

CONSULTA ONLINE

IDEATORE E DIRETTORE RESPONSABILE: PROF. PASQUALE COSTANZO



2016

PERIODICO TELEMATICO ISSN 1971-9892

Consulta OnLine - Sezione "Studi"

Rivista telematica quadrimestrale - ISSN 1971-9892

DIREZIONE

Pasquale Costanzo

COMITATO EDITORIALE

Lara Trucco (Capo Redazione)

Enrico Albanesi, Francesca Bailo, Alessia Fusco, Federico Ponte

COMITATO SCIENTIFICO

Gaetano Azzariti

Sergio Bartole

Roberto Bin

Beniamino Caravita di Toritto

Paolo Caretti

Lorenza Carlassare

Augusto Cerri

Pasquale Costanzo

Antonio D'Atena

Giuseppe De Vergottini

Mario Dogliani

Luca Mezzetti

Franco Modugno

Valerio Onida

Alessandro Pace

Cesare Pinelli

Giovanni Pitruzzella

†Alessandro Pizzorusso

Giuseppe Ugo Rescigno

Roberto Romboli

Antonio Ruggeri

Federico Sorrentino

Testata registrata presso il Tribunale di Chiavari (5/07)

Direzione e redazione: Via Balbi, 22 16126 Genova

Info e contatti: Pasquale.Costanzo@unige.it

I COLLABORATORI DI QUESTO VOLUME

ANTONIA ABBATIELLO – Dottoranda in Diritto dell'Economia e tutela delle situazioni soggettive, XXIX ciclo, Università degli studi di Napoli Federico II

UGO ADAMO – Dottore di ricerca in Giustizia costituzionale e diritti fondamentali, Università di Pisa

ANTONIO IGNAZIO ARENA – Dottorando di ricerca in Scienze giuridiche, Università di Messina

MARCO BASSINI – Dottore di ricerca in Diritto costituzionale e dell'Unione europea, Università Bicconi di Milano

BRUNO BRANCATI – Dottorando di ricerca in Giustizia costituzionale e diritti fondamentali, Università di Pisa

GIACOMO CANALE – Dottore di ricerca in Diritto pubblico, Università "La Sapienza" di Roma

PASQUALE COSTANZO – Professore ordinario di Diritto costituzionale, Università di Genova

ROBERTO CONTI – Consigliere della Corte di Cassazione

ENTELEA CUKANI – Dottore di Ricerca in "Forme dell'evoluzione del diritto", Università del Salento

DANILO DIACO – Consigliere del Servizio Studi e Massimario della Corte costituzionale della Repubblica Italiana

EDUARDO GIANFRANCESCO – Professore ordinario di Istituzioni di Diritto pubblico, Università LUMSA di Roma

GIORGIO GRASSO – Professore associato di Istituzioni di Diritto pubblico, Università dell'Insubria

RICCARDO GUASTINI – Professore ordinario di Filosofia del Diritto, Università di Genova

MARTA MANGANARO – Dottoranda di ricerca in Scienze giuridiche, Università di Messina

FRANCESCO MARONE – Professore associato, Istituto Suor Orsola Benincasa di Napoli

CARLO PADULA – Ricercatore universitario in Diritto costituzionale, Università di Padova

MICHELE PAPPONE – Stagista del Servizio Studi e Massimario della Corte costituzionale della Repubblica italiana

PAOLO PASSAGLIA – Professore di Diritto pubblico comparato, Università di Pisa

ILARIA RIVERA – Dottoranda di diritto pubblico, giustizia penale ed internazionale, Università di Pavia

SILVIA ROMBOLI – Dottoranda presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Siviglia in co-tutela con il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Pisa

ANTONIO RUGGERI – Professore ordinario di Diritto costituzionale, Università di Messina

SIMONE SCAGLIARINI – Professore associato di Istituzioni di Diritto pubblico, Università di Modena e Reggio Emilia

HENRI SCHMIT – Dottore in Giurisprudenza e culture di Diritto pubblico

GIUSI SORRENTI – Professore associato di Diritto costituzionale, Università di Messina

LARA TRUCCO – Professore associato di Diritto costituzionale, Università di Genova

INDICE

2016

Note di presentazione

ANNIVERSARI

La nascita dell'Argentina moderna. “¿Hasta cuándo esperamos declarar nuestra independencia!” **I**

PARTE I

STUDI

MICHELE PAPPONE **1**
La doctrine delle political questions nell'esperienza statunitense

PASQUALE COSTANZO **10**
L'uso fatto della Carta dei diritti dell'Unione nella giurisprudenza della Corte EDU

EDUARDO GIANFRANCESCO **35**
L'autonomia di fronte a se stessa: il caso degli statuti regionali ordinari

LARA TRUCCO **51**
L'uso fatto della Carta dei diritti dell'Unione nella giurisprudenza costituzionale (2000-2015)

ROBERTO CONTI **79**
L'uso fatto della Carta dei diritti dell'Unione da parte della Corte di Cassazione

MARCO BASSINI **94**
Prescrizione e principio di legalità nell'ordine costituzionale europeo. Note critiche alla sentenza Taricco

ANTONIO RUGGERI **114**
Il primato del diritto dell'Unione sul diritto nazionale: lo scarto tra il modello e l'esperienza e la ricerca dei modi della loro possibile ricomposizione

ENTELEA CUKANI	127
La costituzionalizzazione dei diritti fondamentali nell'Albania postcomunista	
ANTONIO IGNAZIO ARENA	145
Brevi osservazioni sull'ammissibilità del referendum "per fermare le trivelle"	
RICCARDO GUASTINI	153
I limiti intrinseci alla revisione costituzionale nella giurisprudenza colombiana	
ANTONIA ABBATIELLO	167
La legge elettorale torna al vaglio della Corte costituzionale. Considerazioni a margine dell'ordinanza di rimessione del Tribunale di Messina	
ILARIA RIVERA	175
Le suggestioni del diritto all'autodeterminazione personale tra identità e diversità di genere. Note a margine di Corte cost. n. 221 del 2015	
SIMONE SCAGLIARINI	190
La <i>privacy</i> al tempo dell'<i>état d'urgence</i>: il <i>Conseil constitutionnel</i> sentenzia correttamente	
DANILO DIACO	194
Gli effetti temporali delle decisioni di incostituzionalità tra Legge fondamentale e diritto costituzionale vivente	
FRANCESCO MARONE	224
L'intervento nei conflitti costituzionali: porta chiusa al deputato e porta aperta al consigliere regionale? (Corte costituzionale 9 giugno 2015, n. 107)	
PASQUALE COSTANZO	231
Le intercettazioni delle comunicazioni interpersonali (un vademecum costituzionale)	
ANTONIO IGNAZIO ARENA	241
A proposito dello "statuto costituzionale del minore" (brevi riflessioni a margine di alcune "novità" nel dibattito parlamentare e nella giurisprudenza comune)	
ANTONIO RUGGERI	251
Unioni civili e convivenze di fatto: "famiglie" mascherate? (Nota minima su una questione controversa e sulla sua discutibile risoluzione da parte della legge n. 76 del 2016)	
ANTONIO RUGGERI	263
Cosa sono i diritti fondamentali e da chi e come se ne può avere il riconoscimento e la tutela	

GIORGIO GRASSO <i>Agenzie di rating e impatto sulla sovranità</i>	280
GIACOMO CANALE <i>Lo “spacchettamento”: una (inammissibile) ipotesi lesiva del legittimo affidamento dei promotori del quesito</i>	287
GIUSI SORRENTI <i>La (parziale) riconversione delle “questioni di interpretazione” in questioni di legittimità costituzionale</i>	293
BRUNO BRANCATI <i>Il complesso rapporto tra il giudice costituzionale e il dibattito extra-giuridico, in relazione al problema della ricerca scientifica sugli embrioni</i>	304
CARLO PADULA <i>La Corte Edu e i giudici comuni nella prospettiva della recente giurisprudenza costituzionale</i>	317
PAOLO PASSAGLIA <i>Privacy e nuove tecnologie, un rapporto difficile. Il caso emblematico dei social media, tra regole generali e ricerca di una specificità a Corte Edu e i giudici comuni nella prospettiva della recente giurisprudenza costituzionale</i>	332
ANTONIO RUGGERI <i>Giurisdizione e diritti: un rapporto complesso, ad oggi largamente inesplorato e bisognoso della sua opportuna chiarificazione</i>	349
ANTONIO RUGGERI <i>Dignità dell’uomo, diritto alla riservatezza, strumenti di tutela (prime notazioni)</i>	371
ANTONIO RUGGERI <i>Il futuro dei diritti fondamentali e dell’Europa</i>	382
GIORGIO GRASSO <i>Autonomia universitaria, senza responsabilità? Spunti dall’esperienza costituzionale italiana</i>	397
UGO ADAMO <i>Alcune osservazioni critiche a proposito delle prospettive <i>de jure condendo</i> nella legislazione italiana in tema di ‘Direttive’ Anticipate di Trattamento</i>	403
MARTA MANGANARO <i>L’evoluzione del regionalismo differenziato alla luce delle riforme costituzionali. Alcune osservazioni sul punto, in comparazione con il modello territoriale vigente in Spagna</i>	432

ANTONIO RUGGERI	444
Prime note per uno studio su crisi della sovranità e crisi della rappresentanza politica	
HENRI SCHMIT	452
Le prossime leggi elettorali	
SILVIA ROMBOLI	456
La nuova stagione dei controlimiti: il caso Taricco all'esame della Corte costituzionale	

PARTE II

LIBRI E RECENSIONI

ALESSANDRO BARCA	1
Segnalazione del volume: Pasquale Costanzo, Adriano Giovannelli e Lara Trucco (curr.), Forum sul D.D.L. Costituzionale Renzi-Boschi, Torino 2015	
PASQUALE COSTANZO	2
Segnalazione dell'e-book: Pasquale Costanzo (cur.), Referendum costituzionale: uno sguardo d'insieme sulla riforma Renzi-Boschi, Milano 2016	
LARA TRUCCO	3
Segnalazione del volume: Francesca Ballo, Capacità elettorale e Costituzione, Napoli 2016	

PARTE III

CRONACHE

CRONACHE DALLA CORTE	1
CRONACHE DALLE ISTITUZIONI	3

Note di presentazione

Nel licenziare la versione completa in formato elettronico dell'annata 2016 della Rivista, ci si compiace nel rilevare come, accanto ai graditi ospiti "di rango" della letteratura giuridica nazionale, il volume abbia ospitato, in particolare, alcune prime impegnative prove di studiosi ancora occupati nell'addestramento scientifico dei vari dottorati. Del resto, il genere letterario verso il quale [Consulta OnLine](#) è naturalmente orientata, ossia quello delle "note a sentenza", sembra costituire un efficace laboratorio per tale tipo di percorso.

Quanto ai temi, anche il volume che si presenta esibisce la sua attitudine a riflettere gli snodi essenziali della pubblicistica più attuale: dal ruolo sempre più pervasivo della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, che, in tempi di brexit e aspetti critici connessi, sembra costituire, essa solo, l'estremo suscitatore di un Jus publicum europaeum, alle questioni istituzionali legate al referendum abrogativo e alla revisione costituzionale, passando per lo statuto dei diritti, specie quelli cd. "nuovi".

Anche in questo quadro articolato, si spera che il contributo della Rivista ad accompagnare la "decifrazione" della giurisprudenza costituzionale possa risultare non inadeguato.

Nel contempo, proseguirà senz'altro l'attività di segnalazione dei contributi che analogamente compaiono in Rete, nonché degli eventi che danno conto delle varie voci dottrinali sui temi di maggiore interesse.

Infine, si coglie volentieri l'occasione per ringraziare le migliaia di Utenti, che rappresentano uno spaccato formidabile dell'universo giuridico e istituzionale italiano, per l'attenzione con cui da tanto tempo ci seguono.

+ + + + +

Il 2016 si è contraddistinto anche per la pubblicazione della speciale [Raccolta](#) dei contributi cospicuamente offerti nel tempo alla Rivista dal prof. Antonio Ruggeri, a cui va ancora una volta il nostro grato pensiero.

ANNIVERSARI

Anniversario

9 LUGLIO 1816, la nascita dell'Argentina moderna

“¡Hasta cuándo esperamos declarar nuestra independencia!”

Proclamata per conto di tutte le Provincias Unidas en Sud América, ossia una comunità territoriale corrispondente più o meno all'attuale Argentina del nord (escluse quindi parte delle Pampas, la Patagonia ed il Chaco, abitate in quel tempo dai soli aborigeni) e a porzioni degli attuali Perù, Uruguay e Bolivia, è in maniera ineccepibile ascritta alla sola Argentina la [Dichiarazione d'indipendenza approvata il 9 luglio 1816](#) dai deputati del Congresso costituente di San Miguel di Tucumán (Congreso General), di cui ricorre il bicentenario.

Così come oggi la conosciamo, l'Argentina prese invece forma con l'adozione nel 1853 della Costituzione Federale, destinata a rimanere, pur se molte volte riformata, in vigore fino ai nostri giorni. Nel periodo storico intercorrente tra queste due date, il Paese sudamericano vive in un clima assai tempestoso, contrassegnato da guerre civili, dallo scontro tra la mire egemoniche di Buenos Aires e l'atteggiamento riluttante di quasi tutte le altre province e dalla contesa tra unionisti e federalisti. È, tuttavia, in questa fase che si pongono le premesse ideali e giuridiche della Costituzione Federale, che significativamente ragiona di sé come del “cumplimiento de pactos preexistentes”.

