli Stati membri potrebbero offrire a tali consumatori un sostegno diretto a fini di comunicazione, che potrebbe rientrare nelle indennità sociali o buoni o pagamenti diretti destinati a tali consumatori. Ciò può rappresentare un'alternativa appropriata che tiene conto dell'esigenza di limitare al minimo le distorsioni del mercato. In alternativa o in aggiunta, gli Stati membri potrebbero imporre ai fornitori di tali servizi di offrire opzioni o formule tariffarie di base a tali consumatori».

[53]Sul punto v. da H. Mildebrath, *op. cit.*, *passim*; P. Otranto, *op. cit.*, p. 81 ss.; v. altresì G. d'Ippolito, *La tutela dell'effettività dell'accesso ad Interent e della neutralità della rete*, in *Rivista italiana di Informatica e Diritto*, 2021, p. 38.

[54] In Italia, il 24 dicembre 2021 è entrato in vigore il decreto legislativo n. 207 dell'8 novembre 2021, con il quale è stata recepita nell'ordinamento italiano la Direttiva (Ue) n. 2018/1972 recante il Cece. La norma di cui all'articolo 94 del d.lgs. 207/2021 sancisce il diritto dei consumatori di accedere a un servizio di accesso a Internet a banda larga a un prezzo accessibile su tutto il territorio nazionale. Questo diritto deve essere garantito anche in assenza di normali condizioni commerciali, assicurando che nessun cittadino venga escluso dall'accesso a Internet per motivi economici. La normativa prevede che almeno un operatore offra questo servizio, assicurando che le condizioni economiche non diventino un ostacolo insormontabile per l'accesso alle informazioni e ai servizi digitali. Si tratta, evidentemente, della norma volta a recepire il disposto dell'art. 84 Cece. Gli articoli 95 e 96 del d.lgs. 207/2021 attribuiscono all'Agcom il compito di garantire l'accessibilità economica e territoriale ai servizi di comunicazione elettronica, in particolare alla banda larga. L'Autorità può adottare misure per assicurare tariffe sostenibili a utenti vulnerabili, imporre obblighi di servizio universale in assenza di condizioni di mercato favorevoli e garantire

internet, nel rispetto dei principi di neutralità tecnologica e di neutralità della rete, a prescindere da ogni valutazione di opportunità economica e di bilancio[55].

4.1. *"L'assenza" del diritto di accesso ad internet (sub-specie diritto alla connessione) nella giurisprudenza della Corte di Giustizia Europea e della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo*

Nonostante il quadro normativo delineato, la Corte di giustizia dell'Unione europea (CGUE) non si è finora pronunciata in modo espresso sulla sussistenza di un vero e proprio diritto soggettivo alla connettività, azionabile in giudizio dai cittadini al fine di obbligare uno Stato membro a garantire l'effettivo accesso alla connessione internet a banda larga. Tuttavia, l'interpretazione dell'art. 84 del Cece sembra lasciare intravedere il possibile riconoscimento di una posizione giuridica soggettiva in tal senso[56].

Allargando l'analisi, ma restando sempre in Europa, si rileva come neanche la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo (Corte EDU) si sia mai pronunciata circa la sussistenza di un diritto soggettivo alla connessione[57]. Piuttosto, entrambe le Corti hanno tutelato il godimento di un "*autonomo*" diritto di accesso ad internet ed ai contenuti online privo da qualsivoglia interferenza, nel rispetto del principio di neutralità della rete, invocando, rispettivamente, per quanto riguarda la CGUE[58], l'art. 11 della Carta dei

l'accesso per le persone con disabilità. L'art. 98-duodecies vieta trattamenti discriminatori nell'accesso ai servizi digitali, mentre l'art. 98-terdecies impone che ogni limitazione ai diritti digitali sia legale, proporzionata e conforme alla Carta dei diritti fondamentali dell'Ue.

[55] In questo senso v. di M. R. Allegri, *Il diritto di accesso ad internet: profili costituzionali*, cit., p. 75, nonché G. D'Ippolito, *La tutela dell'effettività dell'accesso ad Internet e della neutralità della rete*, cit., p. 38 ss.; P. Otranto, *op. cit.*, p. 84.

[56] In questo senso v. anche: H. Mildebrath, *op. cit.*, p. 50.

[57] Ibidem, p. 7.

[58] Il riferimento è in primo luogo, tra gli altri, ai casi Corte giust., 24 novembre 2011, C-70/10, *Scarlet Extended SA c. Société belge des auteurs, compositeurs et éditeurs (SABAM)*; Corte giust., 16 febbraio 2012, C-360/10, *Belgische Vereniging van Auteurs, Componisten en Uitgevers (SABAM) c. Netlog NV*. In sintesi, tali due sentenze hanno stabilito dei principi riguardanti la sorveglianza e il filtraggio delle informazioni su Internet da parte degli ISP Nella prima, la CGUE ha stabilito che le direttive 2000/31, 2001/29, 2004/48, 95/46 e 2002/58, interpretate congiuntamente alla luce dei diritti fondamentali, vietavano un'ingiunzione che obbligasse un ISP a predisporre un sistema di filtraggio preventivo di tutte le comunicazioni elettroniche a proprie spese e senza limiti di tempo. La Corte ha sottolineato che tale obbligo avrebbe imposto una sorveglianza generalizzata vietata e non avrebbe rispettato il giusto equilibrio tra la tutela dei diritti di proprietà intellettuale e la libertà di impresa, oltre

a ledere i diritti fondamentali degli utenti, come il diritto alla privacy e la libertà di informazione. Analogamente, nella seconda, la CGUE ribadiva che le direttive 2000/31, 2001/29 e 2004/48, interpretate alla luce delle esigenze di tutela dei diritti fondamentali, impedivano che un giudice nazionale potesse obbligare un prestatore di servizi di hosting a predisporre un sistema di filtraggio delle informazioni memorizzate sui suoi server dagli utenti; per un'approfondita analisi di tale filone giurisprudenziale si v. W. Benedek - M. Ketterman, *Freedom of Expression and the Internet*, Counucil of Europe Publishing, 2013, p. 76 ss.; L. Jamsontaite - P. De Hart, *Access to Internet in the EU*, in *Brussels Privacy Hub Working Paper,* 2020, p. 13 ss.. Di rilievo, appaiono altresì alcuni casi più recenti aventi precipuamente ad oggetto l'art. 3 del Regolamento (Ue) 2015/2120. Segnatamente, nella sentenza Corte giust., 15 settembre 2020, cause riunite C-807/18 e C-39/19, *Telenor Magyarország Zrt. c. Nemzeti Média- és Hírközlési Hatóság Elnöke* la Corte ha stabilito che l'articolo 3 del regolamento (Ue) 2015/2120 vieta i pacchetti di accesso a Internet con "tariffa zero". Questi pacchetti, che permettono l'uso illimitato di determinati servizi senza che il consumo di dati sia detratto dal piano tariffario di base, limitano l'esercizio dei diritti degli utenti finali di accedere a informazioni, contenuti, applicazioni e servizi di loro scelta, violando il principio di un internet aperto. Inoltre, le misure di blocco o rallentamento del traffico basate su considerazioni commerciali non rispettano l'obbligo di trattamento equo e non discriminatorio del traffico internet. In una decisione correlata del 2 settembre 2021, Corte giust., 2 settembre 2021, cause riunite C-854/19, C-5/20 e C-34/20, *Vodafone GmbH c. Bundesrepublik Deutschland* la CGUE ha chiarito che una limitazione della condivisione della connessione, conseguente all'attivazione di un'opzione tariffaria "a tariffa zero", è incompatibile con l'articolo 3 del regolamento (UE) 2015/2120. La limitazione della condivisione della connessione (tethering) basata su considerazioni di ordine commerciale e non su requisiti tecnici obiettivi viola il principio di neutralità della rete. Sempre la medesima sentenza vieta le opzioni tariffarie "a tariffa zero" che limitano la larghezza di banda per lo streaming video. Tali pratiche commerciali, che permettono di non detrarre il volume di dati per specifiche applicazioni dai piani tariffari di base, discriminano il traffico Internet e violano il principio di neutralità della rete. La Corte ha sottolineato che le misure di gestione del traffico devono essere trasparenti, non discriminatorie e proporzionate, basandosi su requisiti tecnici obiettivi e non su considerazioni commerciali. La limitazione della larghezza di banda per lo streaming video, derivante dall'attivazione di un'opzione tariffaria "a tariffa zero", è stata considerata incompatibile con l'obbligo di trattamento equo del traffico stabilito dal paragrafo 3 dell'articolo 3 del regolamento. La sentenza ha quindi ribadito l'importanza della neutralità della rete, vietando accordi e pratiche che limitano l'accesso equo e non discriminatorio ai servizi di comunicazione elettronica, garantendo così i diritti degli utenti finali di accedere e diffondere informazioni liberamente su Internet; per un'analisi di tale filone giurisprudenziale si v. M. Rojszczak, *European Union and the Right to Open Internet: To Boldly go where no One has Gone before*, in *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, 2022, p. 306 ss.; A. Gambino - R. Giarda, *op. cit.*, p. 115 ss.

