

LIBER AMICORUM
PER
PASQUALE COSTANZO

M. CRISTINA GRISOLIA

RAGIONANDO SUI DIRITTI FONDAMENTALI

31 OTTOBRE 2019



M. Cristina Grisolia Ragionando sui diritti fondamentali*

SOMMARIO: 1. Diritti fondamentali e diritti umani: due categorie non coincidenti. – 2. Il “dialogo fra le Corti” e la sua influenza sullo sviluppo dei diritti fondamentali. -3. Le problematiche che lo caratterizzano: il difficile rapporto tra giudice e legislatore. 4. La teoria dei controlimiti e le sue non facili applicazioni. – 5. Una battuta di arresto nella tutela dei diritti fondamentali? Le vicende legate alla recente disciplina sull’immigrazione. Spunti conclusivi.

1. Diritti fondamentali e diritti umani: due categorie non coincidenti

Nello scegliere l’argomento dello scritto da dedicare a Pasquale Costanzo, l’opzione (per una qualche nostalgia legata alla conclusione anche del mio percorso accademico), è andata al tema dei diritti fondamentali. Tema al quale ho indirizzato le mie prime ricerche, stimolata e guidata da Paolo Barile che ad esso ha destinato i suoi anni di studio e di insegnamento.

E, allora, tornando, nei limiti di questa breve trattazione, a ragionare sui diritti, vorrei svolgere qualche considerazione su alcuni dei profili che ne caratterizzano oggi lo sviluppo.

Quando si parla di diritti fondamentali, si fa, naturalmente, riferimento a qualcosa di diverso dai diritti umani. I quali, per la loro forza morale ed etica, assumono una valenza ben più ampia: tendenzialmente universale e, come tale, comunque esterna al contesto formale dell’ordinamento giuridico che via via li riconosce e li tutela, ponendosi i primi in un rapporto di *species* rispetto al genere¹.

I diritti umani, dunque, espressione di esigenze universali (o almeno tendenzialmente universali), i quali derivano la loro forza nel radicamento etico generalmente condiviso e testimoniato dal loro riconoscimento nei molti atti e dichiarazioni che hanno soprattutto caratterizzato le vicende seguite al secondo conflitto mondiale.

I diritti fondamentali, invece, necessariamente relativi, in quanto espressione della dimensione politica e storico- culturale della e/o delle comunità che scelgono di privilegiarli in un dato momento, dando ad essi non solo solenne riconoscimento nelle Carte dei rispettivi ordinamenti, ma anche attivando tutti gli strumenti necessari a renderli effettivamente esistenti e concretamente efficaci: l’attività del legislatore, in primo luogo, che dia al diritto la necessaria concretezza; l’intervento del giudice contro le loro possibili violazioni; il controllo delle Corti costituzionali, chiamate ad una continua opera di verifica del loro rispetto, ma anche di adattamento e di integrazione degli stessi, adeguandoli, se possibile, alle nuove istanze provenienti dall’evoluzione sociale².

La distinzione non appaia troppo ovvia e scontata.

E’ su questa complessa e dinamica relazione (non necessariamente unidirezionale, ma piuttosto contraddistinta da reciproche influenze) che si è, infatti, sviluppato tutto il percorso evolutivo legato alla loro crescita. Crescita che, proprio in quanto collegata al momento storico in cui essi si affermano è - come è noto - comunemente scandita dalla loro classificazione per “generazioni”: i diritti di prima generazione in cui rileva soprattutto la libertà anche politica di agire dell’individuo; quelli della seconda generazione dove emerge accanto al profilo negativo, la dimensione positiva

*Questo lavoro prende spunto da una Lectio tenuta, in occasione della fine del mio percorso accademico, al Dipartimento di scienze giuridiche dell’Università di Firenze, il 25 settembre 2019.

¹ A. RUGGERI, *Cosa sono i diritti fondamentali e da chi e come se ne può avere il riconoscimento e la tutela*, in V. BALDINI (a cura di), *Cos’è un diritto fondamentale?*, Atti del Convegno Annuale di Cassino, 10-11 giugno 2016, Editoriale scientifica, Napoli, 2017, 339.