Prima di esaminare da vicino il significato costituzionale dell'avvenimento qui ricordato, non sembra dunque superfluo ricordare come esso abbia funzionato da detonatore di una catena di eventi di estrema complessità politica, militare e giuridica, di cui è appena possibile indicare qui gli episodi di prevalente interesse costituzionalistico.

È già infatti in una drammatica situazione, contrassegnata dalla dura reazione della monarchia spagnola e da una certa confusione interna sugli obiettivi istituzionali da perseguire, che il Congresso autore della Dichiarazione d'indipendenza, su cui si ritornerà più ampiamente appresso, riesce anche nell'intento, coerente con lo scopo per cui era stato creato, di elaborare una Costituzione (l'organo aveva intanto lasciato nel 1817 per motivi di sicurezza Tucumán per Buenos Aires). Questo primigenio testo costituzionale, entrato in vigore il 25 maggio 1819 tra l'entusiasmo della popolazione locale, venne però subito sconfessato od addirittura ignorato a causa delle sue connotazioni criptomonarchiche ed aristocratiche e di una torsione manifestamente unitaria, da parte delle Province filofederaliste, i cui interessi erano, tra l'altro, incarnati dai cd. caudillos, ossia capi militari già segnalatasi durante la guerra d'indipendenza e beneficiari ora di un vasto appoggio popolare per la loro politica anticoncentralista ed antielitaria. Al rifiuto della Costituzione, le province di Santa Fe ed Entre Rios accompagnarono anche la decisione di sfidare militarmente Buenos Aires.

Dal conflitto i caudillos federalisti Estanislao López e Francisco Ramírez uscirono vittoriosi nella battaglia di Cepeda del 1° gennaio 1820, cui seguì il Trattato del Pilar del 23 febbraio 1820, in cui il federalismo fu riconosciuto come l'unica forma organizzativa tra le diverse province.

La supremazia politica ed economica persa sarà tuttavia restituita alla futura capitale argentina da lì a poco, mercé il Trattato del Quadrilatero del 25 gennaio 1822, suggellato tra le province di Corrientes, Buenos Aires, Entre Ríos e Santa Fe, quantunque le relative clausole sembreranno mettere tutti i contraenti su un piede di parità. In ogni caso, le altre tre province avranno ottenuto ciò che ad esse stava più a cuore e cioè la libera navigabilità fluviale, mentre, a favore del coagularsi della nuova alleanza, spingerà particolarmente l'imminente pericolo di una guerra con il Brasile, l'eterno nemico che, tra l'altro, aveva già provveduto ad annettersi, il 25 luglio 1821, la Banda Oriental (Provincia Cisplatina), ossia grosso modo l'attuale Uruguay.

Tra i documenti rilevanti della fase innescata dalla Dichiarazione d'indipendenza, merita ancora menzione la Costituzione del 24 dicembre 1826: un testo, però, ancora improntato ad un regime unitario e più centralista della Costituzione del 1819, tanto da provocare nuovamente il prevedibile rifiuto della maggior parte delle province (anche se alcune confermarono il loro impegno nella guerra ormai già in atto dal 1825 contro il Brasile, ma – si disse – “sin el Congreso ni el presidente”). La conseguenza più drammatica di tale evento fu però l'approfondirsi del divario tra province unitarie e federaliste, destinato a dilaniare il Paese sudamericano con continui riposizionamenti delle province sull'uno e sull'altro fronte. In questo quadro, si colloca la stipulazione del Patto federale del 4 gennaio 1831, ossia un'alleanza (Lega Federale) tra Buenos Aires, Entre Ríos e Santa Fe, in riposta alla Lega Unitaria, frutto di molteplici accordi e composta dalle province di San Luis, La Rioja, Catamarca, Mendoza, San Juan, Tucumán, Córdoba, Salta e Santiago del Estero, le quali, intenzionate a ridare vigore alla Costituzione del 1826, finiranno però per confluire anch'esse nel Patto federale dopo la sconfitta militare subita il 5 febbraio 1831 alla Ciudadela.

A partire dal 1835, anno cruciale perché vede consolidarsi il potere autocratico di Juan Manuel de Rosas: dapprima una legge di conferimento della suma del pòder publico e poi un referendum andato del tutto ovviamente a buon fine (ahi il referendum ...) preteso dallo stesso Rosas per ottenere l'avallo popolare a tale otorgamiento de facultades extraordinarias), s'imporrà definitivamente tra tutte le province argentine un'organizzazione di stampo confederale, tanto che il termine “confederazione” si ritroverà nel testo originario della ridetta Costituzione Federale del 1853, venendone poi sostituito da quello di Nazione argentina con la revisione del 1860 resa necessaria dal rientro di Buenos Aires nella comunità provinciale dopoché nel 1854 essa si era staccata dalla Confederazione, proclamandosi Stato sovrano.

2. È giunto però il momento di chiedersi in che modo si fosse giunti alla convocazione del Congresso costituente da cui scaturì la Dichiarazione d'indipendenza ricordata nelle osservazioni iniziali.

Per comprenderlo occorre risalire ancora a ritroso nel tempo fino alla fatidica data del 25 maggio 1810, ossia alla conclusione della “Revolución de Mayo”. È in quel momento infatti che il rappresentante di Madrid viene scalzato a Buenos Aires, allora capitale del Vicereame spagnolo del Río de la Plata, e sostituito con un esecutivo locale (la Primera Junta).

Come non infrequentemente accade, le contingenze favorevoli risultano propiziate da accadimenti del tutto esterni ed anzi nel nostro caso addirittura consumatisi nell'altra parte del mondo. La Rivoluzione di Maggio va infatti annoverata tra gli effetti della sconfitta della resistenza spagnola alla Francia di Napoleone, il quale (si tratta di una vicenda piuttosto nota) aveva pensato bene di collocare sul trono iberico il fratello Giuseppe al posto dei due pretendenti spagnoli, Ferdinando VII e il di lui padre Carlo IV, peraltro in lotta tra loro. La decisione di emanciparsi dalla madre patria non incontrò però subito il generale consenso degli argentini e nella stessa Buenos Aires, suscitando anzi un conflitto tra province favorevoli (patriotas) e quelle contrarie (realistas). Non c'è modo qui di indagare sulla questione (ricordiamo però almeno la vittoria del generale Manuel Belgrano, tra l'altro, creatore della bandiera argentina, sulle truppe realiste a Tucumàn del settembre 1812), ma quel che è certo è che la Dichiarazione d'indipendenza del 9 luglio 1816 verrà in pratica a concludere un processo di separazione dalla Spagna avviato dalle Provincias Unidas del Río de la Plata appunto con la Rivoluzione del maggio 1810.

Il solenne e fatidico atto, come già ricordato, fu l'opera di un apposito Congreso General di carattere costituente convocato in base allo Estatuto provisional para Dirección y Administración del Estado deliberato il 5 maggio 1815 dalla Junta de Observación, a sua volta nominata dal Cabildo di Buenos Aires dopo la liquidazione del regime autoritario e centralista di Carlos de Alvear. Tale Estatuto si presentava come una sorta di costituzione provvisoria per le province che avevano già fatto parte del Vicereame spagnolo del Rio de la Plata: recitava appunto il suo art. 30: “Luego que se posesione del mando, invitará, con particular esmero y eficacia, a todas las ciudades y villas de las provincias interiores para el pronto nombramiento de diputados que haya de formar la Constitución, los cuales deberán reunirse en la ciudad de Tucumán”. La convocazione venne dunque effettuata da Ignacio Álvarez Thomas, che suppliva nell'occasione l'assente Director nominato dalla stessa Junta Jean Rondeau, Generale dell'esercito ausiliario del Perú.

Il Congresso si insediò il 24 marzo 1816 con la presenza di venti deputati e non con l'auspicata totalità dei rappresentati, spiegandosi tuttavia nel giornale ufficiale dell'assemblea che "los que se han reunido, y que componen las dos terceras partes de los nombrados, han querido instalarlo sin pérdida de momentos, así para ocurrir del modo que esté a sus alcances a los inminentes males que amenaza el retardarlo, como para llenar los votos de los pueblos libres, que miran en el Congreso de sus representantes el único asilo que les queda, la única sagrada ancora de que asirse en el naufragio, en que ven expuesta su libertad, y el interés común de salvarse a toda costa".

Come è stato notato, i cospicui risultati conseguiti (prima la Dichiarazione d'indipendenza del 1816 e successivamente la Costituzione del 1819), si produssero nonostante la generale impreparazione giuspubblicistica dei componenti di quell'assemblea, l'eterogeneità estrema delle storie personali e degli interessi rappresentati e la reciproca diffidenza che ne poteva derivare (arrivandosi addirittura a constatare come i deputati «Carecían de temple político, de claridad de propósitos y conocimiento de las exigencias de la revolución»). Comunque sia, non vi fece evidentemente difetto la coscienza della gravità del momento, il senso di responsabilità personale e la convinzione che esistesse un'esigenza di carattere generale prevalente su quella particolare di uomini e popoli.

Si aggiunga che, dopo la sua entrata in funzione, il Congresso dovette anche far fronte a serie questioni politiche interne concernenti il funzionamento dell'esecutivo ed i rapporti con i territori, oltretutto nel bel mezzo della reazione innescata dal Congresso di Vienna la cui politica legittimista sembrava ridare fiato alle pretese di ripristino della sovranità spagnola sulla sua ex colonia sudamericana (reconquista). Fu, peraltro, proprio quest'ultima circostanza ad indurre un'accelerazione nel recidere ogni legame anche solo formale o simbolico con Madrid, insieme all'urgente necessità per le Provincias Unidas di acquisire una più netta fisionomia sul piano internazionale.

Una simile situazione si trova efficacemente rappresentata in una lettera rimasta famosa del governatore della provincia di Cyo, generale José de San Martín (di poi proclamato eroe nazionale in Argentina, Bolivia e Perù), indirizzata a Tomàs Godoy Cruz, deputato per Mendoza al Congreso di Tucumán:

«¡Hasta cuándo esperamos declarar nuestra independencia! ¿No le parece una cosa bien ridícula acuñar moneda, tener el pabellón, y por último hacer la guerra al soberano de quien en el día se cree dependemos? ¿Qué nos falta más que decirlo? Por otra parte, ¿qué relaciones podremos emprender cuando estamos a pupilo? Los enemigos (y con mucha razón) nos tratan de insurgentes, pues nos declaramos vasallos... Ánimo, que para los hombres de coraje se han hecho las empresas. Veamos claro, mi amigo; si no se hace, el Congreso es nulo en todas sus partes, porque reasumiendo éste la soberanía, es una usurpación al que se cree verdadero, es decir, a Fernandito.»

3. *Sebbene il documento approvato il 9 luglio 1816 non impianti affatto una Costituzione, pure va annoverato tra i fondamenti costitutivi dell'Argentina moderna in quanto teso, da un lato, ad affermarne la posizione sovrana nel consesso internazionale e, dall'altro, a rivendicare un'identità interna su basi completamente nuove, volta a configurare l'unico ente di riferimento per i popoli interessati. Si tratta, del resto, di un processo di enucleazione di un nuovo Stato assai noto, che si differenzia da quello del "semplice" mutamento di regime interno, che lascia non a caso immutata la precedente posizione internazionale dello Stato (mutata forma regiminis non mutatur et ipsa civitas).*

In quest'ultimo senso, dell'atto in questione rileva particolarmente la redazione plurilingue: ritrascritto infatti anche in lingua quechua e aymarà, esso esibiva la sua tensione universalista tramite l'intendimento che fosse conosciuta da tutti coloro che venivano considerati suoi destinatari.

Se è poi vero che nella già evocata Costituzione federale del 1853 sarà assai visibile l'impronta del costituzionalismo statunitense sia per la forma di governo (organizzazione dei poteri e peculiare posizione del presidente), sia per quella di Stato (rapporti centro-periferia), sia ancora per il regime ideologico (di stampo liberale), è tuttavia già nella Dichiarazione d'indipendenza che il modello nordamericano perviene a giocare un ruolo ispiratore determinante.

Non è, del resto, la volontà espressa di "romper los violentos vínculos que las ligaban a los Reyes de España, recuperar los derechos que fueron despojados, e investirse del alto carácter de una Nación libre e independiente del Rey Fernando VII sus sucesores y Metrópoli" un trasparente riecheggiamento della denuncia dei coloni americani per cui "The history of the present King of Great Britain is a history of repeated injuries and usurpations, all having in direct object the establishment of an absolute Tyranny over these States"? Ciò non può realizzarsi per le province argentine che a mezzo di un' "emancipación solemne del poder despótico de los reyes de España" reclamata peraltro dall'"universal, constante y decidido [...] clamor del territorio entero" (... solemnly publish and declare, That these United Colonies are, and of Right ought to be Free and Independent States; that they are Absolved from all Allegiance to the British Crown, and that all political connection between them and the State of Great Britain, is and ought to be totally dissolved). Come nel 1776, al Congresso di Filadelfia v'è la consapevolezza della sacralità dell'atto (invocando al Eterno que preside al universo), della legittimazione indiscussa a compierlo (en el nombre y por la autoridad de los pueblos que representamos), e della sua sostanza assiologicamente ineccepibile (protestando al cielo, a las naciones y hombres todos del globo la justicia, que regla nuestros votos).