Diritti Fondamentali dell'Unione Europea[59] e l'art. 3 del Regolamento 2015/2120; per quanto riguarda la Corte EDU[60], l'art. 10 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo[61].

[59] «Ogni individuo ha diritto alla libertà di espressione. Tale diritto include la libertà d'opinione e la libertà di ricevere o di comunicare informazioni o idee senza che vi possa essere ingerenza da parte delle autorità pubbliche e senza limiti di frontiera».

[60] Il riferimento è, tra le altre a Corte EDU, 18 dicembre 2012, ric. 3111/10, *Ahmet Yıldırım c. Turchia*, che ha stabilito che il blocco dell'accesso al sito web del ricorrente, ordinato dalle autorità turche, violava l'articolo 10 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo. La misura era stata adottata nel contesto di un procedimento penale avviato contro un sito terzo per contenuti ritenuti offensivi alla memoria di Atatürk, ma aveva portato al blocco dell'intero dominio *Google Sites*, compromettendo anche l'accesso a siti web non implicati nel reato, tra cui quello del ricorrente. La Corte rilevava che il blocco indiscriminato del dominio costituiva una restrizione sproporzionata alla libertà di espressione, non giustificata dalla necessità di prevenire la diffusione di contenuti illeciti. La normativa turca (Legge n. 5651) non prevedeva garanzie sufficienti contro l'arbitrarietà, né imponeva un'adeguata valutazione della proporzionalità delle misure adottate. La Corte sottolineava dunque che il blocco avrebbe dovuto limitarsi al sito specifico incriminato, evitando di colpire indiscriminatamente altri siti. La Corte ha quindi concluso che l'interferenza con il diritto del ricorrente non soddisfaceva il requisito della "previsione di legge" in termini di accessibilità e prevedibilità, risultando in violazione dell'articolo 10 della Convenzione, stabilendo che la misura adottata dalle autorità turche non rispettava i criteri di necessità e proporzionalità richiesti per le restrizioni alla libertà di espressione; per un'approfondita disamina del caso si v. G. Gurkkaynak - I. Yilmaz - D. Durlu, *Exploring New Frontiers in the Interface between Free Speech and Access Bans: The European Court of Human Rights' Case of Ahmet Yıldırım v. Turkey*, in *European Journal of Law and Technology*, 2014. Di simile tenore è la decisione Corte EDU, 1° dicembre 2015, ric. 48226/10 e 14027/11, *Cengiz e Altri c. Turchia* che concerneva il blocco totale dell'accesso a YouTube, una piattaforma – come noto – che permette agli utenti di inviare, visualizzare e condividere video. I ricorrenti, utenti attivi del sito, denunciavano una violazione del loro diritto di ricevere e diffondere informazioni e idee. La Corte riconosceva una violazione dell'articolo 10 della Convenzione, osservando che l'intervento derivante dall'applicazione della normativa impugnata non rispettava il criterio di legalità previsto dalla Convenzione e che i ricorrenti non avevano beneficiato di una protezione adeguata. In particolare, la Corte evidenziava che ai ricorrenti, accademici in varie università, era stato precluso l'accesso a YouTube per un periodo prolungato, e che, dato il loro uso attivo della piattaforma e il contesto specifico, fondatamente avevano sostenuto che il provvedimento di blocco aveva leso il loro diritto di ricevere e diffondere informazioni e idee. La Corte ha anche sottolineato che YouTube rappresenta una piattaforma essenziale per la trasmissione di contenuti di particolare rilievo, soprattutto in ambito politico e sociale, e per lo sviluppo del giornalismo partecipativo. È stato inoltre rilevato che la legge non prevedeva la possibilità per i tribunali nazionali di emettere un ordine di blocco indiscriminato dell'accesso a Internet, e specificamente a YouTube, a causa di singoli contenuti; su questo caso v. G. Gosztonyi, *The European Court of Human Rights: internet access as a means of receiving and imparting information and ideas,* in *International Comparative Jurisprudence*, 2020, p. 134 ss.

Si tratta, dunque, di profili che, centrali rispetto alla realizzazione delle garanzie di libertà all'interno della Rete, non afferiscono al diritto di accesso ad internet *sub-specie* diritto alla connessione come indagato nella presente ricerca, ossia come strumento per colmare i *digital divide*.

5. *Prospettive comparate del diritto di accesso ad internet*

Per affrontare in chiave comparata il tema del diritto di accesso a Internet, sono stati selezionati ordinamenti che, pur nella loro eterogeneità,

D'altro canto, sempre Corte EDU, 17 aprile 2017, ric. 21575/08, *Jankovskis c. Lituania* ha accertato la violazione dell'articolo 10 della Convenzione da parte delle autorità lituane per aver negato al ricorrente l'accesso a Internet durante la detenzione. Il ricorrente, desiderando informazioni per l'iscrizione a un programma di istruzione a distanza, si era visto negare l'accesso al sito web del Ministero dell'Istruzione, che conteneva le informazioni necessarie. La Corte ha ritenuto che tale negazione costituisse un'interferenza con il diritto del ricorrente a ricevere informazioni. Sebbene la normativa lituana non prevedesse esplicitamente il divieto di accesso a Internet per i detenuti, diverse disposizioni vietavano l'uso di dispositivi di comunicazione come telefoni e radio, implicando un divieto anche per internet. L'interferenza era giustificata dalla necessità di prevenire crimini e mantenere l'ordine, ma la Corte ha giudicato che l'assenza di una valutazione adeguata della necessità specifica di accesso per scopi educativi e la mancanza di considerazione per alternative meno restrittive rendevano la misura sproporzionata. La decisione ha sottolineato l'importanza dell'accesso all'istruzione per i detenuti e ha concluso che l'interferenza non era "necessaria in una società democratica", risultando in una violazione dell'articolo 10 della Convenzione; su tale caso si v. A. Peacock, *Human Rights and Digital Divide,* New York, 2020, p. 84 ss., secondo cui da tale sentenza si desumerebbe un'obbligazione negativa per gli Stati firmatari della CEDU di non interferire con le connessione internet. Per una più generale analisi ed elencazione della giurisprudenza della Corte EDU in materia di accesso ad internet e violazione dell'art. si v. Corte EDU, *FactSheet – Access to internet and freedom to receive and import information and ideas*, 2022, disponibile sul sito della Corte EDU https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/FS_Access_Internet_ENG-.