² V. BALDINI, *Diritti fondamentali in movimento: dalla prospettiva storico-dogmatica all’esperienza*, in V. BALDINI (a cura di), *Cos’è un diritto fondamentale?*, cit., 5 ss.; M. CARTABIA, *La Costituzione italiana e l’universalità dei diritti umani*, Relazione al Convegno *La Costituzione italiana 60 anni dopo*, Roma, Accademia dei Lincei, 28-29 febbraio, 2008, pubblicata in *Astrid*, 23 ss.

dei poteri pubblici per rendere compiuta la loro effettività (mi riferisco naturalmente alla nascita dei diritti sociali); i diritti della terza generazione i quali manifestano una stretta attinenza agli interessi generali oltre che ad istanze di solidarietà (Il diritto all'ambiente salubre; il diritto alla qualità della vita); i diritti infine della quarta generazione, ancora in attesa di un loro definitivo riconoscimento, legati allo sviluppo della ricerca scientifica e del progresso tecnologico (il diritto all'uso della "rete", il diritto a morire in modo dignitoso, il diritto all'integrità del proprio patrimonio genetico).

Diritti, questi, volta a volta "scelti" e "traslati" dal piano generale a quello particolare dei vari ordinamenti attraverso una complessa e continua opera di interpretazione e di integrazione - diciamo così - con i "più vecchi" diritti, portata avanti dai legislatori e dalle corti nazionali, con la preziosa collaborazione dei giudici ordinari.

L'eredità più importante che ci ha lasciato Paolo Barile è stata appunto quella di avere magistralmente scandito i momenti fondamentali di questi passaggi, promovendone e propagandandone l'evoluzione, non solo quale attento testimone delle vicende costituzionali, ma fattivo promotore del processo di integrazione e di espansione del nostro sistema dei diritti.

In questa prospettiva, concludendo la prefazione al suo volume "Diritti dell'uomo e libertà fondamentali", edito da Il Mulino nel 1984, e guardando il percorso che i diritti avevano fatto dalla sua prima analisi (quella del "Soggetto privato nella Costituzione italiana", pubblicato nel 1953), Barile metteva significativamente in evidenza la lunga strada percorsa, ma anche il cammino, affatto breve, che ancora restava da fare.

"Dopo tanti anni a che punto siamo - si domandava Barile - a voltarsi indietro il cammino fatto sembra enorme. A guardare avanti la strada impervia sembra senza fine"³.

2. Il "dialogo fra le Corti" e la sua incidenza sullo sviluppo dei diritti fondamentali

Mi domando se, dopo molti anni da quella affermazione, si può ancora dire che quel cammino sia tanto impervio e lungo da percorrere, o se, invece, la realtà odierna con i complessi fattori che la compongono abbia enormemente accorciato ed appianato quella strada.

In vero, a una prima impressione, sembrerebbe che la prospettiva con la quale guardava Barile non sia più attuale e piuttosto registri una forza espansiva dei diritti che non ha precedenti.

Le ragioni di questa vera e propria rivoluzione culturale sono a tutti note e qui posso solo accennarle: lo sviluppo tecnologico che apre sempre nuovi orizzonti e rende possibile ciò che solo qualche tempo fa non era neppure ipotizzabile; la c. d. globalizzazione delle culture e delle idee che agisce quale motore di una società che pretende immediate risposte ad aspirazione e bisogni prima inavvertiti; ma soprattutto, l'attività portata avanti dalle Corti nazionali, sovranazionali ed internazionali, unite in un comune sforzo interpretativo che passa attraverso quello che è comunemente chiamato il "dialogo" fra le Corti (le corti costituzionali degli Stati, la Corte europea dei diritti dell'uomo, la Corte di giustizia dell'Unione europea). Dialogo che ha permesso un proficuo confronto tra quelle che sono le maggiori protagoniste della difesa dei diritti e che ha portato oltre che ad una più rapida traslazione dal piano universale a quello particolare dei vari ordinamenti, ad una progressiva espansione del loro riconoscimento e delle loro tutele, che costituisce ormai un dato che non pare più reversibile.

Il punto è noto e non mi soffermo. Basti dire che, tale ravvicinamento, affatto casuale e spontaneo, è piuttosto il frutto di scelte consapevoli che si sono tradotte in importanti riforme sia a livello nazionale che europeo: la riforma costituzionale del 2001 che ha imposto al legislatore statale e regionale l'obbligo del rispetto dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dai trattati internazionali; l'approvazione della Carta di Nizza, sempre nel 2001, e l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona nel 2009 che ha riconosciuto ai diritti sanciti in quella Carta lo stesso valore giuridico delle norme dei Trattati (art. 6 TUE).