Rispetto tuttavia al precedente americano, la Dichiarazione di Tucumàn risulta assai più stringata e soprattutto non si avverte la necessità di un dettaglio circa le

motivazioni che spingono i deputati al gesto estremo (anche se compare l'esortazione "y en obsequio del respeto que se debe a la naciones" a "detállense en un manifiesto los gravísimos fundamentos impulsivos de esta solemne declaración").

Per altro verso, non v'è nessun accenno o anticipazione circa le forme istituzionali in cui la proclamata indipendenza dovrà essere calata, anche perché così si sarebbe entrati in un campo di delicatezza estrema (si è già peraltro detto della situazione vulcanica di interessi e di idee che scuoterà l'Argentina ancora per circa un quarantennio), e comunque riservato alla futura Costituzione la cui redazione era affidata agli stessi autori della Dichiarazione (nelle stesse ore in cui vedeva la luce la Dichiarazione d'indipendenza, veniva addirittura affacciata l'ipotesi, qualche anno dopo giudicata balzana da chi l'aveva appoggiata, dell'attribuzione del trono a Juan Bautista Túpac Amaru, fratello minore di Condorcanqui, assassinato con tutta la sua famiglia nel 1781 per reprimere la ribellione degli Inca contro gli spagnoli).

Sinteticità ed astrattezza rendono dunque l'atto un distillato del necessario e del possibile in quello storico consesso e in quell'epocale frangente. Il mandato è però chiaro almeno "para darse las formas que exija la justicia, e impere el cúmulo de sus actuales circunstancias".

(p.c.)

PARTE PRIMA

STUDI

Michele Pappone
La doctrine delle *political questions* nell'esperienza statunitense*

SOMMARIO: 1. *Origini ed evoluzione della doctrine.* – 2. *Politica estera e political questions.* – 3. *Political questions e diritti fondamentali: il caso della Health Care Legislation al vaglio della Corte Suprema.* – 4. *Political questions e possibili rimedi.*

1. *Origini ed evoluzione della doctrine*

La separazione dei poteri (legislativo, esecutivo e giudiziario) è una caratteristica di primaria importanza comune alla maggior parte dei paesi occidentali. Tra essi non può non menzionarsi l'ordinamento statunitense, ove la separazione dei poteri si riverbera sia a livello statale sia a livello federale. Il sistema di “*checks and balances*” (pesi e contrappesi), tipico del diritto statunitense, assicura, inoltre, l'equilibrio tra i vari poteri e, secondo quella che verrà definita la dottrina delle *political questions*, l'azione esercitata da ciascun organo viene definita “*political*” allorché essi agiscono nel rispetto delle facoltà conferite dalla Costituzione¹.

Orbene, quando i vari organi operano all'interno delle rispettive prerogative, non vi è alcun conflitto da risolvere. La situazione muta, tuttavia, ove uno di essi intenda travalicare i propri confini, introducendosi all'interno della sfera altrui.

James Madison, al riguardo, sosteneva che ogni organo costituzionale, all'atto di esercitare il rispettivo potere attribuitogli dalla Costituzione, non doveva possedere, sia direttamente che indirettamente, alcuna “*overruling influence*”² nei confronti degli altri organi. Ai sensi del dettato costituzionale, infatti, il potere legislativo viene attribuito al Congresso, il potere esecutivo al Presidente e il potere giudiziario alla Magistratura.

Un elemento di tensione nel sistema della separazione dei poteri è rappresentato, inoltre, dal fatto che, mentre i membri del Congresso agiscono a seguito di un'investitura popolare, dando luogo così a un rapporto diretto di responsabilità tra essi e i propri elettori, al contrario i giudici – che godono di un mandato *sine die* – sono responsabili unicamente dinanzi alle loro coscienze, non dovendo rendere conto, in alcun modo, al corpo elettorale³.

In *Marbury v. Madison*⁴, il giudice Marshall, per ciò che concerne, in particolare, il potere giudiziario, affermò che “compito della Magistratura è quello di stabilire ciò che è legge”⁵, facendovi discendere l'autorità di poter sindacare o meno la costituzionalità di decisioni ascrivibili sia al potere legislativo che al potere esecutivo. Ciononostante, Marshall riconobbe la possibilità che un conflitto potesse sorgere tra i tre poteri, e che la risoluzione di tale conflitto andava al di là delle competenze delle Corti. Nella medesima occasione, egli classificò il tipo di “questioni”, che vanno oltre il potere di “*judicial review*”,

* La ricerca che è alla base del presente contributo è stata svolta in parte nel quadro del programma di *stage* presso il Servizio Studi e Massimario della Corte costituzionale della Repubblica italiana ed in parte in occasione del *Visiting Research Scholar Program*, effettuato presso la Fordham Law School di New York City. Si coglie l'occasione, pertanto, per ringraziare Thomas E. Lee, docente di *Constitutional Law* presso il suddetto istituto, nonché Burt Neuborne, docente di *Civil liberties* presso la NYU School of Law, per la preziosa collaborazione offertami nell'approfondimento delle tematiche affrontate

¹ J. C. SMITH, *In re hooker: a political question doctrine game change*, 32 Miss. C. L. Rev., 2013-2014, 531.

² J. MADISON, *Federalist n. 48*, *New York Packet*, 1788.

³ C. DRIGO, *Giustizia costituzionale e political question doctrine*, Bologna, Libreria Bonomo, 2012, 109.

⁴ *Marbury v. Madison*, 5 U.S. 137 (1803).

⁵ *Id.*, par. 177.

come *political*: “le questioni politiche nella loro natura, ossia quelle che sono, ai sensi della Costituzione e delle leggi, sottoposte al potere governativo, non possono mai essere giudicate in questa Corte”⁶.

Alcuni studiosi del diritto statunitense hanno rinvenuto, così, nelle conclusioni di Marshall, l’avvento della c.d. dottrina delle *political questions*, quale dottrina derivante dal principio costituzionale della separazione dei poteri⁷.

Se da un lato, nel celebre caso *Luther v. Borden*, i giudici ribadirono il dovere per la Corte di esporre il diritto, e non di crearlo⁸, riconoscendo la non *justiciability* di quelle decisioni riservate espressamente dalla Costituzione al Congresso, e come tali insindacabili all’interno delle aule giudiziarie⁹, ben presto la stessa Corte cominciò a considerare anche argomenti esterni ai quattro angoli della Costituzione, al fine di determinare la presenza o meno di una *political question*.

*Baker v. Carr*¹⁰ rappresenta un vero e proprio punto di snodo per ciò che concerne la dottrina in esame, alla luce dei fattori che la Corte ritenne “individualmente sufficienti e collettivamente necessari” per configurare, nel corso di una controversia, la presenza di una “*non-justiciable political question*”: «a) la sussistenza di un impegno testuale che vincolasse il coordinamento di una determinata questione ad un organo politico; b) l’assenza di parametri giurisdizionali fondatamente rinvenibili; o l’impossibilità di giudicare senza una iniziale decisione di natura politica su una materia non espressamente riservata al potere giudiziario; c) il caso in cui una corte non possa decidere indipendentemente senza invadere il terreno riservato agli organi dello Stato cui quella materia è demandata per legge; d) l’indiscutibile necessità di aderire ad una decisione politica già presa; e) ovvero la possibilità che la corte non riesca a imporre la propria posizione di fronte a una questione sulla quale si siano già pronunciati, in maniera svariata composta, diversi organi dello stato»¹¹. La Corte, tuttavia, non precisò espressamente come tali fattori dovessero essere applicati nelle controversie future, né il relativo peso da attribuire a

⁶ *Id.*, par. 170: “*The province of the court is, solely, to decide on the rights of individuals, not to enquire how the executive, or executive officers, perform duties in which they have a discretion. Questions, in their nature political, or which are, by the constitution and laws, submitted to the executive, can never made in this court*”.

⁷ Cfr. R. E. BARKOW, *More Supreme Than Court? The fall of the political question doctrine and the rise of judicial supremacy*, 102 Colum. L. Rev. 237, (2002), 249.

⁸ *Luther v. Borden*, 48 U.S. 1 (1849), ove venne chiesto alla Corte di valutare se l’ordine governativo che consentiva alla milizia statale dello Stato del *Rhode Island* di entrare nella casa del sig. Luther, al fine di eseguirne l’arresto per le sue attività cospirative, fosse nullo; il caso aveva avuto origine durante la *Dorr’s rebellion* ove i ribelli avevano preannunciato l’adozione di una nuova costituzione, nonostante la fermezza del governo in carica sul potere della carta coloniale di Carlo II d’Inghilterra: “[...] *It is the province of a court to expound the law, not to make it [...]*”.

⁹ *Id.*, par. 42: “*Under this article of the Constitution, it rests with Congress to decide what government is the established one in a State. For as the United States guarantee to each State a republican government, Congress must necessarily decide what government is established in the State before it can determine whether it is republican or not. And when the senators and representatives of a State are admitted into the councils of the Union, the authority of the government under which they are appointed, as well as its republican character, is recognized by the proper constitutional authority. And its decision is binding on every other department of the government, and could not be questioned in a judicial tribunal. It is true that the contest in this case did not last long enough to bring the matter to this issue, and, as no senators or representatives were elected under the authority of the government of which Mr. Dorr was the head, Congress was not called upon to decide the controversy. Yet the right to decide is placed there, and not in the courts*”.

¹⁰ *Baker v. Carr*, 369 U.S. 186 (1962). La questione prende le mosse dal ricorso del sig. Baker, residente nel Tennessee, secondo il quale, sebbene la Costituzione statale imponesse una revisione dei distretti elettorali ogni dieci anni, al fine di rispondere ad esigenze di rappresentatività della popolazione, lo stato del Tennessee non vi aveva provveduto dal 1901.

¹¹ *Id.*, par. 217: “*Prominent on the surface of any case held to involve a political question is found a textually demonstrable constitutional commitment of the issue to a coordinate political department; or a lack of judicially discoverable and manageable standards for resolving it; or the impossibility of deciding without an initial policy determination of a kind clearly for non judicial discretion; or the impossibility of a court’s undertaking independent resolution without expressing lack of the respect due coordinate branches of government; or an unusual need for unquestioning adherence to a political decision already made; or the potentiality of embarrassment from multifarious pronouncements by various departments on one question*”.

ciascuno di essi, sebbene, in alcune pronunce successive, sia stato sostenuto che detti fattori fossero delineati in ordine decrescente di importanza e chiarezza¹².

Nella medesima circostanza, congiuntamente ai parametri sopraenunciati, i giudici affermarono, altresì, che le “questioni di sicurezza nazionale e politica estera devono essere considerate come *political*”¹³.

Il corollario della vicenda *Baker v. Carr* risulta, quindi, essere il seguente: a) quando un organo agisce alla stregua dei poteri costituzionalmente conferitigli, le sue azioni sono da ritenersi come *political* e pertanto non giudicabili; b) al contrario, quando un organo eccede l'autorità assegnatagli dalla Costituzione, le sue operazioni saranno soggette al *judicial review* della Corte¹⁴.

Le critiche che vennero mosse al caso *Baker v. Carr* si sostanziarono soprattutto nel non aver esplicitato, la Corte, se il fondamento della dottrina delle *political questions* debba considerarsi proveniente esclusivamente dalla Costituzione, ovvero se essa trovi fondamento anche nelle considerazioni di tipo “prudenziali” circa il potere conferito all'organo giudiziario.

I principi sanciti dal “*leading case*” *Baker v. Carr* vennero, ad ogni modo, ripresi anche all'interno della vicenda *Nixon v. United States*¹⁵ del 1993. Nel caso di specie, la Corte, con una decisione resa all'unanimità, nel definire quando una controversia possa definirsi come *political question*, richiamò ancora una volta il concetto secondo cui “*l'assenza di parametri giurisdizionali dovrebbe rafforzare la conclusione che ivi si tratta di un impegno testuale che necessita il coordinamento di una determinata questione ad un organo politico*”¹⁶.

La Corte, nel corso delle sue successive pronunce, inoltre, si premurò di precisare che la presenza di questioni costituzionali con significative implicazioni politiche non comportava necessariamente la sussistenza di una *political question*¹⁷.

Ad ogni modo, si possono attualmente individuare almeno tre diverse tesi volte a definire i contenuti e i confini della dottrina in commento¹⁸.

Una prima posizione, che definiremo “classica”, sostiene che i giudici avrebbero il compito di giudicare tutte quelle questioni ad essi spettanti, quali l'interpretazione della carta costituzionale, non potendosi eludere tale compito in virtù di mere ragioni prudenziali. Ci si troverebbe, dunque, dinanzi ad

¹² *Vieth v. Jubelirer*, 541 U.S. 267, (2004), (Scalia J., *opinion*).

¹³ *Baker v. Carr.*, par. 211-214. In questo senso, v. anche *Japan Whaling Ass'n v. Cetacean Soc'y*, 478 U.S. 221 (1986), secondo la quale le “*political questions*” non giudicabili sono quelle controversie che ruotano intorno a scelte e valutazioni politiche, costituzionalmente assegnate per la loro risoluzione al Congresso o al potere Esecutivo, tra cui gli affari di politica estera; *Aktepe v. United States*, 105 F.3d 1400 (11th Cir. 1997), dove l'Undicesima circoscrizione federale respinse il caso definendolo come “*political question*” non giudicabile, in quanto la controversia concerneva relazioni estere ed avrebbe così comportato l'ingresso del potere giudiziario all'interno di scelte politiche di tipo discrezionali in ambito militare.