[61] «Ogni persona ha diritto alla libertà d'espressione. Tale diritto include la libertà d'opinione e la libertà di ricevere o di comunicare informazioni o idee senza che vi possa essere ingerenza da parte delle autorità pubbliche e senza limiti di frontiera. Il presente articolo non impedisce agli Stati di sottoporre a un regime di autorizzazione le imprese di radiodiffusione, cinematografiche o televisive. L'esercizio di queste libertà, poiché comporta doveri e responsabilità, può essere sottoposto alle formalità, condizioni, restrizioni o sanzioni che sono previste dalla legge e che costituiscono misure necessarie, in una società democratica, alla sicurezza nazionale, all'integrità territoriale o alla pubblica sicurezza, alla difesa dell'ordine e alla prevenzione dei reati, alla protezione della salute o della morale, alla protezione della reputazione o dei diritti altrui, per impedire la divulgazione di informazioni riservate o per garantire l'autorità e l'imparzialità del potere giudiziario».

offrono contributi significativi allo sviluppo giurisprudenziale e costituzionale della materia. La selezione risponde all'esigenza di ricostruire una sequenza argomentativa fondata su pronunce emblematiche e previsioni costituzionali, rappresentative delle principali traiettorie evolutive. Gli Stati Uniti sono stati inclusi per la portata seminale delle pronunce sul rapporto tra Internet e libertà di espressione. La Francia e il Costa Rica – quest'ultimo in continuità con l'impostazione francese – hanno elaborato una giurisprudenza che valorizza il principio di proporzionalità e il nesso tra accesso alla rete e libertà comunicativa. La Germania è stata considerata per il riconoscimento del danno da interruzione del servizio come lesione di un interesse giuridicamente protetto, mentre l'India così come la Comunità economica degli Stati dell'Africa occidentale (Ecowas) hanno ancorato l'accesso alla rete ai diritti fondamentali all'istruzione e alla privacy. Completano l'analisi la Grecia e il Portogallo, unici ordinamenti europei a riconoscere costituzionalmente il diritto di accesso a Internet, insieme a quattro Stati dell'America Latina – Ecuador, Messico, Venezuela e Perù – anch'essi dotati di previsioni costituzionali esplicite in materia, seppur in contesti caratterizzati da forti disparità territoriali e strutturali.

Ebbene, come anticipato, la prima rilevante pronuncia inerente al diritto di accesso a internet, inteso quale estrinsecazione del diritto alla libertà d'espressione, è stata emessa nel 1996 negli Stati Uniti dalla Corte Federale del distretto della Pennsylvania[62] a cui ha fatto seguito una pronuncia della Corte Suprema del 1997: si tratta del caso *Reno v. American Civil Liberties Union*[63]. In sintesi, veniva impugnato il *Communications Decency*

[62] La sentenza della Corte Federale della Pennysilvania la si può leggere all'indirizzo Web: http://eff.org/pub/Censorship/Internet_censorship_bills/HTML/960612_aclu_v_reno_decision.html; la traduzione in italiano è disponibile in *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, Fasc.4/5 -1996, p. 604 ss. con nota di V. Zeno Zencovich, M*anifestazione del pensiero, libertà di comunicazione e la sentenza sul caso "Internet"*.

[63] La sentenza della Corte Suprema U.S. è disponibile sul sito: https://supreme.justia.com/cases/federal/us/521/844/case.pdf; la traduzione in italiano è disponibile in *Foro Italiano*,1998, p. 23 ss. (con nota di A. Cucinotta). Sul tale sentenza si v. su tale sentenza si v. C. Nesson - D. Marglin, *The Day The Inetrnet Met The First Amendment: Time And The Communications Decency Act,* in *Harvard Journal of Law & Technology*, 1996, p. 113 ss.; R.H. Barrage, *Reno v. American Civil Liberties Union: First Amendment Free Speech Guarantee Extended to the Internet*, in *Mercer Law Review*, 1998, p. 625 ss; R. Jakubcin, *Reno v. ACLU: Establishing a First Amendment Level of Protection for the Internet*, *in University of Florida Journal of Law & Public Policy,* 1998, p. 287 ss; J. M. Beahn, *Reno v. ACLU: The Communications Decency Act Hits a Red Light on the Information Superhighway,* in *Catholic. University Law Review*, 1998, p. 333 ss.; *Reno* v *American Civil Liberties Union*, 521 U.S. 844 (1997), commentata da S.C.

Act (nello specifico Titolo V del *Telecommunications Act* ossia la legge di riforma delle telecomunicazioni approvata dal Congresso nel 1996), che regolamentava i contenuti indecenti su Internet; la Corte distrettuale della Pennsylavania dichiarava tale *Act* incostituzionale poiché in contrasto con il Primo Emendamento della Costituzione degli Stati Uniti[64]. La Corte Suprema, successivamente chiamata a pronunciarsi sulla questione, il 26 giugno 1997 confermava la decisione della Corte Distrettuale. Segnatamente, con una lunga pronuncia ricca di riferimenti a casi precedenti, la Corte Suprema statuiva l'incostituzionalità della legge, sottolineando come essa fosse in contrasto con il Primo Emendamento, piuttosto che con il quattordicesimo[65] che tutela la segretezza e la riservatezza delle comunicazioni.

La sentenza si conclude affermando che la straordinaria espansione di Internet è un dato documentato e riconosciuto e che, in base alla tradizione costituzionale statunitense, si presume – salvo prova contraria – che ogni intervento statale volto a regolare i contenuti del discorso rischi di ostacolare, piuttosto che favorire, il libero scambio di idee. In un ordinamento democratico, la tutela della libertà di espressione rappresenta un valore prioritario, destinato a prevalere su eventuali vantaggi della censura, laddove questi restino meramente teorici e privi di fondamento probatorio. Tale seminale pronuncia esamina – per prima – il fenomeno di Internet in relazione alle libertà ad esso collegate come una problematica costituzionale, evidenziandone sia i limiti che le potenzialità in termini di accrescimento dei diritti. A tal fine la Corte, tramite una *reinterpretazione aggiornata* del Primo Emendamento alla luce delle trasformazioni tecnologiche intervenute nel corso del ventesimo secolo, ha estrapolato

Jacques, *Reno v. ACLU: Insulating the Internet, the First Amendment, and the Marketplace of Ideas*, in *American University Law Review*, 1997, p. 1945 ss.; D.K. Djavaherian, *Reno v. ACLU*, in *Berkeley Technology Law Journal*, 1998, p. 371 ss; T.E. Frosini, *Access to internet as a Fundamental Right*, in *Italian Journal of Public Law*, 2013, p. 226 ss.

[64] Il Primo Emendamento della Costituzione degli Stati Uniti recita: «Il Congresso non potrà emanare leggi per il riconoscimento di una religione o per proibirne il libero culto, o per limitare la libertà di parola o di stampa o il diritto dei cittadini di riunirsi in forma pacifica e d'inviare petizioni al governo per la riparazione dei torti subiti».

[65] La sezione 1 del Quattordicesimo Emendamento della Costituzione degli Stati Uniti recita: «Tutte le persone nate o naturalizzate negli Stati Uniti e sottoposte alla relativa giurisdizione sono cittadine degli Stati Uniti e dello Stato in cui risiedono. Nessuno Stato produrrà o applicherà una qualsiasi legge che limiti i privilegi o le immunità dei cittadini degli Stati Uniti; né potrà alcuno Stato privare qualsiasi persona della vita, della libertà o della proprietà senza un processo nelle dovute forme di legge; né negare a qualsiasi persona sotto la sua giurisdizione l'eguale protezione delle leggi».

nuove forme di tutela e garanzia per la libera espressione del pensiero in rete. La Corte ha così riconosciuto nel Primo Emendamento la fonte non solo per la protezione del tradizionale diritto alla libertà di pensiero, ma anche della libertà di parola *elettronica*, della libertà di stampa *elettronica* e della libertà di riunione *elettronica*[66].