³ P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Il Mulino, Bologna, 1984, 10.

Ciò premesso, se si considera che tali norme si esprimono generalmente in termini di principi, spesso tra loro simili e perfino coincidenti, e se si tiene conto dell'ampia funzione interpretativa che ciò determina sull'attività delle rispettive Corti, si può comprendere la forza maieutica che tali scelte hanno avuto nella espansione e nel rafforzamento dei diritti fondamentali. Tanto da portare i più entusiasti ad ipotizzare, come fa Ruggeri, la possibile realizzazione di un ordine "intercostituzionale" e addirittura di un sistema "federale dei diritti", ove i medesimi si vengono ad integrare e compenetrare⁴.

Il fenomeno è naturalmente più complesso di quanto l'abbia ora descritto e coinvolge, accanto alle Corti, i giudici ordinari, da tempo cooptati in questa opera di integrazione e di espansione, di cui sono diventati parti essenziali, se non veri e propri coprotagonisti. E ciò, lo sappiamo, da un lato, attraverso l'uso, a cui la Corte gli ha praticamente obbligati, dell'interpretazione conforme a Costituzione e della applicazione diretta dei principi costituzionali, che hanno affinato le logiche interne al giudizio incidentale che caratterizza il nostro sistema di giustizia costituzionale. Dall'altro, e non meno, attraverso l'investitura attribuita alla magistratura dopo la riforma del 2001 e dopo l'approvazione del Trattato di Lisbona di primo garante del rispetto delle norme convenzionali ed eurounitarie in materia di diritti. E ciò attraverso l'obbligo della interpretazione conforme, rafforzata da quel prezioso strumento del rinvio pregiudiziale, che oggi è stato esteso, dopo l'approvazione del protocollo addizionale n. 16, anche alle norme della Cedu⁵.

Di questo circuito virtuoso, gli esempi sono davvero tanti e gli effetti prodotti non discutibili.

Ricordo, per tutti, la lunga vicenda legata alla legge sulla procreazione assistita, approvata in Italia con molta difficoltà nel 2004 e subito sottoposta, per le sue non condivise soluzioni, ad una richiesta di referendum (poi dichiarato inammissibile dalla Corte costituzionale). Una legge che è stata in molta parte riscritta dalla Corte costituzionale che, attraverso una complessa opera interpretativa portata avanti in collaborazione con la Corte Edu ed i giudici ordinari, ha provveduto, in nome della tutela di precisi diritti fondamentali, ad eliminare gli aspetti più gravi ed ingiustificati di alcune disposizioni: l'impianto di un numero massimo di embrioni; il divieto di fecondazione eterologa; il divieto di diagnosi pre-impianto; il divieto della selezione degli embrioni quando risultino patologicamente difettosi, fino a lambire le norme sul divieto di maternità surrogata, rispetto al quale il confronto si è appena aperto con esiti non ancora prevedibili⁶.

3. Le problematiche che lo caratterizzano: il difficile rapporto tra giudice e legislatore.

Tutto bene dunque. E, tuttavia, lo sappiamo, a guardare con più attenzione, le cose non stanno proprio così.

Vari i problemi che accompagnano la "nuova età dei diritti", fra questi, due di particolare rilievo.

Il primo riguarda proprio l'importanza assunta dall'opera interpretativa dei giudici e delle Corti, costretti o impegnati (come meglio si voglia dire) in un'attività maieutica che, modificando il naturale ordine delle competenze, viene a supplire quella propria del legislatore ordinario, rendendola in alcuni casi addirittura non necessaria e del tutto eventuale.

Da quanto detto fino ad ora, infatti, il convitato di pietra di questo processo è proprio il Parlamento: oggi al centro della crisi che affligge gli istituti della rappresentanza politica che ne ha ridimensionato fiducia ed autorevolezza; spesso incerto e lento nelle decisioni da prendere, se non

⁴ Così anche di recente A. RUGGERI, [Maggiore o minor tutela nel prossimo futuro per i diritti fondamentali?](#), in [Consulta OnLine, Studi, 2015/I](#), 56.