¹⁴ J. C. SMITH, *op. cit.*, 2013-2014, 538.

¹⁵ *Nixon v. United States*, 506 U.S. 224 (1993). La vicenda vide coinvolto l'allora *Chief Judge* Walter L. Nixon, della Corte Federale del Distretto meridionale del Mississippi, accusato di falsa testimonianza dinanzi al *grand jury*. Il 10 maggio 1989, a seguito dei fatti sopradescritti, il Senato avviò un procedimento d'*impeachment* nei confronti di Nixon, e, richiamando la *Rule XI* concernente la procedura d'*impeachment*, nominò un apposito comitato di senatori per raccogliere le prove ed assumere le eventuali testimonianze a carico di Nixon. Questi, invero, ritenendo che la regola del Senato fosse costituzionalmente illegittima perché in contrasto con l'art. I, § 3, cl. 6 della Costituzione, richiese l'intervento della Corte Suprema. I giudici della Corte Suprema, pur concordando con Nixon nel ritenere che tale organo possiede il potere di “*judicial review*” nei confronti delle azioni legislative e di quelle governative qualora eccedano i limiti sanciti dalla Costituzione, nel caso di specie statuirono che non vi era alcun limite testualmente individuabile circa l'autorità conferita al Senato.

¹⁶ *Id.*, par. 228-29.

¹⁷ *Immigration & Naturalization Serv. v. Chadha*, 462 U.S. 919, 942-43 (1983).

¹⁸ In tal senso, F. SCHARPF, *Judicial review and the political question: a functional analysis*, 75 *Yale L.J.* 517, 1966, 517 ss.; L.H. TRIBE, *American constitutional law*, Volume I (Foundation 3d) ed. 2000, 96.

una *political question* ogniqualvolta la Costituzione conferisce il potere di risolvere e interpretare una data questione ad un altro organo dell'ordinamento, diverso dalla Corte Suprema¹⁹.

Secondo altro orientamento, definito “prudenziale”, il fondamento della dottrina della *political question* risiederebbe nei seguenti fattori: il senso di incapacità della Corte nel risolvere una data controversia, unitamente alla singolarità della medesima; la sua rilevanza, tale da condurre ad un giudizio sbilanciato; la preoccupazione, per la Corte, non tanto che il giudizio sarà ignorato, ma che, pur dovendo esserlo, non lo sarà; il senso di insicurezza di una istituzione – la Corte – che non è direttamente responsabile nei confronti dell'elettorato²⁰.

Un'altra tesi, infine, definita come “*functional view*”, sostiene che si possa parlare di *political question* quando una questione sia ritenuta carente delle informazioni necessarie ovvero quando sia tale da condurre il giudice, nella definizione nel merito, a ostacolare l'attività di altri poteri²¹.

Non è mancata, tuttavia, l'opinione di coloro che si sono interrogati circa l'effettiva necessità di individuare una dottrina delle *political questions* all'interno di un ordinamento democratico come quello statunitense²². Secondo tale orientamento, infatti, i casi in cui si è ritenuta sussistente una dottrina delle *political questions* non hanno mai significato una totale astensione dal potere di *judicial review*. Al contrario, i giudici hanno utilizzato il termine *political question* solo per rispetto nei confronti del potere politico: in altre parole, dopo aver esercitato il potere di *judicial review*, la Corte rifiuterebbe di invalidare l'atto impugnato soltanto perché esso rientra nell'autorità costituzionalmente attribuita al Presidente o al Congresso.

2. *Politica estera e political questions*

Un dato che accomuna comunque le varie posizioni sulla dottrina *de qua* può essere individuato nel fatto che, quando si discorre di *political question*, non necessariamente la questione, sulla quale la Corte è chiamata a pronunciarsi, deve avere natura politica in senso stretto²³.

Ciononostante, è possibile constatare che, recentemente, le Corti federali hanno utilizzato sempre più spesso la dottrina delle *political questions*, non già come un espediente utile per evitare conflitti con il Congresso o con il Presidente, bensì come una facile scappatoia dinanzi a questioni particolarmente spinose per le corti medesime, come quelle implicanti la politica estera e la sicurezza nazionale²⁴.

Alcune Corti inferiori, difatti, hanno ritenuto, per esempio, che la discrezionalità delle decisioni in materia militare sono testualmente conferite agli organi politici, e il potere giudiziario non ha alcun parametro giuridico per sindacarle. Significativo è il caso di una Corte distrettuale del *D.C. Circuit*, la quale ha respinto un'azione contro l'operazione degli Stati Uniti denominata “*kill lists*”, ritenendo quest'ultima come una *political question*²⁵. La Corte, orbene, ha nella specie sostenuto che esaminare

¹⁹ Così H. WECHSLER, *Principles, Politics and Fundamental Law*, Harvard University Press, 1961, 11-14; in tal senso anche M.F. WESTON, *Political Questions*, 38 Harvard Law Review 296, 1925.

²⁰ Così A. M. BICKEL, *The least dangerous branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*, Bobbs-Merrill, 1962, 125-126.

²¹ F. SCHARPF, *op. cit.*, 566-582.

²² L. HENKIN, *Is there a “Political Question” doctrine?*, 85 Yale L. J. 597, 1976, 2.

²³ *Baker v. Carr*, par. 186 – 210: “[...] *Of course the mere fact that the suit seeks protection of a political right does not mean it presents a political question [...]*”.

²⁴ Cfr. J. L. GOLDSMITH, *The new formalism in United States Foreign Relations Law*, 70 U. Colo. L. Rev. 1395, 1999, 1402-03; H.L. PEREZ-MONTES, *Note, Justiciability in Modern War Zones: Is the political question doctrine a viable bar to tort claims against private military contractors?*, 83 Tul. L. Rev. 219, 2008, 233.

²⁵ *Al-Aulaqi v. Obama*, 727 F. Supp. 2nd 1, 52 (D.D.C. 2010), ove il padre del Sig. Anwar Al-Aulaqi, quest'ultimo incluso nella “*kill list*” del governo – aveva avviato una procedura giudiziaria finalizzata sia ad accertare se gli Stati Uniti possono

nel merito la decisione del Presidente circa l'avvio di un'azione nei confronti di un bersaglio straniero avrebbe comportato la necessità di sindacare gli *standards* che sottostanno alle valutazioni discrezionali del Presidente. Non vi sono, quindi, parametri giuridici, per la Corte, idonei a sindacare le valutazioni del Presidente nei confronti dell'*intelligence* militare e, di conseguenza, non potrà mai essere giudicata la sua decisione di impiegare la forza militare sulla scorta di detta *intelligence*.

A simili conclusioni si è giunti, altresì, nel caso *El-Shifa v. United States*²⁶, in cui la D.C. *Court of Appeals* ha chiarito che, almeno nei casi riguardanti la sicurezza nazionale e le relazioni esterne, la presenza di una *political question* non proviene tanto dalla natura del comportamento posto in essere dal governo, bensì dalla questione sulla quale il ricorrente pone l'attenzione nella controversia²⁷. In ragione di ciò, la Corte ha distinto tra “azioni che impongono di decidere se la scelta di intraprendere operazioni militari sia o meno saggia”, e “azioni puramente legali, ossia quando il governo ha avuto una base giuridica per agire”²⁸. Le prime, specifica la Corte, sono determinazioni attribuite agli organi politici e i tribunali non sono luoghi per valutare la saggezza di decisioni discrezionali adottate nel campo della politica estera o della sicurezza nazionale²⁹. Le seconde, invece, basandosi su basi giuridiche, ben potranno essere valutate giudizialmente dalla magistratura.

Un recente caso di politica estera, portato all'attenzione della Corte Suprema, *Zivotofsky v. Clinton*³⁰, ha segnato il ritorno della c.d. teoria “classica” all'interno della dottrina delle *political questions*.

La questione sollevata concerneva, in particolare, uno *Statute* del Congresso³¹, con il quale veniva attribuito al Segretario di Stato, su richiesta dell'interessato, il compito di registrare, come luogo di nascita sul passaporto, lo stato di Israele per i cittadini americani nati nella città di Gerusalemme. Pochi mesi dopo l'entrata in vigore del suddetto *Statute*, Menachem Binyamin Zivotofsky era nato a Gerusalemme da due cittadini americani, e sua madre aveva presentato una richiesta, per conto del figlio, al fine di ottenere, come luogo di nascita sul passaporto di quest'ultimo, la dicitura “Gerusalemme, Israele”. Tuttavia l'amministrazione statale si era opposta a detta richiesta, in conformità alla politica di non assumere posizioni circa l'appartenenza di Gerusalemme allo stato di Israele, informando la Sig.ra Zivotofsky che avrebbe potuto registrare sul passaporto solo “Gerusalemme”, e non anche “Israele”³².

Il caso era giunto dinanzi alla *District Court* per il D.C., la quale aveva rigettato la questione ritenendola non giudicabile, per effetto della presenza di una “*political question*”. La *Court of Appeals* per il D.C. *Cir.*, a sua volta, aveva confermato la decisione, richiamando i parametri enunciati nel caso *Baker v. Carr*³³, ed in particolare la presenza di una prerogativa espressamente conferita dalla Costituzione ad uno degli organi politici³⁴.

La Corte Suprema, nell'*opinion* del *Chief Justice* Roberts, ha stabilito, al contrario, che il caso prospettato non presentava una *non-judicable political question*. Roberts ha qualificato la dottrina delle

selezionare determinati individui per “uccisioni mirate”, sia ad impedire qualunque azione in tal senso nei confronti di Anwar Al-Aulaqui.

²⁶ *El-Shifa Pharmaceutical Industries Co. v. United State*, 607 F.3d 836, 844 (D.C. Cir. 2010). In risposta all'attentato terroristico, nel 1998, presso le ambasciate degli Stati Uniti in Kenya e Tanzania, il presidente Clinton aveva ordinato alcuni attacchi aerei contro due bersagli, tra cui una fabbrica in Sudan ritenuta essere associata con i terroristi nella produzione di materiali per armi chimiche. I proprietari dello stabilimento avevano intentato un'azione contro gli Stati Uniti lamentando sia la violazione della “*the law of nations*” per effetto della distruzione dei loro impianti, sia il carattere diffamatorio delle dichiarazioni rese dai funzionari del governo nei loro confronti.

²⁷ *Id.*, par. 842.

²⁸ *Id.*, par. 842.

²⁹ *Id.*, par. 843.

³⁰ *Zivotofsky v. Clinton*, 132 S. Ct. 1421, 1425 (2012).

³¹ *The Foreign Relations Authorization Act for the Fiscal Year 2003*, Pub. L. No. 107-228, 116 Stat. 1350 (2002).

³² *Zivotofsky v. Sec'y of State*, 571 F.3rd 1227, 1228, 1229 (D.C. Cir. 2009).

³³ *V. supra*.

³⁴ *Zivotofsky v. Sec'y of State*, 571 F.3rd 1227, 1230 (D.C. Cir. 2009).

political questions come un'eccezione stretta alla regola generale secondo la quale il potere giudiziario ha il dovere di decidere i casi debitamente portati alla sua attenzione³⁵. Secondo il Collegio, dunque, la D.C. *Circuit* avrebbe confuso una questione meramente politica, riservata come tale gli organi preposti – relativa al fatto se Gerusalemme fosse o meno la capitale di Israele – con la relativa questione giuridica sottostante – ossia se Zivotofsky potesse azionare il suo diritto per ottenere la dicitura “Israele” sul suo passaporto³⁶. Decidere detta controversia comporterebbe nient'altro che una valutazione se lo *Statute* incide “*unconstitutionally*” sul potere degli affari esteri spettanti al Presidente, e di conseguenza, se il diritto individuale conferito può essere rivendicato³⁷. Siccome le Corti inferiori non avevano adempiuto a tale valutazione, la Corte ha rinviato il caso alla D.C. *Circuit*³⁸.

È opportuno precisare, comunque, che con questa decisione la Corte non ha affermato categoricamente che un ricorso avente ad oggetto uno *Statute* non possa presentare a sua volta una *political question*. In ragione di ciò, i giudici Sotomayor e Alito hanno ritenuto di dovere redigere le rispettive *concurring opinions*, chiarendo che “sindacare la costituzionalità di un atto del Congresso ben può comportare in alcuni casi la presenza di una *political question*”³⁹, e che “non è impossibile immaginare un caso riguardante l'applicazione o la legittimità di un atto, tale da implicare una questione non giudicabile”⁴⁰.

3. *Political questions e diritti fondamentali: il caso della Health Care Legislation al vaglio della Corte Suprema*

La dottrina delle *political questions* si inserisce, inevitabilmente, anche nell'ambito del rapporto con la tutela dei diritti fondamentali. Una dimostrazione in tal senso è senza dubbio rinvenibile negli effetti derivanti dall'approvazione della riforma del sistema di assistenza sanitaria da parte dell'amministrazione Obama nel 2010⁴¹, con la quale si è aperto il dibattito circa l'applicabilità della teoria della *political question* anche in relazione alle scelte politiche che incidono sia su prerogative statali, sia sulle garanzie costituzionali, nonché sui diritti fondamentali dei cittadini. L'oggetto di maggior dibattito è risultato, in particolare, l'*individual mandate*, ossia l'obbligo di dotarsi, entro l'anno 2014, di una polizza assicurativa sanitaria, pena l'applicazione di una sanzione pecuniaria.