L'idea che internet sia principalmente un mezzo di comunicazione e, di conseguenza, uno strumento sempre più insostituibile per l'esercizio della libertà di espressione è stata ribadita negli Stati Uniti con la più recente sentenza della Corte Suprema pronunciata venti anni dopo rispetto al *Reno v. American Civil Liberties Union*, ossia il 19 giugno 2017 in occasione del caso *Packingham v. North Carolina*[67]. Questo caso riguardava una legge della Carolina del Nord che qualificava come reato l'accesso da parte di un soggetto già incriminato per reati sessuali a un «*commercial social networking Web site*», qualora il soggetto fosse stato a conoscenza che nel sito fosse concesso ai minori di divenire membri della *community* o di creare o mantenere pagine personali. Nel censurare la normativa in oggetto, ritenuta lesiva del Primo Emendamento, la Corte – sin dall'*incipit* della motivazione – ha ribadito che un principio fondamentale di tale disposizione costituzionale consiste nel garantire a ogni individuo l'accesso a spazi in cui esercitare la libertà di parola e di ascolto, con la possibilità di riflettere ed esprimersi nuovamente. In coerenza con tale impostazione, la Corte ha rilevato come il divieto imposto dallo Stato della Carolina del Nord – volto a impedire ai condannati per reati sessuali l'utilizzo di determinati siti web – finisse per escludere in modo indiscriminato l'accesso a piattaforme che, per molti cittadini, rappresentano le principali fonti di informazione, strumenti per la ricerca occupazionale, spazi di partecipazione al dibattito pubblico e canali di accesso alla conoscenza. La Corte ha infine richiamato un principio consolidato: lo Stato, in linea generale, non può comprimere l'espressione lecita come mezzo indiretto per reprimere quella illecita[68]. Una volta ancora,

[66] In questo senso T. E. Frosini, *Il Diritto Costituzionale di Accesso ad Internet*, cit. p. 11 ss.; sul punto, oltre alle opere citate *supra*, v. G. Ziccardi, *La libertà di espressione in Internet al vaglio della Corte Suprema degli Stati Uniti*, in *Quaderni costituzionali*, 1998, p. 123 ss.; A. Cerri, *Telecomunicazioni e diritti fondamentali* e P. Costanzo, *Aspetti evolutivi del regime giuridico di Internet*, entrambi in *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, 1996, p. 785 ss.; T.E. Frosini, *Tecnologie e libertà costituzionali*, in *Il diritto dell'informazione e dell'informatica,* 2000, p. 487 ss.; Id., *L'ordine giuridico del digitale,* cit., p. 41 ss.

[67] La sentenza della Corte Suprema degli Stati Uniti è consultabile sul sito https://www.supremecourt.gov/opinions/16pdf/15-1194_08l1.pdf.

[68] Su tale pronuncia e sul legame con il caso *Reno v. American Civil Liberties Union* v. S. Sharoni, *Reno at 20: The Packingham Decision and the Supreme Court on Online Speech*, in *The*

dunque, la Corte Suprema degli Stati Uniti ha enunciato come il divieto di accesso ad internet si configuri come una limitazione incostituzionale dei diritti garantiti dal Primo Emendamento.

D'altro canto, in Francia, il primo gennaio 2010, dopo un percorso durato quasi due anni, entrava in vigore la legge francese «*Création et Internet*», comunemente chiamata legge Hadopi, acronimo di *Haute Autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur Internet*, l'ente preposto al controllo di condotte degli utenti di Internet che violano il diritto d'autore. La versione definitiva della legge (*Loi n. 2009-1311, del 28 ottobre 2009 - Hadopi II*) è il risultato di una significativa revisione effettuata dal *Conseil constitutionnel*[69], che ha modificato sostanzialmente alcuni principi fondamentali del primo provvedimento approvato dal Parlamento nazionale (*Loi n. 2009-669*, del 19 giugno 2009 - Hadopi). Il Consiglio ha contestato i poteri sanzionatori inizialmente conferiti all'Hadopi e ha stabilito che la tutela dei diritti di proprietà intellettuale non può giustificare indebite restrizioni della libertà di espressione, considerando Internet uno degli strumenti più efficaci per la sua realizzazione. La sentenza, infatti, riconosce una *sorta* di "diritto fondamentale" all'accesso a Internet[70] in ragione del suo intrinseco collegamento con la libertà di espressione e comunicazione; inoltre, suggerisce che qualsiasi sanzione debba essere preceduta da un controllo giurisdizionale. In particolare, il *Conseil Constitutionnel* ha affermato che lo sviluppo pervasivo dei servizi pubblici di comunicazione online, unitamente alla loro rilevanza per la partecipazione democratica e per l'espressione delle idee e delle opinioni, implica che le libertà di comunicazione del pensiero e delle opinioni – sancite dalla

National Law Review, 2017, disponibile sul sito https://natlawreview.com/; si v. altresì M. Burnette-McGrath, *Packingham v. North Carolina*, in *Ohio Northern University Law Review*, 2018, p. 117 ss. Più in generale sul tema si v. C. Demaske, *Public Forum Doctrine and the Internet: A Neoliberal Approach to Speech Protection*, in *Democratic Communiqué*, 2017, p. 45 ss.; D. K. Citron - N. Richards, *Four Principles for Digital Expression (You Won't Believe #3!)*, in *Washington University Law Review*, 2018, p. 1353 ss.; F. Mostert, *Free Speech and Internet Regulation*, *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, 2019, p. 607 ss.; A. P. Heldt, *How Social Media Platforms Could Be a New Public Forum*, in *Mitchell Hamline Law Review*, 2020, p. 997 ss.; M. Bassini, *Social networks as new public forums? Enforcing the rule of law in the digital environment,* in *The Italian Review of International and Comparative Law,* 2022, p. 311 ss.

[69] Décision n. 2009-580 DC, del 10 giugno 2009.

[70] In questo senso T. E. Frosini, *Il Diritto Costituzionale di Accesso ad Internet*, cit., p. 12.

Dichiarazione dei Diritti dell'Uomo e del Cittadino del 1789 – comprendano anche un diritto implicito di accesso a tali servizi[71].

I giudici hanno dunque riconosciuto che, dato lo stato dei mezzi di comunicazione e la diffusione dei servizi di comunicazione al pubblico online, nonché la crescente importanza di tali strumenti per la partecipazione alla vita democratica e per l'espressione di idee e opinioni, il diritto alla comunicazione include anche la libertà di accedere a tali servizi. Pertanto, l'accesso alla rete rappresenta una delle manifestazioni di questa fondamentale libertà individuale. Di conseguenza, la parte della legge che prevedeva la disconnessione da internet senza una previa decisione giurisdizionale, ma solo attraverso una decisione avente natura amministrativa, risultava in contrasto con l'art. 11 della Dichiarazione dei Diritti dell'Uomo e del Cittadino del 1789[72]. Ciò poiché, stante il tenore della libertà garantita dall'art. 11, il legislatore non poteva attribuire tali poteri a un'autorità amministrativa - indipendentemente dalle garanzie poste per delimitare l'applicazione delle sanzioni- al fine di proteggere i titolari del diritto d'autore. Nonostante non abbia ritenuto l'accesso a Internet come un diritto fondamentale di per sé, il Consiglio ha sottolineato che la libertà di comunicazione merita una protezione rafforzata, soprattutto nel contesto della comunicazione tramite Internet, poiché riguarda potenzialmente ogni individuo. Il *Conseil Constitutionnel*, dunque, dando seguito alla propria giurisprudenza in materia controllo di proporzionalità, ha stabilito che la libertà di comunicazione, che comprende il diritto di accedere ai servizi di comunicazione al pubblico, riveste un'importanza di particolare rilievo. Di conseguenza, eventuali limitazioni all'accesso a Internet disposte mediante poteri sanzionatori devono essere rigorosamente circoscritte, poiché – secondo l'interpretazione costituzionale francese – tali restrizioni si

[71] In questo senso v. Servizio Biblioteca - Ufficio Legislazione straniera, *I diritti degli utenti di Internet: le esperienze in Europa e in America latina,* disponibile sul sito https://documenti.camera.it/leg17/dossier/Testi/App14074.htm. La sentenza può essere letta in italiano su *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2009, p. 524 ss., con nota di G. Votano, *Internet fra diritto d'autore e libertà di comunicazione*: *il modello francese*, p. 533 ss.; si v. anche P. Passaglia, *L'accesso a internet è un diritto* (*Il Conseil Constitutionnel francese dichiara l'incostituzionalità di parte della c.d. "legge anti file-sharing*"), in *Il Foro Italiano*, 2009, p. 473 ss.; E. Bertolini, *La lotta al file sharing illegale e la "dottrina Sarkozy" nel quadro comparato: quali prospettive per libertà di espressione e privacy nella rete globale?,* in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2010, p. 74 ss.