⁵ O. FERACI, *Il primo parere consultivo della CEDU su richiesta di un giudice nazionale e l'ordinamento giuridico italiano*, in [Osservatorio sulle fonti](#), n. 2, 2019; F. BIONDI, *Quale dialogo fra le Corti?*, in [Federalismi.it](#), n. 18, 2019, 19 ss.

⁶ Un esempio già puntualmente richiamato da V. BALDINI, *op. cit.*, 27 ss.

latente e privo di una sua progettualità nella disciplina e nella tutela di diritti ormai costituzionalmente riconosciuti.

Emblematica di questa particolare situazione la recente vicenda relativa al c.d. caso “Cappato”. E cioè al caso legato all’incriminazione per aiuto al suicidio di un noto esponente politico, attivamente impegnato a favore dell’eutanasia.

In breve i fatti, peraltro assai noti.

Marco Cappato aveva accettato di accompagnare presso una clinica svizzera, specializzata nella pratica del suicidio assistito, un giovane (Fabiano Antoniani, detto Fabo), affetto da grave tetraplegia e cecità bilaterale irreversibili, il quale, dopo aver esperito inutili tentativi terapeutici, aveva alla fine deciso di por fine alle proprie sofferenze.

Il politico, incriminato per aiuto al suicidio, reato punito dal nostro codice penale, veniva rinviato a giudizio e nel corso di esso la Corte di Assise di Milano sollevava la questione di legittimità costituzionale delle norma, nella parte in cui non escludeva la responsabilità penale anche nel caso - come quello in esame - in cui tale aiuto non avesse inciso sulla libertà deliberativa della vittima; determinando con ciò la mancata tutela dei diritti correlati alla libertà di autodeterminazione del malato, compreso quello di por fine alle proprie sofferenze (v. gli artt. 2, 13, 32 Cost e gli artt. 2 e 3 della CEDU).

La Corte, evitando di risolvere immediatamente la questione, da tempo dibattuta dalla politica italiana, si è fatta carico di richiamare su di essa la responsabilità del Legislatore, arrivando, con una decisione davvero insolita pur nel ricco armamentario messo a punto fino ad oggi, a sospendere il giudizio a data determinata (24 settembre 2019) al fine di consentire al Parlamento – come essa ha precisato - “ogni opportuna riflessione ed iniziativa”, volta a disciplinare in modo congruo e soddisfacente la delicata materia. E solo dopo, a seguito del mancato adempimento del Legislatore, si è decisa ad una declaratoria di incostituzionalità⁷.

Qualche tempo fa Paolo Caretti, anch’egli alla fine del suo impegno universitario, affrontando questo tema nella sua lezione magistrale, risolveva il problema del mutato equilibrio tra giudice e legislatore non in termini conflittuali, ma piuttosto nel senso di un reciproco concorso nella realizzazione/attuazione del patrimonio dei nostri diritti costituzionali. E ciò in un’ottica che guardava a tale fenomeno quale conseguenza non patologica, ma fisiologica dello sviluppo dei nuovi principi dello Stato costituzionale. Uno Stato fondato su una Costituzione rigida, contenente norme generali per la disciplina dei diritti; sul valore precettivo riconosciuto a tali disposizioni; sulla valorizzazione del pluralismo presente nella società (valoriale, culturale, politico, religioso e così via). Uno Stato, quindi, necessariamente esposto, pur nell’immutata centralità della legge, ad una forte valorizzazione del diritto giurisprudenziale e della sua attività interpretativa, in funzione suppletiva/ integrativa delle norme parlamentari. Una funzione che il giudice può esercitare sulla base di una nuova legittimazione che, non politica quale è quella del Legislatore ma essenzialmente culturale, ha le sue ragioni nella indipendenza ed autonomia della magistratura e nell’obbligo ad essa imposto del rigoroso rispetto delle procedure che ne guidano l’operato⁸.

E’ questa una tesi, da molti autorevolmente condivisa (penso in primo luogo a Paolo Grossi e a Maurizio Fioravanti⁹), ma altrettanto autorevolmente criticata da chi, invece, mette in guardia nei confronti di ricostruzioni le quali, sottraendo alle istanze democratiche la decisione sui diritti, rischiano di avallare operazioni aristocratiche che potrebbero pericolosamente consegnare il governo dei diritti nelle mani di soggetti privi di alcuna responsabilità; sollevando, invece, i soggetti

⁷ Corte costituzionale, sentenza del 25 settembre 2019, ad oggi non ancora pubblicata.