Prima dell'intervento della Corte Suprema, è bene evidenziare che già alcune Corti federali avevano mostrato una certa fermezza nel dichiarare incostituzionali tutte quelle disposizioni atte a obbligare la stipula di un'assicurazione; altre Corti, al contrario, in virtù dell'applicazione della dottrina della *political question*, si sottraevano a qualunque sindacato di costituzionalità, rigettandone le rispettive istanze.

La Corte Suprema⁴², a seguito del ricorso presentato dalla Corte federale di Atlanta, con una votazione finale di 5 contro 4, ha ritenuto l'*individual mandate* compatibile con la Costituzione, confermando,

³⁵ *Zivotofsky v. Clinton*, 132 S. Ct. 1427 (2012).

³⁶ *Id.*

³⁷ *Id.*, par. 1427-28.

³⁸ Qualche anno successivo, la *Court of Appeals*, nel decidere nuovamente nel merito la questione, ha dichiarato lo *Statute* illegittimo: *Zivotofsky ex. rel. Zivotofsky v. Sec'y of State*, No. 07-5347, 2013, WL 3799663 (D.C. Cir. 23 luglio 2013). Si veda, *ex plurimis*, J. GOLDSMITH, *Quick Reaction to CADAC's analysis in Zivotofsky*, *Lawfare*, 24 luglio 2013, all'indirizzo telematico www.lawfareblog.com

³⁹ *Zivotofsky v. Clinton*, 132 S. Ct. par. 1436 (Alito, J., *concurring*).

⁴⁰ *Id.*, par. 1435 (Sotomayor, J., *concurring*).

⁴¹ *Patient Protection and Affordable Care Act (ACA)*, Pub. L. no. 111-148, 124 Stat. 119, successivamente modificato, nel 2010, con l'*Health Care and Education Reconciliation Act*, Pub. L. no. 111-152, 124 Stat. 1029. Tale riforma estende la copertura sanitaria a circa 32 milioni di cittadini statunitensi, rafforza i programmi di assistenza del governo nei confronti delle classi più povere, ed allo stesso tempo aumenta l'imposizione fiscale per le classi più ricche.

⁴² *The National Federation of Independent Business (NFIB) v. Sebelius*, 567 U.S. (2012).

altresì, che il Governo di Washington aveva il potere costituzionale di risolvere i problemi «di carattere nazionale». A sostegno di tale assunto, è stata adottata la considerazione che il *taxing and spending review* deve essere esercitato nel rispetto della Costituzione⁴³, al fine di raggiungere l'obiettivo di “*general welfare*”, ma esso può anche incidere su materie non espressamente incluse nel catalogo dei poteri enumerati: nel caso di specie, il Congresso, pur non avendo il potere di imporre l'acquisto di un'assicurazione sanitaria, poteva comunque imporre un tributo sulla medesima materia⁴⁴.

Riservando ad altra sede le conseguenze *strictu sensu* politiche della decisione, può affermarsi che, dal punto di vista giuridico, essa rappresenta sicuramente un passo importante nella storia della riforma sanitaria statunitense, atteso che la Corte ha optato per il superamento dell'estrema intrinseca politicità della questione, per giungere ad un difficile bilanciamento fra diritti fondamentali e articolazione costituzionale delle competenze politiche.

4. Political questions e possibili rimedi

Nonostante i limiti espressamente o implicitamente previsti dalla Costituzione (quali il potere di *judicial review*), deve evidenziarsi che talvolta, per effetto della dottrina delle *political questions*, detti limiti non appaiono sufficienti per contrastare quei comportamenti tenuti dagli organi politici che si presumono lesivi delle prerogative costituzionali⁴⁵.

Secondo l'opinione dei sostenitori della dottrina della *political question*, qualora una disposizione costituzionale non sia suscettibile di applicazione giudiziaria, essa potrà comunque essere suscettibile di esser fatta valere in sede elettorale: si ritiene, in particolare, che gli elettori, laddove non abbiano un rimedio giudiziario per lamentare una violazione costituzionale, in virtù della *political question*, potranno comunque ottenere tutela attraverso il ritorno alle urne, rimuovendo gli organi politici dai rispettivi uffici⁴⁶. Rachel Barkow ha rilevato che, nel caso in cui il Congresso dovesse promulgare un provvedimento in contrasto con la Costituzione, un siffatto rimedio volto a destituire un suo membro o il suo Presidente potrà assicurare sia le libertà dei cittadini sia, soprattutto, il controllo sul potere degli organi politici medesimi⁴⁷.

Similarmente la Corte Suprema si è pronunciata nel caso *United States v. Richardson*⁴⁸, ove ha respinto le conclusioni del ricorrente, il quale sosteneva che lo “*Statement and Account Clause*” della Costituzione comportava la pubblicazione del bilancio dell'agenzia centrale di *Intelligence*. Sebbene la Corte abbia rigettato la questione affermando che il ricorrente era privo del requisito di “*standing to sue*” nel procedimento, la vicenda si presenta di interesse, giacché, nel caso di specie, i giudici hanno espressamente suggerito al ricorrente, nonostante la privazione dello strumento giudiziario, di avvalersi del rimedio elettorale al fine di invocare l'asserita violazione costituzionale: “*The Constitution created a representative Government, with the representatives directly responsible to their constituents at stated periods of two, four, and six years; that the Constitution does not afford a judicial remedy does not, of course, completely disable the citizen who is not satisfied with the “ground rules” established by the*

⁴³ [Art. I, sec. VIII, cl. 1, Constitution.](#)

⁴⁴ *NFIB v. Sebelius*, cit., 16-27 (Roberts, J., opinion).

⁴⁵ J. R. SIEGEL, *The Political Question Doctrine and the Supreme Court of United States*, edited by Nada Mourta-Sabbah and Bruce E. Cain, Lanham, MD: Lexington Books, 2007, 243.

⁴⁶ A. BICKEL, *The least dangerous branch: the Supreme court at the bar of politics*, 1962, 3.

⁴⁷ R. BARKOW, *op. cit.*, 327.

⁴⁸ *United States v. Richardson*, 418 U.S. 166 (1974). La disposizione costituzionale di cui Art. I, § 9, cl. 7, prevede che “a regular Statement and Account of the Receipts and Expenditures of all public Money shall be published from time to time”. Richardson, un contribuente statunitense, sostenne che il Congresso avesse violato la disposizione, disponendo che le spese della agenzia centrale di *intelligence* non necessitavano di essere pubblicate.

*Congress for reporting expenditures of the Executive Branch. Lack of standing within the narrow confines of Art. III jurisdiction does not impair the right to assert his views in the political forum or at the polls. Slow, cumbersome, and unresponsive though the traditional electoral process may be thought at times, our system provides for changing members of the political branches when dissatisfied citizens convince a sufficient number of their fellow electors that elected representatives are delinquent in performing duties committed to them*⁴⁹.

Altre Corti hanno seguito tale suggerimento, come nel caso *Morgan v. United States*, ove la D.C. Circuit ha richiamato l'orientamento anzidetto affermando che "un considerevole grado di responsabilità è sempre salvaguardato dalle elezioni popolari"⁵⁰.

Un siffatto orientamento, tuttavia, non pare tenere adeguatamente conto delle differenze fondamentali che intercorrono tra il rimedio giudiziale e quello elettorale⁵¹.

In primo luogo, il rimedio giudiziale è un rimedio specifico e focalizzato: un ricorrente decide di adire il giudice per una specifica richiesta o per un diritto particolare, e il rimedio giudiziale prevede un procedimento *ad hoc* per la risoluzione del caso proposto. Il rimedio elettorale, invece, non è mai incentrato su una specifica questione, in quanto le elezioni del Congresso e del Presidente non possono mai essere considerate alla stregua di un referendum abrogativo.

Ulteriore aspetto di differenziazione risiede nel fatto che il processo elettorale non opera all'interno di un sistema di precedenti. Siccome le elezioni sono imperscrutabili, esse non potranno imporre precedenti vincolanti per le successive elezioni. Inoltre, ogni elezione si caratterizza per nuovi candidati e nuove questioni. Pur ipotizzando, in qualche modo, che gli elettori riescano a rimuovere alcuni membri del Congresso dai rispettivi seggi per comportamenti contrari alla costituzione, nulla garantisce un risultato simile anche in futuro. Gli organi politici, difatti, ben potranno reiterare il comportamento precedentemente censurato, in modo da richiedere un nuovo intervento da parte del corpo elettorale. Legittimamente si potrebbe obiettare che, poiché le corti possono esercitare il potere di "overruling" sulle precedenti decisioni, il rimedio giudiziario ugualmente non possa risolvere, in maniera assoluta, le questioni *de quibus*. Tuttavia deve evidenziarsi, ancora una volta, che il ruolo del precedente è abbastanza differente all'interno dei due rimedi. Il presidente o un membro del Congresso, contemplando provvedimenti ritenuti, in passato, come incostituzionali da parte dei giudici, avranno sicuramente una minore aspettativa circa il successo dell'azione da compiere. Per quanto concerne, invece, le azioni che sollevano questioni costituzionali di per sé non giudicabili, e che in passato hanno comportato una sconfitta elettorale, esse non precluderanno ad alcun esponente della classe politica di ipotizzare, in futuro, un ripensamento degli elettori, e che provvedimenti analoghi potrebbero essere non più censurati da questi ultimi.

Secondo altra tesi, invece, al fine di superare i problemi correlati allo strumento del rimedio elettorale, occorre far riferimento al rimedio legislativo⁵². Esso, infatti, si differenzerebbe dal primo circa la possibilità di condurre determinate questioni sensibili ad una votazione, all'interno del Congresso, di tipo "up-or-down"⁵³. Tuttavia anche il ricorso al rimedio legislativo condivide alcuni problemi già sorti in relazione al rimedio elettorale, aggiungendone uno ulteriore: mentre il ricorso elettorale, così come il ricorso giudiziario, sono strumenti dotati di una certa esecutività, nel senso di ottenere determinati risultati – la proclamazione degli eletti nel primo caso, una decisione di accoglimento o rigetto da parte

⁴⁹ *Id.*, par. 179.

⁵⁰ *Morgan v. United States*, 801 F.2nd 445, 450 (D.C. Cir. 1986). V, *ex plurimis*, *Schroder v. Bush*, 263 F.3rd 1169, 1171 (10th Cir. 2001); *Smith v. Regan*, 844 F.2nd 195, 200 (4th Cir. 1988); *Flynn v. Schultz*, 748 F.2nd 1186 (7th Cir. 1984).

⁵¹ In questo senso, J. R. SIEGEL, *op. cit.*, 258.

⁵² *Id.*, par. 263.

⁵³ Con tale espressione si fa riferimento all'ipotesi in cui si lascia alle Camere solo l'opzione di rigettare o approvare una particolare questione, senza poterla emendare.

del giudice nel secondo caso – il rimedio legislativo, al contrario, non prevede alcuna azione diretta da parte dei cittadini che possa obbligare il Congresso a portare una determinata questione alla sua approvazione. Se è vero che una corte, investita legittimamente di una determinata questione avente ad oggetto la legittimità costituzionale di uno *statute*, ha comunque l'obbligo di decidere quella data controversia, non altrettanto può dirsi con riferimento all'organo legislativo, il quale ben potrebbe ignorare l'eventuale richiesta di modificare un atto normativo ritenuto incostituzionale⁵⁴.

Per tali ragioni, quindi, tanto il ricorso elettorale tanto quello legislativo non possono essere considerati strumenti finali di risoluzione delle violazioni costituzionali, in quanto incapaci di provvedere a riparazioni a lungo termine, alla stregua del rimedio giudiziario.

La dottrina delle "*political questions*" appare dunque, ancora oggi, uno tra gli aspetti più delicati di tutto il diritto costituzionale statunitense, per l'incidenza che essa può avere sull'effettiva garanzia della Costituzione⁵⁵.

⁵⁴ Cfr. L. D. KRAMER, *The Supreme Court, 2000 Term, Foreword: We the Court*, 115 Harv. L. Rev. 1, 2001, 27.

⁵⁵ L. M. SEIDMAN, *The Secret life of the Political Question Doctrine*, 37 J. Marshall L. Rev., 2004, 443. In questo senso v. anche R. F. NAGEL, *Political Lawm Legalistic Politics: a Recent History of the Political Question Doctrine*, 56 U. Chi. L. Rev., 1989, 643, laddove afferma che "la dottrina delle *political questions*, spesso criticata e screditata, mantiene pur sempre una certa presa sulla giurisprudenza. Ne consegue che dopo circa duecento anni di crescita e consolidamento, il sistema giudiziario della nazione appare come un imponente edificio costruito sopra una falla che sembra contenuta, ma che non va mai via".