[72]Ai sensi dell'art.11 della Dichiarazione dei Dritti dell'Uomo e del Cittadino del 1789: «La libera comunicazione dei pensieri e delle opinioni è uno dei diritti più preziosi dell'uomo; ogni cittadino può dunque parlare, scrivere, stampare liberamente, salvo rispondere dell'abuso di questa libertà nei casi determinati dalla legge».

configurano come una compressione della libertà di comunicazione, tutelata dall'articolo 11 della Dichiarazione dei Diritti dell'Uomo e del Cittadino del 1789.Secondo il Consiglio, con una considerazione non dissimile da quella svolta dalla Corte Suprema degli Stati Uniti nel 1997, l'accesso a Internet è divenuto, per milioni di cittadini, parte integrante e condizione essenziale per l'esercizio di numerosi diritti e libertà di valore costituzionale tra cui spicca la libertà di espressione; inibire l'accesso risulterebbe quindi una sanzione sproporzionata, avendo un impatto grave e diretto sull'esercizio di tali diritti. Pertanto, prevedere e imporre la disconnessione da Internet senza la previa autorizzazione dell'autorità giudiziaria confligge con l'art. 11 della Dichiarazione del 1789 e costituisce una violazione sproporzionata della libertà di espressione[73]. Il principio espresso in tale pronuncia in relazione al diritto di accesso ad internet è stato ripreso in plurime pronunce dal medesimo *Conseil constitutionnel* che hanno cristallizzato il legame nell'ordinamento francese tra accesso ad internet e libertà d'espressione[74].

In continuità con la decisione del *Conseil constitutionnel* del 2010, peraltro citandola espressamente nella propria sentenza - in quello che è stato definito *dialogo transnazionale tra le corti*[75]- con la sentenza n. 12.790 del 30 luglio 2010, la *Sala Constitucional* del Costa Rica ha riconosciuto che «nel contesto della società dell'informazione e della conoscenza, grava sui poteri pubblici l'obbligo di promuovere e garantire in modo universale l'accesso alle nuove tecnologie, a beneficio dei cittadini. Il ritardo nell'apertura del mercato delle telecomunicazioni è stato ritenuto lesivo dell'effettivo esercizio di diversi diritti fondamentali, tra cui: la libertà di scelta dei consumatori (art. 46, ult. comma, Cost.), il diritto costituzionale di accesso alle tecnologie dell'informazione, il principio di uguaglianza e l'obbligo di superamento del divario digitale (art. 33 Cost.), nonché il diritto di accedere a internet tramite l'interfaccia liberamente scelta dall'utente e la libertà di iniziativa economica e commerciale»[76]. Ebbene, appare chiaro come, in tale

[73] In questo senso T.E. Frosini, *Il Diritto Costituzionale di Accesso ad Internet*, cit., p. 12 ss.

[74] In questo senso P. Passaglia, *La problematica definizione dell'accesso a Internet e le sue ricadute su esclusioni sociali e potenziali discriminazioni*, in *Rivista di Diritto dei Media*, 2021, p. 3. Nella letteratura francese sul tema si v.: C. Simon, *Les adresses IP sont des données personnelles selon le Conseil constitutionnel*, in *Revue Lamy Droit de l'Immatériel*, 2009, p. 114 ss.; M. Verpeaux, *La liberté de communication avant tout. La censure de la loi Hadopi 1 par le Conseil constitutionnel*, in *Semaine juridique*, 2009, p. 50 ss.; L. Boubekeur, *De la "loi Hadopi" à la "loi Hadopi 2"*, in *Revue Lamy Droit de l'Immatériel*, 2009, p. 109 ss.

[75] In questo senso G. De Vergottini, *Il Dialogo transnazionale fra le Corti*, Napoli, 2010.

[76] Questa la traduzione presente in T.E. Frosini, *Il Diritto Costituzionale di Accesso ad Internet*, cit., p. 39.

passaggio, la *Sala Constitucional* del Costa Rica faccia assurgere a diritto costituzionale il diritto di accesso a Internet in maniera più netta rispetto a quanto statuito dalle citate sentenze della Corte Suprema degli Stati Uniti e del Consiglio Costituzionale francese che, come visto, hanno legato le proprie pronunce più specificatamente alla tutela della libertà di espressione nella rete[77].

D'altro canto, su un differente profilo maggiormente legato al diritto alla connessione, nel 2013 in Germania il *Bundesgerichtshof* ha riconosciuto il diritto del singolo al risarcimento dei danni derivanti dall'interruzione del servizio di connessione a internet causata da un errore della compagnia telefonica. La Corte Suprema Federale ha fondato la propria decisione sulla constatazione che la possibilità di accedere e fruire di Internet rappresenti un vantaggio economico la cui disponibilità continua, anche nel settore privato, è cruciale per la qualità della vita[78].

Più di recente, segnatamente nel settembre 2019, la *High Court* del Kerala in India, in una vicenda relativa all'utilizzo di internet mediante lo smartphone ha definito l'accesso ad internet come un "*fundamental right*", da intendersi come parte integrante sia del diritto all'istruzione, sia del diritto alla *privcay*, entrambi tutelati dalla Costituzione indiana[79]. Sostanzialmente coeva a questa sentenza è la pronuncia resa sempre in India dalla Corte Suprema, il 10 gennaio 2020[80]. La vicenda origina dalla contestazione avverso alcune misure inerenti il rallentamento o l'interruzione della connessione internet, emesse nel contesto dei sommovimenti e disordini popolari verificatisi in occasione della suddivisione in due territori degli Stati Jammu e Kashmir. Tali provvedimenti venivano contestati direttamente

[77] Nello stesso senso v P. Passaglia, *La problematica definizione dell'accesso a Internet e le sue ricadute su esclusioni sociali e potenziali discriminazioni,* cit., p. 10 secondo cui «La Sala Constitucional, anziché concentrare l'attenzione sulla libertà di espressione, per corroborare l'importanza dalla protezione del diritto di accesso, ha dunque enfatizzato il ruolo di Internet come catalizzatore della comunicazione interpersonale e di quella tra il privato e i pubblici poteri, attraverso il superamento di barriere tecniche che gli strumenti previamente esistenti non erano in grado di eliminare». Sul punto si v. altresì: H. Miranda Bonilla, *El derecho de acceso a internet en la jurisprudencia de la sala constitucional de Costa Rica*, in *Revista Jurídica Mario Alario D'Filippo*, 2021, p. 5 ss.: Id*., El Acceso A Internet Como Derecho Fundamental, in Revista Jurídica IUS Doctrina*, 2016, p. 1 ss.

[78] Bundesgerichtshof, decisione 24 gennaio, 2013, III ZR 98/12; su tale pronuncia v. V. P. Passaglia, *La problematica definizione dell'accesso a Internet*, cit., p.13.

[79] Kerala High Court, Faheema Shirin R.K vs State Of Kerala, 19 settembre 2019, W.P(C).No.19716/2019-L. Su tale sentenza si v. J. Preeti, *Faheema Shirin v. State of Kerala: In Light of Right to Internet*, in *ILI Law Review*, 2020, p. 273 ss.

[80] Supreme Court of India, *Anurndha Bhasin v. Union of India*, 10 gennaio 2020, W.P. No.-001031/2019.

dinanzi alla Corte Suprema indiana, la quale si pronunciava a favore dei ricorrenti, ordinando alle autorità competenti di ripristinare la piena funzionalità della rete. La decisione della Corte si basava sul principio in forza del quale la libertà di parola e di espressione, nonché la libertà di praticare qualunque professione o di condurre qualsiasi commercio o attività attraverso internet, gode in India di protezione costituzionale ai sensi dell'art. 19[81]. Questa configurazione richiedeva che le limitazioni all'accesso a internet superassero un test di proporzionalità per essere legittime; test evidentemente non superato nel caso di specie. È d'uopo rilevare che la Corte, pur riconoscendo la rilevanza di internet, non si sia espressa in ordine alla qualifica di internet come diritto fondamentale – a differenza della *High Court* del Kerala - limitandosi a dichiarare che il diritto alla libertà di parola e di espressione e il diritto di condurre qualsiasi commercio o attività utilizzando Internet fossero costituzionalmente protetti[82].