⁸ A. CARDONE - M.C. GRISOLIA - G. TALI BARBIERI (a cura di), *Il rapporto tra giudice e legislatore nella tutela dei diritti: verso un nuovo equilibrio. Lectio magistralis di Paolo Caretti*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 2016, 26 ss.

⁹ P. GROSSI, *Crisi del diritto oggi*, in *Dir.e soc.*, 2011, 44-45; M. FIORAVANTI, *Legge e Costituzione. Il Problema storico della garanzia dei diritti*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico italiano*, 2014, 1077 ss., così come testualmente richiamati da P. CARETTI, *op. cit.*, 29.

che tale responsabilità hanno, dal dovere di rispondere con la dovuta rapidità e certezza alle istanze che provengono dalla società¹⁰.

Difficile prendere partito su tali posizioni che interpretano una realtà ben più complessa di quanto ora un po' semplicisticamente ho descritto. Esse, tuttavia, hanno, a mio giudizio, sullo sfondo una scelta di campo assolutamente primaria. La scelta, che può sembrava un po' fideistica ed emotiva, ma non del tutto infondata, di non mettere mai in discussione, anche in momenti di così evidente crisi, la centralità assegnata nel nostro sistema agli istituti rappresentativi, mantenendo salda e senza incrinature la legittimazione democratica della rappresentanza parlamentare.

4. La teoria dei controlimiti e le sue non facili applicazioni

L'altra questione che investe questo processo, è, invece, strettamente correlata alla dimensione relativa dei diritti fondamentali. Una dimensione legata, come già detto, al contesto storico-giuridico di riferimento e cioè all'identità di ciascun ordinamento; intesa, questa, non nel senso della difesa della propria individualità, ma piuttosto come tutela della scala dei valori e degli interessi sentiti come irrinunciabili e fondamentali.

Dietro tale esigenza, lo sappiamo, vi è la c.d. teoria dei controlimiti la quale, elaborata dalla nostra, come da altre Corti nazionali, quale ultimo argine al processo di integrazione dei diversi ordinamenti, è apparsa, a conti fatti, non così in grado di soddisfare le esigenze per le quali era stata pensata.

Tra i meno confortanti, non posso non ricordare l'esempio, ormai risalente ma ancora significativo, relativo al confronto apertosi tra il Tribunale costituzionale spagnolo e la Corte di giustizia europea intorno al c.d. caso Melloni¹¹.

La questione riguardava un condannato *in absentia* in Italia il quale, arrestato in Spagna in esecuzione del "mandato di arresto europeo", doveva essere consegnato al nostro Paese per l'esecuzione della pena. Il caso giungeva al Tribunale costituzionale spagnolo il quale contestava l'obbligo di estradizione così come regolato dalla normativa dell'Unione.

Secondo il giudice costituzionale, infatti, la consegna di un condannato in contumacia ad uno Stato, come l'Italia, che allora non prevedeva adeguate garanzie a tutela del condannato contumace, avrebbe leso il principio dell'equo processo e del diritto di difesa garantiti dalla Costituzione spagnola. In conseguenza di ciò operava un rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia per una corretta interpretazione delle norme comunitarie, richiamandosi, in ogni caso, alla clausola di salvaguardia prevista dall'art. 53 della Carta di Nizza.

Nonostante l'evidente maggiore tutela riconosciuta dall'ordinamento spagnolo, la Corte di giustizia risolveva la questione a favore dell'extradizione in Italia, operando un bilanciamento, tutto a favore del diritto dell'Unione.

Tra il principio della maggiore tutela dei diritti fondamentali, stabilito dall'art. 53 della Carta di Nizza, e il principio del primato e dell'effettività delle norme dell'Unione, la Corte faceva prevalere quest'ultimo, obbligando di fatto la Spagna a scelte che apparivano lesive dei diritti fondamentali tutelati dalla sua Costituzione (la Corte spagnola, infatti, sulla base di una articolata motivazione solo apparentemente non conseguente alla decisione europea, finirà per respingere il ricorso).