Pasquale Costanzo**L'uso fatto della Carta dei diritti dell'Unione nella giurisprudenza della Corte EDU***

SOMMARIO: 1. Osservazioni introduttive. – 2. La “globalizzazione” nell’uso delle fonti nella giurisprudenza della Corte Edu e la circolazione culturale dei valori di libertà. – 3. *Segue*: Diritto convenzionale e diritto internazionale generale. – 4. *Segue*: Diritto convenzionale e diritto eurolunitario generale. – 5. Una Carta dei diritti nel mercato aperto (osservazioni preliminari). – 6. *Segue*: Quale uso della Carta da parte di Strasburgo (la presa in carico dell’interesse dell’Unione). – 6.1. A) La Carta proclamata. I “contorni” del giudizio (I). – 6.2. *Segue*: L’iter decisorio (I). – 6.3. B) La Carta vigente. I “contorni” del giudizio (II). – 6.4. *Segue*: L’iter decisorio (II). – 7. La Carta dei diritti come strumento di “diplomazia giudiziaria” (la dottrina della protezione equivalente). – 8. Considerazioni conclusive.

1. Osservazioni introduttive

Nell’accingerci a riferire, sia pure nei limiti di una schematica relazione, circa l’uso fatto, da parte della Corte Edu, della Carta dei Diritti fondamentali dell’Unione europea a partire da quando tale documento ha acquisito un qualche rilievo ufficiale mediante la sua proclamazione il 7 dicembre 2000, ancor prima quindi della sua presa di vigore per effetto del Trattato di Lisbona il 1° dicembre 2009¹, sembra preliminarmente opportuno sottolineare come s’intenda qui ragionare nella sostanza di un aspetto, per quanto peculiare, del più generale rapporto tra la Corte di Strasburgo e l’ordinamento internazionale.

Tale lineare circostanza richiama, a nostro modo di vedere, l’essenziale considerazione per cui, per quanto s’intenda esaltare il rapporto con l’ordinamento dell’Unione, è pur sempre con un fenomeno parziale della dinamica complessiva di tale giurisdizione sovranazionale che ci si trova a confrontarsi, talché, anche guardando all’attuale stallo dell’adesione dell’Unione alla Convenzione dei diritti dell’uomo, non sembrerebbe del tutto giustificato concepire in partenza un regime di relazioni tra Corte Edu ed ordinamento dell’Unione di carattere privilegiato nell’ambito di una complessiva giurisprudenza riguardante ben 47 Parti contraenti. Si ritiene appropriato, in altri termini, evitare il rischio di guardare a Strasburgo con le sole lenti dell’Unione, tenendo, oltretutto, presente che, con la Corte europea, si è in presenza di una giurisdizione operante da molto più tempo rispetto al momento in cui la Carta è venuta in essere, e che, dal canto suo, la Convenzione di Roma pone tra sé e la Carta praticamente mezzo secolo di vita (e non trascurandosi nemmeno il fatto che i giudici di Strasburgo godono oggi di una posizione speciale nell’ambito di quel diritto internazionale da cui traggono legittimazione sia la Corte stessa, sia la validità del complesso normativo Cedu).

Non è dubbio, del resto, che la Corte europea sia pervenuta nel tempo ad assumere un ruolo alquanto più rilevante di quello già consistente che ad essa spetta nel sistema convenzionale, esercitando, tra l’altro, un’influenza territorialmente più estesa di quella coincidente con il solo ambito europeo². Tanto da potersi senz’altro convenire con la previsione per cui la giurisprudenza di Strasburgo continuerà a funzionare come un motore dell’evoluzione dello stesso diritto internazionale: da diritto, cioè, “riguardante gli Stati” a diritto “orientato alle persone”.

Sarebbe, d’altro canto, superfluo sottolineare in questa sede come gli apporti della Corte europea alla (ri)strutturazione dell’ordinamento internazionale nel campo dei diritti umani appaiano già tangibili sotto diversi aspetti, specie quanto all’affermazione dell’ineffettività delle clausole di reciprocità per i pertinenti trattati, dell’inoperabilità delle riserve apposte in sede di ratifica qualora

* Contributo destinato a L. D’Andrea - G. Moschella - A. Ruggeri - A. Saitta (curr.), *La Carta dei diritti dell’Unione europea e le altre Carte (ascendenze culturali e mutue implicazioni)*, Giappichelli, Torino, 2016.

¹ L’indagine si arresta al 31 dicembre 2015.

² Cfr., ad es., al riguardo, P. KENNA, M. JORDAN, *Housing Rights in Europe: The Council of Europe leads the way*, in P. KENNA (cur.), *Contemporary Housing Issues in Globalized World*, Ashgate, Farnham Surrey 2014, 115 ss.

ne derivi un affievolimento sostanziale degli stessi diritti che si stipula di garantire³ e, ancora, sia pure in maniera non del tutto coerente (come si avrà occasione di precisare più avanti), dell'allentamento dell'immunità degli Stati nel caso di violazione, da parte loro, di quegli stessi diritti.

Appare, tuttavia, evidente come tutta questa complessa problematica sfugga, a tacer d'altro, alle considerazioni di raggio assai più delimitato di chi vi parla, sebbene, per le ragioni appena accennate, non potrà, nel prosieguo, essere persa di vista la relazione della Corte europea non solo con il sistema convenzionale, ma anche con il complessivo ordine internazionale di cui la stessa Carta dei diritti fondamentali è entrata a far parte a pieno titolo ormai da più di un lustro⁴.

2. La "globalizzazione" nell'uso delle fonti nella giurisprudenza della Corte Edu e la circolazione culturale dei valori di libertà

Il sistema di incroci normativi e giurisprudenziali a cui hanno dato vita i raccordi tra la Corte Edu ed il diritto internazionale a livello sia universale, sia regionale, ha indotto a ragionare di un processo di "globalizzazione" nell'uso delle fonti di riferimento da parte della medesima Corte⁵. D'altro canto, può agevolmente considerarsi come l'esperienza di Strasburgo appaia paradigmatica del ruolo oggi accordato alla giurisprudenza come vera e propria fonte del diritto (almeno) nel campo dei diritti umani, non essendo più la relativa elaborazione (se mai lo sia stata) una pedissequa reazione ad una regola di diritto, ma risultando piuttosto uno strumento di conformazione e di reperimento della regola stessa nell'ambito del materiale, talvolta magmatico, fornito da una pluralità di legislatori e corti.

Di un siffatto fenomeno, che potrebbe anche essere additato come la cifra caratteristica dell'esperienza giuridica contemporanea, ed il cui spessore assiologico spero che possa indirettamente emergere da un'argomentazione di necessità di carattere tecnico, v'è, peraltro, piena consapevolezza da parte della Corte europea. Com'è noto, il *leading case* in proposito è costituito dalla sentenza della Grande Camera [Demir e Baykara](#)⁶. Se, infatti, come si premura di chiarire la Corte, l'interpretazione lessicale della Convenzione Edu non si sottrae ai criteri posti (*the ordinary meaning*) dagli artt. 31, 32 e 33 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati⁷, si pone

³ A partire, com'è noto, da [Loizidou c. Turchia](#) (eccezioni preliminari), 23 marzo 1995, req. n. 15318/89.

⁴ Sulle "vicissitudini" del testo v. L. TRUCCO, *Carta dei diritti fondamentali e costituzionalizzazione dell'Unione europea*, Giappichelli, Torino 2013, 29 ss.

⁵ Cfr., in argomento, J. ORBIE, L. TORTELL, *From the social clause to the social dimension of globalization* in J. ORBIE E L. TORTELL (curr.), *The European Union and the Social Dimension of Globalization. How the EU influences the world*, Routledge, London e New York 2009, 1 ss.; S. BOYSEN, *The Impact of Human Rights on Supranational Regimes*, in K. HOFFMANN-HOLLAND (CUR.), *Ethics and Human Rights in a Globalized World*, Mohr Siebeck, Tübingen 2009, spec. 226 ss.; L. CATA BACKER, *Private Actors and Public Governance Beyond the State: The Multinational Corporation, the Financial Stability Board, and the Global Governance Order*, in *Indiana J. Global Legal Studies*, 2011, vol. 18, 751 ss. In ambito interno, cfr., part., Corte Suprema di Cassazione (Ufficio del massimario e del ruolo), [Orientamento di giurisprudenza. Rapporti tra la giurisprudenza della Corte di Cassazione e la giurisprudenza della Corte EDU: anno 2011](#) (rel. n. 23/2011 bis), del 22 dicembre 2011; e, in dottrina, ad es. A. GUAZZAROTTI, [I diritti fondamentali dopo Lisbona e la confusione del sistema delle fonti](#), in *Rivista AIC*, 3/2011, 14 settembre 2011, 2 ss.; A. CELOTTO, [La dimensione europea delle fonti del diritto](#), in *Federalismi.it*, 14/2012, 11 luglio 2012, 6; e F. SORRENTINO, *Principi costituzionali e complessità delle fonti*, in *Diritto e società*, 2013, 483 e ss.; si rinvia, infine, volendo, a P. COSTANZO, *Il ruolo del fattore tecnologico e le trasformazioni del costituzionalismo*, relazione al Convegno di Salerno 23-24 novembre 2012 "Costituzionalismo e globalizzazione", in *Rass. parlam.*, 2012, 811 ss.

⁶ V. Corte Edu, Grande Camera, [Demir e Baykara c. Turchia](#), 12 novembre 2008, req. n. 34503/97 ed il commento di V. DE STEFANO, *La protezione del diritto di sciopero nella dialettica tra corti e organi di supervisione internazionali*, in *Giorn. dir. lav. relaz. ind.*, 2014, 461 ss.; nonché, *amplius*, G. SCIARRA, *Un confronto a distanza: il diritto di sciopero nell'ordinamento globale*, in *Pol. dir.*, 2012, 213; e, per un inquadramento ancora più generale della pronuncia, A. SCHILLACI, [La cooperazione nelle relazioni tra Corte di giustizia dell'Unione Europea e Corte europea dei diritti dell'uomo](#), in *Rivista AIC*, 4/2012, 2 ottobre 2012, 8; e A. GUAZZAROTTI, *I diritti sociali nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2013, 9 ss.

⁷ Sotto questo profilo, come rilevato anche da osservatori interni, peraltro, sulla scia dell'analisi straniera (cfr. C. CIUFFETTI, [Convergenze nelle giurisprudenze sovranazionali europee nelle tutele dei diritti fondamentali](#), in *Federalismi.it*, 17.05.2013), la sentenza non presenterebbe particolari novità rispetto a quanto già statuito dalla Corte Edu

nondimeno come privilegiata sul piano generale l'interpretazione di senso finalizzata alla garanzia dei diritti e delle libertà: non rilevando se tale circostanza possa andare a discapito delle limitazioni eventualmente formulate e della possibilità stessa di riconoscere alle Parti contraenti un qualche margine di apprezzamento.

Si tratta, in altri termini, per la Corte, di evitare che le garanzie convenzionali si rivelino solo teoriche ed illusorie («*Since the Convention is first and foremost a system or the protection of human rights, the Court must interpret and apply it in a manner which renders its rights practical and effective, not theoretical and illusory*»), prendendo in conto, allo scopo, tutti gli elementi utili interni ed esterni al sistema convenzionale, anche in chiave evolutiva e perfino nella medesima interpretazione fornita dagli organismi a ciò preposti («*the "living" nature of the Convention*»)⁸. In questa stessa prospettiva, se tra quegli elementi, i trattati e in genere le fonti scritte occupano ovviamente un posto preminente, un grande risalto è attribuito anche ad una sorta di *idem sentire* (*principles*) rilevabile nell'ambito del consorzio internazionale («*in this context, it is not necessary for the respondent State to have ratified the entire collection of instruments that are applicable in respect of the precise subject matter of the case concerned. It will be sufficient for the Court that the relevant international instruments denote a continuous evolution in the norms and principles applied in international law (...) and show, in a precise area, that there is common ground in modern societies*»)⁹, laddove, all'ineludibile esigenza di una base legittimante di siffatta condotta ermeneutica, la Corte intende all'evidenza far fronte sul piano del metodo perseguito, ossia mercé il reperimento (e la dimostrazione) di un grado adeguato di consenso, allargato e multilivello, su determinate soluzioni interpretative.

Se con quanto fin qui delineato, si è riusciti nell'intento di fornire le coordinate essenziali di un primo fondamentale aspetto dello *ius dicere* della Corte di Strasburgo, sembra opportuno procedere, proprio in aderenza al ragionamento fatto, secondo uno schema, per così dire, a cascata, accennando, in un primo tempo, all'uso, da parte della Corte Edu, dello stesso diritto internazionale generale e, poi, più settorialmente, del diritto dell'Unione, focalizzando, infine, maggiormente l'attenzione sui rapporti tra giurisprudenza europea e Carta dei diritti. Di questa stessa fonte dell'Unione, sarà esaminata, in un secondo tempo e prima di abbozzare qualche, sia pur provvisoria, conclusione, la possibilità di svolgere un ruolo a livello più istituzionale, vale a dire come chiave di lettura del rapporto tra le due Corti sovranazionali, anche nella prospettiva dell'adesione dell'Unione alla Cedu¹⁰.

3. Segue: *Diritto convenzionale e diritto internazionale generale*

Nel prendere in considerazione il primo profilo, è utile sottolineare come l'interazione tra diritto convenzionale e diritto internazionale nella giurisprudenza della Corte Edu non sia a senso unico.