Da ultimo, è stata pronunciata il 25 giugno 2020 una sentenza della Corte di giustizia della Comunità economica degli Stati dell'Africa occidentale (ECOWAS)[83] che ha esaminato la legittimità delle azioni del governo del Togo, il quale, in risposta a una vasta protesta popolare, bloccava in larga scala gli accessi ad internet. I ricorrenti hanno contestato la violazione dell'articolo 9 della Carta africana dei diritti dell'uomo e dei popoli, che garantisce il diritto all'informazione e alla libertà di espressione[84]. La Corte ha accolto il ricorso, chiarendo che, sebbene l'accesso a internet non sia un diritto umano fondamentale *stricto sensu*, esso costituisce un diritto derivato e componente essenziale della libertà di espressione. La Corte ha specificato che internet fornisce una piattaforma cruciale per esercitare tale libertà e, quindi, deve essere protetto come un diritto umano. La Corte ha affermato che l'accesso a internet, essendo strettamente collegato alla libertà

[81] L'art. 19 della Costituzione dedicato alla protezione dei diritti riconnessi alla libertà d'espressione è disponibile nella traduzione ufficiale in inglese presso il sito https://legislative.gov.in/constitution-of-india/.

[82] Sulla sentenza della Corte Suprema indiana si v. R. Juyal, C*onstitutional Liberties and Cyberspace: Analysing the Anuradha Bhasin v Union of India Case and its Impact on Fundamental Rights,* in *Legal Information Management*, 2023, p. 276 ss.; Y. Kumar Verma, *Navigating the digital divide: Analyzing the debate on internet access as a fundamental right*, in *International Journal of Civil Law and Legal Research*, 2024, p. 201 ss..

[83] Corte di Giustizia Ecowas, 25 giugno 2020, Amnesty International Togo vs. The Togolese Republic.

[84] L'articolo 9 della Carta africana dei diritti dell'uomo e dei popoli nella versione ufficiale in inglese recita: «1. *Every individual shall have the right to receive information. 2. Every individual shall have the right to express and disseminate his opinion within the law*»; il testo è disponibile sul sito https://au.int/en/treaties/african-charter-human-and-peoples-rights.

di parola, richiede una protezione legale, e qualsiasi interferenza deve essere giustificata da norme specifiche. Anche la Corte di Giustizia ECOWAS unque, similmente alla Corte Suprema Indiana, ha evidenziato la necessità di trattare l'accesso a internet come un diritto umano derivato, per il quale gli Stati hanno l'obbligo di fornire protezione, similmente alla libertà di espressione, riconoscendo l'importanza di internet nel rafforzare il godimento di tale diritto[85].

È possibile rilevare, quindi, come a partire dalla pronuncia resa nel 1997 negli Stati Uniti, sia emersa una tendenza sostanzialmente globale ed uniforme nel riconoscere lo stretto legame tra il diritto di accesso a internet e le libertà costituzionali inerenti la manifestazioni del diritto di espressione, portando alla definizione di una soglia di tutela minima del diritto di accesso a internet quantomeno come diritto derivato da libertà costituzionalmente garantite in tutti gli ordinamenti considerati, a prescindere da un suo espresso ed autonomo riconoscimento in Costituzione.

6. *Il "Diritto Costituzionale" di accesso a internet …*

Sul tema, per l'appunto, dell'autonomo riconoscimento del diritto di accesso a internet con norme di rango costituzionale, in Europa si rileva il caso della Grecia, la cui Costituzione, a seguito della revisione del 2001, prevede all'art. 5A), comma 2, che: «ciascuno ha il diritto di partecipare alla Società dell'Informazione. La facilitazione dell'accesso alle informazioni trattate in forma elettronica, come anche la produzione, lo scambio e la diffusione di esse, è materia di obblighi per lo Stato, in conformità alle garanzie di cui agli articoli 9, 9A e 19»[86]. Altro caso, unico insieme alla Grecia in Europa, è il Portogallo, ove, ai sensi dell'art. 35, par. 6, della

[85] Si v. sul punto Federalismi.it - Focus Africa rassegne di documentazione, *Internet shutdown': la Corte di giustizia dell'ECOWAS configura l'accesso ad Internet come una componente essenziale della libertà di espressione nel caso Amnesty International Togo e Altri c. Repubblica Togolese*, 2020, disponibile sul sito www.federalismi.it; M. Daka, *Internet access as a derivative component of freedom of expression*, in OxHRH Blog, 2021, disponibile sul sito: https://ohrh.law.ox.ac.uk/internet-access-as-a-derivative-component-of-freedom-of-expression>

[86] Questa la traduzione presente in Servizio Biblioteca - Ufficio Legislazione straniera, *I diritti degli utenti di Internet: le esperienze in Europa e in America latina,* in op. cit. Sul caso greco si v. per tutti: I. Iglezakis, *The development of E-Governance and the issue of digital inclusion in Greece with particular regard to the constitutional right of e-participation*, in *Journal of Information, Law & Technology*, 2008, p. 1 ss.

Costituzione[87], deve essere garantito a tutti l'accesso alle reti telematiche di uso pubblico. La Costituzione portoghese, nello specifico, include il diritto di accesso a Internet in un articolo dedicato alla protezione dei dati personali che circolano online[88].

D'altro canto, tra gli Stati dell'America Latina – tra i più propensi al riconoscimento del diritto di accesso ad internet in costituzione – figura in primo luogo l'art. 16 della costituzione ecuadoregna, adottato nel 2008, il quale riconosce espressamente il diritto di accesso universale alle tecnologie di informazione e di comunicazione in condizioni di uguaglianza, libertà e inclusività[89].

Allo stesso modo, l'art. 6 comma 3 della costituzione messicana, modificato nel 2013, garantisce il diritto di accesso alle tecnologie dell'informazione e della comunicazione, includendo espressamente la banda larga e Internet[90]. A sua volta, l'art. 108 della costituzione venezuelana

[87] Il Par. 6 dell'art. 35 della Costituzione: «*A todos é garantido livre ace sso às redes informáticas de uso público, definindo a lei o regime aplicável aos fluxos de dados transfronteiras e as formas adequadas de protecção de dados pessoais e de outros cuja salvaguarda se justifique por razões de interesse nacional*». Il testo della Costituzione portoghese è disponibile sul sito: https://www.federalismi.it/ApplOpenFilePDF.cfm?artid=5027&dpath=document&dfile=07062006091756.pdf&content=Cost%2E%2BLa%2BCostituzione%2Bportoghese%2B%28PT%29%2B%2D%2Bstati%2Beuropei%2B%2D%2Bdocumentazione%2B%2D%2B.

[88] Sull'articolo 35 della Costituzione Portoghese v. A. S. Pinheiro, *Data protection in the internet: the Portuguese case*, in D. Moura Vicente - S. de Vasconcelos Casimiro (eds.), *Data protection in the internet*, Cham, 2020, p. 271 ss.; P. Ramos Brandão, *The constitutional context of computing in Portugal – Article 35*, in *BIRCI Journal*, 2018, p. 344 ss.

[89] L'art. 16 della Costituzione ecuadoregna prevede che: «*Todas las personas, en forma individual o colectiva, tienen derecho a: 1. Una comunicación libre, intercultural, incluyente, diversa y participativa, en todos los ámbitos de la interacción social, por cualquier medio y forma, en su propia lengua y con sus propios símbolos. 2. El acceso universal a las tecnologías de información y comunicación. 3. La creación de medios de comunicación social, y al acceso en igualdad de condiciones al uso de las frecuencias del espectro radioeléctrico para la gestión de estaciones de radio y televisión públicas, privadas y comunitarias, y a bandas libres para la explotación de redes inalámbricas. 4. El acceso y uso de todas las formas de comunicación visual, auditiva, sensorial y a otras que permitan la inclusión de personas con discapacidad. 5. Integrar los espacios de participación previstos en la Constitución en el campo de la comunicación*». Il testo della Costituzione ecuadoregna è disponibile sul sito https://www.oas.org/juridico/pdfs/mesicic4_ecu_const.pdf. Sul punto si v. per tutti P. A. Sarasti, *Constitutional Rights, Human Rights and Information and Communication Technologies in Ecuador*, in *Migration Letters*, 2023, p. 1150 ss.