Vero è che, a partire da quel caso, molto cammino è stato fatto nel senso di una maggiore attenzione alle esigenze dei singoli Stati e, tuttavia, non si può dire che il risultato finale sia ancora soddisfacente.

La questione ci riguarda da vicino.

Come è noto la prima applicazione dei controlimiti da parte della Corte costituzionale è avvenuta, a ben più di trenta anni di distanza dalla sua teorizzazione, nel notissimo caso Taricco.

¹⁰ M. LUCIANI, *Costituzionalismo irenico e costituzionalismo polemico*, in *Giur. cost.*, 2006, 1660 ss.

¹¹ Su cui V. BALDINI, *op. cit.*, 36.

Caso nel quale il nostro giudice costituzionale, ben intenzionato a raggiungere un diverso risultato (che riconoscesse questa volta prioritaria la tutela di principi fondamentali quale quello di legalità della legge penale), ha dovuto avviare una complessa interlocuzione con la Corte di giustizia, inizialmente poco disposta ad aperture a favore del nostro ordinamento, dando così, a tacer d'altro, nuova prova degli ancora non del tutto superati ostacoli e vischiosità che ancora accompagnano la difesa di principi fondamentali nei rapporti interordinamentali.

Il problema è apparso ancora più evidente in occasione di un altro vicenda che, a distanza di poco tempo, ha impegnato la Corte, investita questa volta di questioni direttamente legate alla tutela dei diritti.

Il caso, anch'esso ampiamente noto e dibattuto, riguardava disposizioni legislative le quali, in violazione del principio di libera concorrenza, prevedevano obblighi contributivi solo a carico di alcuni imprenditori sulla base del maggior fatturato in violazione dell'art. 3 e 53 della Costituzione, oltre che delle norme dell'Unione.

La peculiarità della vicenda stava nel fatto che il giudice, prima ancora di risolvere la questione relativa alla violazione del diritto dell'Unione, operando un rinvio pregiudiziale, sollevava invece la questione di legittimità.

È nel corso di tale decisione che la Corte, evidentemente preoccupata di non sacrificare alle esigenze dell'Unione la piena tutela dei diritti fondamentali, coglieva l'occasione offertale dal giudice e, pur dichiarando inammissibile la questione, ha inserito nella propria motivazione un inaspettato *obiter dictum* (il più commentato - si è detto - in settant'anni di giurisprudenza costituzionale¹²). Con esso, invertendo la regola della doppia pregiudizialità (per la quale la questione di compatibilità con il diritto eurolunitario costituisce un *prius* logico-giuridico rispetto alla questione di costituzionalità), ha affermato che, qualora vengano in discussione diritti garantiti dalla Costituzione italiana e dalla Carta di Nizza, il giudice debba prima risolvere la questione di legittimità e poi quella eurolunitaria, dal momento che - ha sottolineato la Corte - in un sistema come quello italiano che "situa il sindacato accentrato di costituzionalità delle leggi a fondamento dell'architettura costituzionale", "le violazioni dei diritti della persona postulano la necessità di un intervento *erga omnes*" a maggiore garanzia della loro tutela; fatto sempre salvo - ha concluso la Corte - il ricorso al rinvio pregiudiziale per non chiariti "altri profili" riguardanti la questione (profili dunque diversi da quelli già esaminati)¹³.

Ovvia l'importanza di questo inciso con il quale il giudice costituzionale sembrava rivendicare in modo inequivoco una indiscussa centralità nel complesso circuito giurisprudenziale relativo alla tutela dei diritti. E ciò se non fosse che, nel bel mezzo del dibattito suscitato da questa affermazione, non avesse deciso di ridimensionare la propria posizione. Esso, con maggiore prudenza, ha così trasformando "la doverosità" imposta al giudice della previa questione di costituzionalità, in una valutazione di mera "opportunità"¹⁴. Ed ha poi ammesso che il rinvio pregiudiziale potesse riguardare "qualsiasi" questione (dunque anche quelle già esaminate nel giudizio di legittimità) ritenuta dal giudice necessaria, riconsegnando alla Corte di giustizia tutti gli spazi di intervento che le erano stati ipoteticamente preclusi nella sentenza precedente¹⁵.