Al ricorso alle fonti internazionali da parte della Corte europea, corrisponde, infatti, un'influenza sensibile della stessa Corte su altre Corti ed organismi impegnati a livello internazionale sul fronte della difesa dei diritti umani (quali, esemplarmente, il Comitato per i Diritti umani delle Nazioni

in [Golder c. Regno Unito](#), 21 febbraio 1975, req. n. 4451/70; in [Johnston e altri c. Irlanda](#), 18 dicembre 1986, req. n. 9697/82; in [Lithgow e altri c. Regno Unito](#), 8 luglio 1986, reqq. nn. 9006/80, 9262/81, 9263/91, 9265/81, 9266/81, 9313/81, 9405/81; ed in [Witold Litwa c. Polonia](#), 4 aprile 2000, req. n. 26629/95.

⁸ V. Corte Edu, [Demir e Baykara c. Turchia](#), cit., rispettivamente ai §66 e §68.

⁹ V. Corte Edu, [Demir e Baykara c. Turchia](#), cit., §86.

¹⁰ Sulle interazioni, in un sistema vieppiù globalizzato e multilivello, tra sistemi sovranazionali e internazionali e nazionali, specialmente in materia di tutela dei diritti, v. in dottrina, ad es. A. RUGGERI, [Salvaguardia dei diritti fondamentali ed equilibri istituzionali in un ordinamento. "intercostituzionale"](#), in [Rivista AIC](#), 4/2013, 8 novembre 2013, 1 ss.; S. GAMBINO, [Livello di protezione dei diritti fondamentali \(fra diritto dell'Unione, convenzioni internazionali, costituzioni degli Stati membri\) e dialogo fra le Corti](#), in [Federalismi.it](#), 13/2014, 25 giugno 2014, 1 ss.; ed E. LAMARQUE, [Le relazioni tra l'ordinamento nazionale, sovranazionale e internazionale nella tutela dei diritti](#), in [Dir. pubbl.](#), 2013, 727 ss.

Unite¹¹, la Corte interamericana dei diritti umani¹² e la Commissione africana dei diritti dell'uomo e dei popoli¹³), talché non sembra fuori luogo ragionare di una sorta di “europeizzazione” del contenzioso internazionale nella materia.

Una seconda - ci pare - interessante, notazione (anche se il fenomeno coincide in gran parte con lo stesso uso del diritto internazionale che s'intende qui mettere in evidenza) concerne il fatto per cui la Corte Edu, nel “maneggiare” le fonti internazionali al fine di conferire maggior respiro alle regole convenzionali, non esita, se del caso, a svolgere anche un'attività di controllo sulla corretta applicazione di tali fonti da parte degli Stati firmatari della Convenzione.

Certo, un tale controllo non potrebbe svolgersi astrattamente, difettando in tal senso la competenza della Corte europea, ma può trovare un'opportuna giustificazione quando si rivela funzionale alla verifica dell'osservanza delle regole convenzionali. Comunque sia, è la stessa Corte a teorizzare espressamente questa sua attitudine, configurando ampiamente la sua missione e attribuendo alla Convenzione un valore strumentale rispetto alla manutenzione dell'ordine pubblico europeo nell'ambito della protezione dei diritti umani¹⁴, tanto da farne “debordare” l'efficacia al di là della volontà delle stesse parti contraenti quando lo scopo sia il raggiungimento degli obiettivi convenzionali.

Il meccanismo testé evocato si riscontra particolarmente nel campo della tutela dei minori, in cui la Corte europea, all'atto di apprezzare il rispetto o meno dell'art. 8 della Convenzione sul diritto al rispetto della vita privata e familiare, ha anche proceduto a determinare la corretta applicazione della Convenzione dell'Aja del 25 ottobre 1980, sugli aspetti civili della sottrazione internazionale di minori, alla luce della successiva Convenzione di New York del 20 dicembre 1989 sui diritti del fanciullo¹⁵. Per pervenire, cioè, alla valorizzazione della nozione di “interesse del minore”, la Corte non ha esitato ad operare attraverso il combinato di un trattato con l'altro, con l'obiettivo di farne rifluire il risultato nella sostanza prescrittiva dell'art. 8 della Convenzione¹⁶.

Senza dilungarci oltre su simili rilievi, mette conto ora di fornire finalmente qualche altro dato significativo circa l'uso fatto dalla Corte Edu delle fonti internazionali per sorreggere l'attività interpretativa delle clausole della Convenzione di Roma, al di là quindi dell'*acquis* giurisprudenziale e normativo delle Parti contraenti a livello convenzionale o più ampiamente nell'ambito del Consiglio d'Europa (si pensi, ad es., alla Carta sociale europea).

Si tratta, peraltro, dal punto di vista quantitativo, di dati assai densi, sicché, per darne adeguatamente conto, necessiterebbe un'analisi dedicata, non essendo certo sufficienti i pochi tratti impressionistici quali potranno darsi nella presente occasione. Comunque sia, tenendo a mente tale essenziale riserva, osserviamo, innanzi tutto, come, nella direzione indicata, rilevi in maniera considerevole la normazione prodotta nell'ambito dell'Organizzazione delle Nazioni Unite, a cui appartiene l'appena ricordata Convenzione sui diritti del fanciullo, che appare, anzi, tra i testi internazionali più frequentati. A questa possono esemplificativamente aggiungersi sia la Convenzione sull'abolizione del lavoro forzato n. 29 del 1930 dell'OIL, rispetto alla quale (nell'art. 2, par. 2), nella

¹¹ Al proposito, su talune delle più attuali problematiche v. G. BORGNA, *La prassi delle decisioni di inammissibilità della Corte europea al vaglio del Comitato ONU dei diritti umani: rischio di un “cortocircuito” fra i due sistemi di protezione?* in *Dir. um. dir. internaz.*, 2015, 135 ss.

¹² Per un'analisi quantitativa e qualitativa del fenomeno v. T. GROPPI, [Le citazioni reciproche tra la Corte europea e la Corte interamericana dei diritti dell'uomo: dall'influenza al dialogo?](#), in [Federalismi.it.](#), 19/2013, 25 settembre 2013, 1 ss.

¹³ Cfr., in argomento, da ultimo, G. PASCALE, *Extraterritorial applicability of the African Charter on human and people' rights* in *Dir. um. dir. internaz.*, 2014, 644 ss.

¹⁴ Almeno a partire da [Loizidou c. Turchia](#), 23 marzo 1995, req. 15318/89.

¹⁵ Cfr., *ex multis*, in argomento, M.G. RUO, “*The best interest of the child*” nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, in *Minorigiustizia*, 2011, 39 ss.; e, da una prospettiva interna, C. SALAMONE, *Il “best interest” del minore e gli obblighi internazionali dell'Italia ex art. 117, comma 1, della Costituzione*, in *Dir. um. dir. internaz.*, 2012, 414 ss.

¹⁶ Sul «fondamentale contributo» da parte della Convenzione di Strasburgo per la «costruzione, in sede europea, di una giustizia a misura di minore», *ex multis*, cfr. F. TOMMASEO, *Il processo civile familiare e minorile italiano nel contesto dei principi europei*, in *Dir. fam. pers.*, 2012, 1272 ss.

decisione [Siliadin](#) del 26 ottobre 2005, la Corte Edu rileva l'«*analogie frappante, et qui n'est pas fortuite*» con l'art. 4, par. 3 della Convenzione Edu¹⁷, sia la Convenzione del 25 settembre 1926, da cui è tratta la nozione di schiavitù sussunta nel divieto recato dalla medesima Convenzione Edu.

Ancora considerazione meritano le dec. [Al-Adsani](#) del 21 novembre 2001¹⁸ e la più recente [Jones](#) del 14 gennaio 2014¹⁹, anche se tali pronunce, nel rivelarsi certamente esemplari dell'attitudine qui descritta della Corte, registrano un problematico appiattimento della Corte Edu sulla posizione della Corte internazionale di giustizia circa la portata del diritto consuetudinario tradizionale in materia di immunità degli Stati, malgrado le incondizionate affermazioni recate dalla Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo (art. 5), dal Patto internazionale sui Diritti civili e politici (art. 7), dalla Convenzione ONU contro la tortura (artt. 2 e 4) del 10 dicembre 1984, nonché dalla giurisprudenza della Corte internazionale penale per la ex Jugoslavia, che aveva addirittura concepito le obbligazioni connesse al divieto di tortura come gerarchicamente superiori al normale diritto dei trattati e internazionale consuetudinario (emblematico, al riguardo, il [caso Furundzija](#)²⁰). Se non può negarsi di trovarsi qui in presenza di una delle incoerenze specifiche della giurisprudenza europea dianzi accennate, non si potrebbe, però assolutamente dimenticare come, sul piano generale, sia stata la stessa Corte Edu a porre le basi per l'incrinatura della tradizionale impermeabilità dell'immunità degli Stati in caso di delitti di tortura, indicando nella legittimità e nella proporzionalità dello scopo i parametri essenziali per valutare in concreto il comportamento di uno Stato. E qui il pensiero corre alla sentenza n. 238 del 2014 della nostra Corte costituzionale²¹: sentenza che, se non poteva essere considerata del tutto inattesa dal punto di vista interno, non dovrebbe apparire neanche così sorprendente nella prospettiva internazionale, dove appunto l'inattaccabilità degli Stati ha cominciato, non da ora e proprio ad opera della Corte Edu, a perdere il suo carattere granitico quando occorra rispondere all'esigenza di tutela dei diritti fondamentali delle persone.

Restando nell'ambito dell'ONU, un cenno può ancora farsi alla decisione della Grande Camera [Mangouras](#)²², dove le sollecitazioni alla Corte Edu, trattandosi di statuire in materia di disastri ambientali marini, sono provenute dalla giurisprudenza del Tribunale internazionale sul diritto del mare.

Articolando ulteriormente la nostra rassegna, notiamo come un ruolo venga talora riconosciuto anche alla giurisprudenza della Corte interamericana dei diritti dell'uomo a partire dal caso [Akdivar](#) del 16 settembre 1996²³, sebbene certe analisi tendano ad escluderne una particolare rilevanza (ma probabilmente si tratta di un giudizio comparativo rispetto ad altre fonti internazionali). Ciò che interessa, tuttavia, in questa sede, è sottolineare come i riferimenti ad oltre Oceano coprano non pochi settori, quali il diritto a ricorrere (ad es., il testé indicato caso [Akdivar](#)), il diritto alla vita (v. la dec. [Öcalan](#)²⁴), il divieto di tortura e di trattamenti inumani e degradanti (v. il caso [Kurt](#))²⁵, il divieto di *ne bis in idem*²⁶ ed il divieto di donazione degli embrioni umani (v. la sentenza [Parrillo](#), contenente tra l'altro un richiamo anche alla Convenzione Americana sui Diritti Umani)²⁷.

¹⁷ V. Corte Edu, [Siliadin c. Francia](#), 26 ottobre 2005, req. n. 73316/01, §116.

¹⁸ V. Corte Edu, [Al-Adsani c. Regno Unito](#), 21 novembre 2001, req. n. 35763/97.

¹⁹ V. Corte Edu, [Jones e altri c. Regno Unito](#), 14 gennaio 2014, reqq. nn. 34356/06 e 40528/06.

²⁰ V. International Tribunal for the Prosecution of Persons (United Nations), [Prosecutor v. Anto Furundzija](#) (case IT-95-17/1-T), 10 dicembre 1998.

²¹ Per un'ampia indicazione di commenti alla decisione, v. in [Consulta OnLine](#), alla pagina <http://www.giurcost.org/decisioni/2014/0238s-14.html>.

²² V. Corte Edu, Grande Camera, [Mangouras c. Spagna](#), 28 settembre 2010, req. n. 12050/04.

²³ V. Corte Edu, sent. [Akdivar ed altri c. Turchia](#), 16 settembre 1996, req. n. 21893/93.

²⁴ V., ad es., Corte Edu, Grande Camera, [Öcalan c. Turchia](#), 12 maggio 2005, reqq. nn. 24069/03, 197/04, 6201/06 e 10464/07.

²⁵ V., ad es., Corte Edu, [Kurt c. Turchia](#), 25 maggio 1998, req. n. 15/1997/799/1002.

²⁶ V., ad es., Corte Edu, [Zolotukhin c. Russia](#), 10 febbraio 2009, req. n. 14939/03, e [Scoppola c. Italia](#) n. 2, 17 settembre 2009, req. n. 10249/03.

²⁷ V., ad es., Corte Edu, Grande Camera, [Parrillo c. Italia](#), 27 agosto 2015, req. n. 46470/11, spec. al §13 e ss..

Un'importanza non trascurabile è ancora attribuita dalla Corte Edu alle varie Corti internazionali specializzate per taluni crimini (si è detto della Corte internazionale penale per la ex Jugoslavia), nonché alla stessa Corte penale internazionale²⁸.

Occorre, però, a questo punto avvertire, non solo, come si diceva, della portata assolutamente esemplificativa della rassegna in parola, ma anche di una sua certa artificiosità: nel senso di guardare isolatamente alla citazione degli atti internazionali, mentre è la stessa Corte Edu a voler accreditare i propri esiti interpretativi sul piano dell'universalità dei principi espressi e della globalità del consenso rilevato, facendovi convergere atti europei ed extraeuropei (ad es., la pronuncia relativa al caso *Glor*, dove si ricorda che la Convenzione e i suoi Protocolli «*doivent s'interpréter à la lumière des conditions d'aujourd'hui*²⁹» e la sentenza *Scoppola c. Italia (n. 2)*», per cui «*un consensus s'est progressivement formé aux niveaux européen et international pour considérer que l'application de la loi pénale prévoyant une peine plus douce, même postérieure à la commission de l'infraction, est devenue un principe fondamental du droit pénal*³⁰»).