[90] Il co.3 dell'art. 6 della Costituzione messicana dispone che: «*El Estado garantizará el derecho de acceso a las tecnologías de la información y comunicación, así como a los servicios de radiodifusión y telecomunicaciones, incluido el de banda ancha e internet. Para tales efectos, el Estado establecerá condiciones de competencia efectiva en la prestación de dichos servicios*». Il testo della

prevede l'obbligo in capo allo Stato di garantire i servizi pubblici di radio, televisione e reti di biblioteche e informatiche al fine di consentire l'accesso universale all'informazione[91]. Da ultimo, l'art. 14 della Costituzione del Perù, così come modificato, dispone che: «[l]o Stato garantisce il diritto di accesso a Internet', specificando che 'negli enti, nelle istituzioni e negli spazi pubblici, l'accesso è gratuito'; si prevede altresì che lo Stato sia chiamato a promuovere 'lo sviluppo scientifico e tecnologico del paese, attraverso la formazione nelle tecnologie dell'informazione e della comunicazione, specialmente nel settore dell'istruzione e nelle zone rurali del paese'»[92].

La collocazione dell'accesso a internet nelle Costituzioni dimostra sostanzialmente due tendenze: in alcune l'accesso ad internet viene collocato come estrinsecazione di rilievo della libertà di espressione e di informazione[93]; in altre[94] si configura l'accesso ad internet come l'espressione di un generale diritto di accesso alle nuove tecnologie di cui viene riconosciuto la rilevanza nel contesto sociale[95].

6.1. ... *non basta per ridurre i digital divide*

Alla luce della disamina svolta appare necessario verificare se, negli ordinamenti ridetti, la costituzionalizzazione del diritto di accesso a internet abbia rappresentato un efficace strumento nel contrasto ai *digital divide*. La

---

Costituzione messicana è disponibile sul sito https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/CPEUM.pdf. Sul riconoscimento del diritto di accesso a internet nella Costituzione messicana si v. per tutti: C. L. Álvarez S. Díez, *El contenido esencial del derecho de acceso a Internet,* in *Revista Mexicana de Derecho Constitucional,* 2025, p. 14 ss..

[91] L'art. 108 della Costituzione venezuelana dispone che: «*Los medios de comunicación social, públicos y privados, deben contribuir a la formación ciudadana. El Estado garantizará servicios públicos de radio, televisión y redes de bibliotecas y de informática, con el fin de permitir el acceso universal a la información. Los centros educativos deben incorporar el conocimiento y aplicación de las nuevas tecnologías, de sus innovaciones, según los requisitos que establezca la ley*». Il testo della Costituzione venezuelana è disponibile presso il sito: https://www.oas.org/dil/esp/constitucion_venezuela.pdf.

[92] La traduzione è di P. Passaglia, *La problematica definizione dell'accesso a Internet*, cit., p.3. Sullo costituzionalizzazione del diritto di accesso a internet in Perù si v. G. Chang Chuyes, *The Internet as Constitutional Right and Public Utility in Peru: A Critical Perspective*, in *Revista digital de derecho administrativo*, 2025, p. 135 ss.

[93] È questo il caso della costituzione ecuadoregna, messicana e venezuelana.

[94] È questo il caso di Grecia, Portogallo e Perù.

[95] V. in questo senso di P. Passaglia, *La problematica definizione dell'accesso a Internet*, cit. p. 4.

Grecia, ove il diritto di accesso a internet è riconosciuto in Costituzione all'art. 5A) co. 2, nel 2022 occupava la venticinquesima posizione nell'indice di digitalizzazione dell'economia e della società (Desi) redatto dalla Commissione Europea[96]. Nella rilevazione del 2023 del *Report of the State of the Digital Decade* redatto dalla Commissione Europea (erede del Desi)[97], la situazione non è cambiata. Segnatamente: quanto alle infrastrutture digitali la copertura delle reti ad altissima capacità (Vhcn) in Grecia è del 28%, contro una media Ue del 73%[98]; quanto alla digitalizzazione delle imprese: il livello delle Pmi greche è del 41%, significativamente inferiore alla media Ue del 69%. L'adozione di tecnologie avanzate come *big data, cloud e Ai* è anche inferiore alla media europea; quanto alle competenze digitali: solo il 2.5% degli occupati in Grecia sono specialisti Ict, uno dei tassi più bassi nell'UE[99]; da ultimo, con riferimento alla digitalizzazione dei servizi pubblici, sebbene la Grecia abbia fatto progressi significativi nella digitalizzazione dei servizi pubblici, il paese è ancora sotto la media U3[100].

Anche in Portogallo, ove il par. 6 dell'art. 35 della Costituzione riconosce il diritto di accesso ad internet, lo scenario, seppur migliore della Grecia, non appare del tutto ottimale. Nel Desi 2022, infatti, il Portogallo occupava la posizione n. 15 su 27 Stati membri[101]. Quanto ai dati disponibili grazie al *Report of the State of the Digital Decade* del 2023[102], si rileva: quanto alle infrastrutture digitali, il Portogallo presenta una copertura delle reti ad altissima capacità (Vhcn) e della fibra ottica fino alle abitazioni molto alta (93% e 91% rispettivamente), superiori alla media Ue del 73% e 56%. Tuttavia, la copertura del 5G è inferiore alla media Ue (70% contro 81%) e la penetrazione della banda larga fissa a velocità di almeno 1 Gbps è bassa (4.5%); quanto alle competenze digitali circa il 55% della popolazione portoghese possiede competenze digitali di base, leggermente sopra la media Ue del 54%, ma solo il 29% ha competenze digitali avanzate. La

[96] Consultabile sul sito https://digital-strategy.ec.europa.eu/it/policies/desi.

[97] Consultabile sul sito https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/library/2023-report-state-digital-decade.

[98] Tuttavia, la Grecia ha una buona performance nella connettività mobile, con una copertura 5G dell'86% nel 2022, superiore alla media UE dell'81%.

[99] Tuttavia, la percentuale di donne tra questi specialisti è superiore alla media europea (20.3% rispetto al 18.9%).

[100] Nel 2022, la Grecia ha ottenuto un punteggio di 65 per i servizi digitali per i cittadini e 74 per le imprese, entrambi in crescita rispetto agli anni precedenti ma ancora inferiori agli standard europei.

[101] Consultabile sul sito https://digital-strategy.ec.europa.eu/it/policies/desi.

[102] Consultabile sul sito https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/library/2023-report-state-digital-decade.

percentuale di specialisti Ict è del 4.5%, appena sotto la media UE, mentre la percentuale di donne tra questi specialisti è superiore alla media europea (20.4% contro 18.9%); quanto alla digitalizzazione delle imprese, il 70% delle Pmi in Portogallo ha un livello di intensità digitale di base, leggermente superiore alla media Ue del 69%. Tuttavia, l'adozione di tecnologie avanzate come il cloud (29%) e i big data (11%) è inferiore alla media europea (34% e 14% rispettivamente); da ultimo, quanto alla digitalizzazione dei servizi pubblici, i punteggi appaiono vicini alla media Ue per i servizi online ai cittadini (78) e alle imprese (82). Tuttavia, l'accesso ai dati sanitari elettronici è limitato (punteggio 63 rispetto alla media Ue).

Se questo è il quadro in Europa, deteriore è la situazione negli Stati dell'America Latina che hanno inserito il diritto di accesso ad internet in costituzione. Segnatamente secondo lo studio "*Freedom on the Net 2023*"[103] condotto dalla nota Ong *Freedom House*[104]*,* in Ecuador, ove il diritto di accesso a internet è garantito all'art. 16 della Costituzione, nel dicembre 2022 il 74.44% della popolazione aveva accesso a internet e la penetrazione della banda larga fissa appariva molto bassa: precisamente al 14.97%. Si registra altresì un divario digitale tra aree urbane e rurali molto significativo. Segnatamente, a luglio 2022, il 70.1% delle famiglie urbane aveva accesso a Internet, mentre solo il 38% delle famiglie rurali ne disponeva. Inoltre, il 70.5% delle famiglie indigene, il 55.4% delle famiglie montubio e il 46.3% delle famiglie afro-ecuadoriane non avevano accesso a Internet, rispetto al 34.5% delle famiglie *mestiz*.