Il *revirement* è troppo recente perché esso possa essere valutato in tutta la sua portata. E, tuttavia, al di là di ogni considerazione, mi pare che da esso traspaia chiaramente la non facile attivazione di meccanismi che, forzando i vecchi equilibri, tentino di garantire la tutela di diritti e valori posti a fondamento del nostro sistema nel quadro di dinamiche nelle quali gli spazi di autonomia di ciascun ordinamento sembrano essere assai limitati.

¹² C. AMALFITANO, *Il dialogo fra giudice comune, Corte di giustizia e Corte costituzionale dopo l'obiter dictum della sentenza n. 269/2017*, in *Osservatorio delle fonti*, n. 2, 2019, 3.

¹³ Corte costituzionale, [sentenza n. 269/2017](#), punto 5.2 del considerato in diritto.

¹⁴ Corte costituzionale, [sentenza n. 20/2019](#) punto 2.1 del considerato in diritto.

¹⁵ v. le [sentenze nn. 20, 63 e 112](#) e l'[ordinanza n. 117 del 2019](#) della Corte costituzionale. Sul punto C. AMALFITANO, *op. cit.*, 7 ss.

5. Una battuta di arresto nella tutela dei diritti fondamentali? Le vicende legate alla recente disciplina sull'immigrazione. Spunti conclusivi

Non posso concludere queste brevi osservazioni senza richiamare la più recente vicenda relativa alla problematica, divenuta da qualche tempo più complessa e stringente, relativa al difficile rapporto tra tutela dei diritti fondamentali e disciplina sull'immigrazione. Vicende che aggiungono un tassello importante a questo mio breve discorso sul cammino dei diritti.

Mi riferisco, naturalmente alla "stretta", operata dal precedente Governo con il varo dei cc. dd. "decreti sicurezza", sulla normativa legata ai permessi di soggiorno e al trattamento degli immigrati nel territorio nazionale, oltre che in materia di ingresso, transito e sosta di navi nelle acque territoriali.

Come è noto, con tali atti, nell'intento di contenere il sempre più consistente fenomeno migratorio, sono stati introdotti nuovi limiti al riconoscimento del diritto di asilo, oltre il divieto di accesso in acque territoriali italiane per motivi di ordine e sicurezza pubblica e per violazione delle norme sull'immigrazione, accompagnato da pesanti sanzioni amministrative (fino alla confisca dell'imbarcazione) nel caso di avvenute violazioni.

Si è così assistito, quasi increduli, alla messa in discussione di conquiste ritenute ormai acquisite quanto alla tutela e alla garanzia di diritti fondamentali riconosciuti a livello interno ed internazionale a favore di soggetti che fuggano dai loro paesi di origine per le condizioni estrema gravità nelle quali sono costretti; soggetti che, proprio a seguito di tali provvedimenti, hanno dovuto sopportare situazioni di grave precarietà per il divieto imposto dalle nostre autorità di sbarcare in un porto italiano.

E, tuttavia, nonostante ciò, la questione è più delicata di quanto possa apparire all'apparenza. E questo in quanto investe una materia, quella legata alla regolamentazione del fenomeno migratorio, che, proprio perché impone il difficile bilanciamento tra interessi di primario rilievo (la tutela della sicurezza e dell'ordine pubblico, da un lato, la garanzia di diritti fondamentali di individui spesso soggetti a forme di violenza e repressione, dall'altro), è lasciata alla piena discrezionalità del Legislatore. Il quale - come la stessa Corte ha più volte sottolineato - è libero di operare le scelte ritenute più opportune nei limiti, naturalmente, del rispetto dei trattati internazionali e della Costituzione e sempre che - come ancora la Corte ha sottolineato - tali scelte non risultino manifestamente "irragionevoli"¹⁶.

Non è dunque facile, al di là della spinta emotiva che tali fatti hanno provocato, ragionare in termini di legittimità degli atti varati da Governo e dal Parlamento.

E, tuttavia, la questione ha certamente assunto aspetti assai preoccupanti.

Il pericolo è, infatti, proprio quello che, nel tentativo di contrastare il fenomeno migratorio, si siano operate scelte che, in modo "irragionevole" e "non proporzionato", mettono in discussione principi e valori (il diritto alla vita, il diritto alla dignità della persona, il principio di uguaglianza, il principio di solidarietà) che pregiudicano l'identità stessa del nostro ordinamento.