Anche in Messico, ove l'articolo 6 comma 3 della Costituzione riconosce il diritto di accesso ad internet, nel dicembre 2022, sempre secondo lo studio condotto da *Freedomhouse*, i cittadini aventi accesso ad internet era il 76% (dato in crescita rispetto alle rilevazioni precedenti) ma la disponibilità della banda larga fissa permaneva bassa, attestandosi al 19,87%. Così come in Ecuador anche è Messico si rileva un divario digitale molto marcato tra aree urbane e rurali. Segnatamente, nel 2022, l'83,8% della popolazione urbana utilizzava internet, rispetto al solo 62,3% della popolazione rurale. Questo divario è ulteriormente amplificato da barriere economiche: i costi elevati per la connessione impediscono al 52,9% dei messicani a basso reddito di accedere a internet, e nel 2021 solo il 34% delle famiglie nella categoria socioeconomica più bassa aveva accesso alla rete,

[103] Consultabile sul sito https://freedomhouse.org/report/freedom-net/2023/repressive-power-artificial-intelligence.

[104] Nota associazione non governativa con sede a Washington D.C., fondata nel 1941 da Eleanor Roosvelt.

contro oltre il 90% delle famiglie più benestanti. Inoltre, le comunità indigene, che rappresentano quasi il 10% della popolazione, si trovano in una situazione di ancor più marcata *vulnerabilità digitale*. Nello specifico, nell'agosto 2022, solo l'80% della popolazione indigena era coperta dalla tecnologia 2G, 3G o 4G, una percentuale che scende al 62% nelle località storicamente indigene.

Anche in Venezuela, dove l'accesso a Internet è garantito dall'art. 108 della Costituzione, la situazione in ordine all'accesso alla connessione rimane precaria a causa della sostanzialmente strutturale crisi economica, sociale e politica del paese. Sempre secondo i dati del rapporto *Freedom on the Net 2023* il Venezuela conta 17,59 milioni di utenti internet (su 28,2 milioni di abitanti), con una penetrazione della banda larga mobile del 49% e una penetrazione delle linee fisse di solo il 9%. Questa situazione evidenzia un notevole divario digitale, accentuato dalle continue difficoltà infrastrutturali[105].

L'accesso a Internet- inoltre- è diventato proibitivo per la maggior parte dei venezuelani, poiché il costo medio dei pacchetti internet supera il salario minimo mensile, che nel maggio 2023 era di 5,26 dollari. Più del 74% dei venezuelani non può permettersi un pacchetto base di internet mobile, il che ha creato una significativa barriera all'accesso. I servizi internet sono diventati più costosi a causa del tasso di cambio della valuta, con Cantv - fornitore statale di servizi telefonici e internet in Venezuela - che ha aumentato le tariffe sei volte nel 2022 e altri fornitori privati come Movistar che ne hanno seguito l'esempio. Anche le tariffe per i piani di fibra ottica ad alta velocità sono superiori al salario minimo mensile, creando un divario ancora maggiore tra chi può permettersi l'accesso e chi no. Un problema significativo anche in Venezuela è rappresentato dal divario digitale tra aree urbane e rurali. Nel 2022, l'accesso a Internet era concentrato principalmente nel distretto della capitale e negli stati sulla costa settentrionale, mentre lo stato di Amazonas, con una popolazione indigena elevata, aveva solo una penetrazione del 10,09%. La mancanza di servizi nelle aree indigene ha avuto conseguenze disastrose, come dimostrato dal conflitto di marzo 2022, in cui quattro membri della comunità Yanomami sono stati uccisi da ufficiali militari per una connessione Wi-Fi condivisa. Le

[105] Ad esempio, nel 2022, il Venezuela ha sperimentato 138.200 interruzioni di corrente nei primi nove mesi, con 27.569 guasti solo a settembre, che hanno compromesso gravemente la connettività. Sul punto si v. C. Solar, *Access to the Internet and declining democracy in Venezuela*, in *Journal of Information Policy*, 2023, p. 1 ss.

comunità indigene continuano a sollevare preoccupazioni sull'inoperatività del servizio Cantv nelle aree remote.

I piani per l'espansione del servizio internet ad alta velocità favoriscono le città e le aree con alto potere d'acquisto, aggravando ulteriormente le disparità[106].

Infine anche in Perù, ove il diritto di accesso ad Internet è riconosciuto dall'art. 14 della Costituzione, secondo i dati pubblicati nell'ambito del Report "*Digital 2022 — Data Reportal*" [107], 11,63 milioni di persone (pari al 34,7% della popolazione totale) non utilizzano Internet, confermando così l'esistenza di un rilevante ritardo digitale riscontrabile anche nel basso livello di penetrazione della banda larga mobile.

Ebbene, al netto delle specificità nazionali di carattere socio economico che influenzano irrimediabilmente i distinti ordinamenti che hanno provveduto alla costituzionalizzazione del diritto di accesso ad internet, i dati descritti dimostrano in maniera abbastanza univoca come il diritto costituzionale di accesso ad internet si configuri come uno strumento - quantomeno - non sufficiente per il contrasto ai divari digitali[108]. Tale considerazione appare ancor più avvalorata in relazione ai divari che insistono tra aree urbane e aree interne e/o periferiche e per fasce di popolazione economicamente svantaggiate o appartenenti a minoranza, dunque per le categorie qui definite ad *elevata vulnerabilità digitale*; specie i casi dei Paesi dell'America Latina[109], dimostrano come lo iato – nonostante la costituzionalizzazione del diritto di acceso – permanga in maniera severa.

***

[106] Ad esempio, nel municipio di Chacao a Caracas ci sono circa 50 fornitori di servizi internet, mentre le aree rurali rimangono quasi esclusivamente servite da CANTV, che offre un servizio di bassa qualità e frequenti interruzioni.

[107] S. Kemp, Digital 2022: Peru, Data Reportal, 16 febbraio 2022, consultabile al seguente link: https://datareportal.com/reports/digital-2022-peru.

[108] Sul punto v. A. Alù, *Il doppio volto di internet*, cit., p. 638, nt. 68.

[109] Quanto rilevato è stato altresì di recente confermato, con precipuo riferimento alle categorie e alle aree definite come "vulnerabili digitali", dalla World Bank, *The Digital Gender Divide: Women in Latin America and the Caribbean in the Digital Era,* 2025, *passim,* disponibile sul sito https://openknowledge.worldbank.org/, ove viene dimostrato come nella maggior parte dei Paesi dell'America Latina si registrino pronunciate disparità nell'accesso a Internet tra i nuclei familiari poveri e quelli non poveri, nonché notevoli disparità di genere: gli uomini, in generale, hanno un accesso a Internet migliore rispetto alle donne.

RIVISTA DI
DIRITTI COMPARATI

Mario Manna

I digital divide*: profili comparati delle risposte legislative, contrattuali e di governance (parte I)*

ABSTRACT: This article examines the right of access to the Internet as a legal instrument for overcoming digital divides, with a comparative focus on legislative and judicial developments. The analysis begins with the relationship between the pandemic and the widening of digital inequalities, which has made it clear that connectivity is no longer merely a technological opportunity but an essential condition for the effective exercise of fundamental rights. Against this background, the study explores constitutional experiences that have expressly recognised the right to connectivity, as well as case law from European and non-European courts that has progressively defined its scope.The comparative inquiry shows, however, that constitutional recognition alone does not suffice to a close digital divides, as a significant gap persists between formal guarantees and actual enjoyment. In particular, infrastructural and economic shortcomings affecting wide areas of market failure cannot be remedied solely by constitutional provisions. The conclusion is that legal recognition, while necessary, must be complemented by institutional solutions and governance mechanisms capable of directly shaping the material conditions of access to the Internet.

KEYWORDS: digital divide - right of access to the Internet - universal service - broadband connectivity - market failure areas.

***

Mario Manna - Assegnista di ricerca presso il Dipartimento di Giurisprudenza, LUISS Guido Carli (mmanna@luiss.it)

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 esaustivamente 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.