Di ciò ne è inequivoca riprova la viva preoccupazione manifestata prima, dal Capo dello Stato, poi, dalla Corte costituzionale, fino anche dalla stessa magistratura, i quali, nell'esercizio delle rispettive competenze, sono intervenuti a più riprese, esprimendo perplessità e timori quanto all'avvenuta compressione di diritti che, per il loro rilievo, non sono facilmente limitabili.

Mi riferisco alla lettera inviata da Mattarella al Presidente del Consiglio all'atto dell'emanazione del primo decreto legge, con la quale il Capo dello Stato ricordava il necessario rispetto degli obblighi costituzionali ed internazionali. In particolare - concludeva il Presidente - "quanto

¹⁶ Fra le molte, vedi la [sentenza n. 148/2008](#), punto n. 3 del considerato in diritto.

direttamente disposto dall'art. 10 della Costituzione e quanto discende dagli impegni internazionali assunti dall'Italia"¹⁷.

Ed ancora, va richiamata la lettera inviata, sempre dal Presidente della Repubblica, oltre che al Presidente del consiglio, ai Presidenti di Camera e Senato, in occasione della promulgazione della legge di conversione del secondo decreto legge. In essa il Capo dello Stato esprimeva "rilevanti perplessità" – come puntualmente le ha definite - in ordine alle modalità di applicazione e alla entità delle previste in sanzioni che, a giudizio del Presidente, apparivano palesemente incongrue nei confronti di soggetti (i comandanti delle navi che trasportano migranti) comunque tenuti al rispetto di norme internazionali¹⁸.

Allo stesso modo, la Corte costituzionale, chiamata da alcune Regioni a controllare la legittimità di alcune disposizioni contenute nella legge di conversione del primo decreto legge quanto al rispetto delle loro competenze¹⁹, pur costretta a respingere i ricorsi nei limiti del giudizio da queste promosso, non ha perso l'occasione di prospettare, in sede di giudizio in via incidentale, possibili rilievi sull'applicazione e sull'interpretazione delle nuove disposizioni, nel rispetto - ha di nuovo sottolineato la Corte – della Costituzione e degli obblighi internazionali²⁰ (tra parentesi, non si può non rimarcare la particolare cura e attenzione prestata dal giudice costituzionale nel decidere la questione, che si è conclusa con una sentenza assai ampia ed articolata, frutto del lavoro di ben quattro giudici).

Infine, la stessa magistratura, chiamata a controllare la legittimità dei divieti imposti dal ministro dell'interno alle navi che trasportavano naufraghi, è più volte intervenuta a favore degli stessi, garantendo loro, al di là dei veti imposti, la necessaria assistenza (emblematico il provvedimento del Presidente del Tar Lazio il quale ha risolto la difficile situazione in cui si trovavano alcuni migranti a bordo di una delle ONG che svolgevano azioni di soccorso - la Open Arms - decretando la sospensione cautelare del provvedimento che ne aveva vietato l'ingresso in acque territoriali per valutazione contraddittoria dei fatti oggetto del provvedimento medesimo²¹).

Da tutto ciò, come dicevamo, evidente la preoccupazione per una situazione che "in modo irragionevole" mette improvvisamente in discussione principi e valori che coinvolgono l'identità stessa del nostro impianto costituzionale, imponendo improvvisi torsioni nel sistema delle garanzie fino ad oggi vigente in materia, i cui esiti appaiono ancora incerti.

E allora, concludendo questo mio breve intervento, mi piace ritornare all'affermazione di Paolo Barile e riformulo la domanda iniziale: e cioè se dopo tanti anni da quella sua asserzione, si può oggi dire che quel cammino non sia più tanto impervio e lungo da percorrere.

Mi pare che, al di là di ogni apparenza, quella strada appaia addirittura più lunga e difficile di quanto lo stesso Barile avesse immaginato, dando così ragione alle capacità intuitive di un giurista che, a distanza di tanti anni, ha ancora dimostrato tutta la sua sensibilità e concretezza.

¹⁷ V. la lettera del 4 ottobre 2018.

¹⁸ V. la lettera dell'8 luglio 2019.

¹⁹ Corte costituzionale, [sentenza n. 194 del 2019](#).

²⁰ Corte costituzionale, [sentenza n. 194 del 2019](#), punto n. 7.8 del considerato in diritto.

²¹ V. la cronaca della vicenda riportata nei maggiori quotidiani del 15 agosto 2019.