Ciò che, nel contempo, ci permette di rimarcare la circostanza per cui non si è dovuto attendere la Carta dei diritti perché anche il diritto eurounitario generale, quale parte attiva dell'ordinamento internazionale, fosse assunto dalla Corte di Strasburgo come referente interpretativo nella sua giurisprudenza.

4. *Segue: Diritto convenzionale e diritto eurounitario generale*

Un processo di mutua integrazione tra diritto eurounitario e sistema Cedu è, infatti, in atto visibilmente da tempo³¹. Traguardando tale fenomeno solo dal punto di vista della Corte europea, le occasioni di contatto si verificano principalmente allorché la Corte Edu sia chiamata ad esaminare la convenzionalità di un diritto nazionale attuativo del diritto dell'Unione (del tutto fuori linea, come vedremo, sono i ricorsi che assumono anche a Strasburgo come parametro il diritto dell'Unione), oppure (ed è questa la situazione che al momento ci riguarda) quando ancora la Corte, per le sue soluzioni giurisprudenziali, tragga ispirazione e ragioni di persuasione dal diritto eurounitario e/o dalla giurisprudenza di Lussemburgo. In quest'ultima direzione, occorre, del resto, prendere subito atto che la funzione di referente interpretativo del materiale giuridico eurounitario in settori alquanto sensibili nell'ambito della protezione dei diritti umani ha assunto una certa consistenza.

Procedendo, pertanto, anche qui, ad una mera campionatura di casi per la fase temporale anteriore alla comparsa della Carta dei diritti, ma potendo ulteriormente distinguere tra adesione diretta della Corte Edu alle soluzioni normative e/o giurisprudenziali estraibili dall'ordinamento dell'Unione e mero richiamo di materiali reputati utili ad accreditare diverse tesi argomentative, possiamo ricordare, in quest'ultimo senso, particolarmente *Marckx*, dove il richiamo (tra l'altro il primo in assoluto³²) alla giurisprudenza della Corte di giustizia³³ ha il chiaro compito di attestare la sussistenza di due principi generali collegati, per cui se, da un lato, resta vero che «*les conséquences pratiques de toute décision juridictionnelle doivent être pesées avec soin*», dall'altro, «*on ne saurait (...) aller jusqu'à infléchir l'objectivité du droit et compromettre son application future en raison des répercussions qu'une décision de justice peut entraîner pour le passé*». Talché, con riferimento al problema specifico della sopraggiunta parificazione tra figli legittimi e naturali, in ogni caso «*le principe de sécurité juridique, nécessairement inhérent au droit de la Convention comme au droit communautaire, dispense l'État*

²⁸ V., ad es. in tal senso, la Corte di Strasburgo, nel caso *Scoppola c. Italia*, cit., §35 e ss.

²⁹ V. Corte Edu, *Glor c. Svizzera*, 30 aprile 2009, req. n. 13444/04, §53.

³⁰ V., Corte Edu., *Scoppola c. Italia*, cit., §106.

³¹ Sulla «doppia» storia dei diritti in Europa, tra Comunità Europea (ora Unione Europea) e Convenzione europea dei diritti dell'uomo» cfr., part., A. D'ALOIA, *Europa e diritti: luci e ombre dello schema di protezione "multilevel"*, in *Dir. Un. Eur.*, 2014, 10 ss.

³² Per assistere al reciproco di una citazione così specifica, si dovrà aspettare la sent. della Corte di giustizia del 30 aprile 1996, in C-13/94, *P. c. S e Cornwall County Council*.

³³ Per la precisione, a Corte di Giustizia, sent. dell'8 aprile 1976, in C 43-75, *Defrenne c. Sabena*.

*belge de remettre en cause des actes ou situations juridiques antérieurs»*³⁴. Merita ancora attenzione la sentenza della Grande Camera³⁵, in cui, al precipuo fine di chiarire il quadro della problematica sindacale, un qualche peso viene riconosciuto anche alla un po' negletta Carta comunitaria dei diritti sociali fondamentali dei lavoratori del 9 dicembre 1989. Con la già citata decisione *Mangouras* del 2010³⁶, invece, la chiamata in causa del diritto dell'Unione serve a comprovare l'evoluzione diffusa della sensibilità giuridica in uno specifico settore (si trattava della crescente tendenza alla criminalizzazione dei disastri marini a fronte delle gravi conseguenze ambientali provocate).

La prima (la più incisiva) delle due situazioni accennate è, invece, riscontrabile, ad es., nella dec. *Pellegrin*³⁷, in cui, nell'intento di fissare un criterio certo per l'identificazione dei rapporti di lavoro coperti dalle garanzie di cui all'art. 6, par. 1, della Convenzione, la Corte di Strasburgo dichiara di voler in proposito far propri totalmente gli esiti dall'esperienza comunitaria prendendo in considerazione, nell'individuare la tipologia delle attività e degli impieghi riguardati, una Comunicazione della Commissione europea³⁸, nonché la stessa elaborazione giurisprudenziale della Corte di giustizia³⁹. Analogamente può riscontrarsi in due decisioni del 2006: la prima del 17 aprile, in cui la Corte «*estime donc que l'article 8 doit être interprété en l'espèce à la lumière du droit communautaire et en particulier des obligations imposées aux Etats membres quant aux droits d'entrée et de séjour des ressortissants communautaires*⁴⁰»; e la seconda del 4 aprile, dove lo stesso giudice «*Concernant ce point*» sostiene che «*tout en n'étant pas déterminant pour la question soulevée au regard de l'article 14 de la Convention, n'en revêt pas moins une importance capitale, il y a lieu d'attacher un poids particulier à la valeur hautement persuasive de la conclusion à laquelle a abouti la CJCE*» (specialmente nella giurisprudenza resa nell'ambito del caso «*The Queen c. Secretary of State for Social Security*»)⁴¹.

Piuttosto indiretta, ma non meno rilevante, appare, ancora, l'importanza accordata alla giurisprudenza di Lussemburgo⁴² nella dec. della Corte EDU del 25 febbraio 1993 *Funke*, a proposito del divieto dell'obbligo di testimoniare contro se stessi⁴³. Sempre nella stessa ottica un'attenzione particolare merita la decisione *DH* resa dalla Grande Camera nel quadro della problematica suscitata dai trattamenti discriminatori, in cui la Corte (dopo aver sottolineato come la Raccomandazione di politica generale n. 3 della Commissione europea per la lotta contro il razzismo e l'intolleranza nei confronti dei Rom del 6 marzo 1998 si ispiri alle direttive 2000/43/CE e 2000/78/CE), nel pervenire alla conclusione che «*l'article 14 [della Cedu] n'interdit pas à un Etat membre de traiter des groupes de manière différenciée pour corriger des "inégalités factuelles" entre eux*», dato che «*dans certaines circonstances, c'est l'absence d'un traitement différencié pour corriger une inégalité qui*», richiama espressamente, per l'assunzione della nozione di "discriminazione indiretta", la normativa comunitaria⁴⁴. Abbastanza similmente può essere letta la notissima e assai discussa decisione della Grande Camera nel caso *A.B.C.* del 16 dicembre 2010⁴⁵. Qui il percorso logico della Corte è abbastanza complicato, ma non per questo meno univoco dato che, per accreditare la portata esegetica

³⁴ V. Corte Edu, *Marckx c. Belgio*, 13 giugno 1979, req. n. 6833/74, §58

³⁵ V. Corte Edu, Grande Camera, *Sorensen e Rasmussen c. Danimarca* dell'11 gennaio 2006, req. n. 52562/99 e 52620/99.

³⁶ V. la *supra* alla nota 22.

³⁷ V. Corte Edu, *Pellegrin c. Francia* dell'8 novembre 1999, req. n. 28541/95.

³⁸ Trattasi, per la precisione, della *Comunicazione 88/C 72/02* sulla "Libera Circolazione di lavoratori e accesso agli impieghi nella Pubblica Amministrazione" pubblicata nella G.U.C.E. del 18 marzo 1988.

³⁹ Spec. Corte di giustizia, sent. 26 maggio 1982, nella causa 149/79, *Commissione c. Belgio*; e la sent. del 2 luglio 1996, in C-473/93, *Commissione c. Granducato del Lussemburgo*.

⁴⁰ V. Corte Edu, *Aristimuño Mendizabal c. Francia*, 17 gennaio 2006, req. n. 51431/99, §69.

⁴¹ V. Corte Edu, Grande Camera, *Stec e altri c. Regno Unito*, 12 aprile 2006, reqq. nn. 65731/01 e 65900/01, §58 e Corte di Giustizia, sent. 7 luglio 1992, in C-9/91, *The Queen c. Secretary of State for Social Security, ex parte Equal Opportunities Commission*.

⁴² V., partic., Corte di giustizia, sent. 18 ottobre 1989, in causa 374/87, *Orkem c. Commissione*.

⁴³ V. Corte Edu, *Funke c. Francia*, 25 febbraio 1993, req. n. 10588/83.

⁴⁴ V. Corte Edu, Grande Camera, *DH c. Repubblica Ceca*, 13 novembre 2007, req. n. 57325/00, §175.

⁴⁵ V. Corte Edu, Grande Camera, *A.B.C.*, 16 dicembre 2010, req. n. 25579/05.

di una disposizione della Costituzione irlandese (come quella che vieterebbe in principio l'aborto salvo il caso di pericolo per la vita della madre), vengono richiamati due specifici Protocolli allegati rispettivamente ai trattati di Maastricht e di Lisbona, valorizzando di quest'ultimo (Protocollo n. 35), la clausola intesa a assicurare che (neanche) con l'entrata in vigore della Carta dei diritti potrebbe dirsi prodotto un affievolimento delle interdizioni costituzionali irlandesi⁴⁶.

Per vero, non manca un'ulteriore situazione che vede la Corte Edu prendere, sì, in considerazione l'esperienza dell'Unione ma solo al fine di dimostrare la perdurante fluidità di una certa problematica. Con la decisione della quarta sezione del 7 dicembre 2004, sulla ricevibilità del ricorso nell'ambito del caso [Mentzen](#)⁴⁷, la Corte Edu mostra, infatti, di tener conto delle difficoltà già postesi davanti alla Corte di giustizia⁴⁸ quanto al problema della trascrivibilità dei nomi da un Paese all'altro (anche se la soluzione assunta poi sarà più *tranchante*, affermandosi la correttezza del comportamento dello stato civile lettone, dal momento che «*en tout état de cause, le risque de malentendu dans ce domaine ne peut pas être évité tant que les documents de voyage et les pièces d'identité du monde entier ne seront pas complètement unifiés*»)⁴⁹.

Le situazioni esposte non esauriscono all'evidenza la tipologia delle motivazioni di Strasburgo nel fare appello all'Unione, ma ne rappresentano probabilmente quelle più appariscenti: ciò che, però, forse maggiormente interessa è l'ampio riconoscimento, che ne emerge, della realtà comunitaria, per di più nello stesso ambito operativo della Corte Edu, nonché indirettamente delle credibilità ad autorevolezza, non meno che per altre fonti internazionali, di talune soluzioni adottate specie dove le problematiche, ma anche gli stessi campi materiali, siano venuti in evidenza per effetto delle trasformazioni sociali solo successivamente alla Convenzione di Roma.

5. Una Carta dei diritti nel mercato aperto (osservazioni preliminari)

Benché non si sia qui chiamati a ragionare *ex professo* della natura e della fisionomia della Carta dei diritti, già tante volte evocata, non sembra inutile formulare in proposito qualche considerazione che faccia da viatico ulteriore alla ricognizione intesa a verificare, questa volta in modo più disteso, quale sia l'uso che la Corte Edu ha dimostrato di voler fare di un tale documento normativo.

La constatazione da cui occorre prendere le mosse è, peraltro, basata su circostanze note ed in particolare sul fatto che, ad un dato momento della sua vicenda evolutiva, la protezione accordata ai diritti fondamentali da parte della Corte di giustizia ha risposto prioritariamente ad esigenze strategiche nei confronti dell'integrazione comunitaria, tra cui l'assestamento delle istanze portate vigorosamente avanti da determinate Corti costituzionali in punto di protezione dei diritti fondamentali dei cittadini dei rispettivi ordinamenti⁵⁰. Tale fatto genetico non potrebbe essere ora trascurato tanto da non rendere più percettibile la differenza di missione tra Lussemburgo e Strasburgo, sembrando, infatti, ancora appannaggio della sola Corte Edu la vocazione esclusiva ad essere il giudice dei diritti in Europa.

D'altro canto, è giusto osservare come tale differenza di posizione non sia mai stata (saggiamente) contestata in sede eurounitaria, dove, anzi, non hanno fatto difetto le occasioni per rimarcare come, nell'ambito del mercato aperto instaurato con i Trattati originari, la tutela dei diritti fondamentali non abbia mai rappresentato un obiettivo privilegiato e nemmeno preminente. Chi, per caso, l'avesse

⁴⁶ Cfr., per un più ampio esame del caso, D. TEGA, F. REY MARTINEZ, *Il caso A, B e C c. Irlanda in tema di interruzione della gravidanza*, in AA.VV., *I dieci casi sui diritti in Europa*, a cura di M. Cartabia, Il Mulino, Bologna 2011, 39 ss.

⁴⁷ V. Corte Edu, [Mentzen alias Mencena c. Lettonie](#), 7 dicembre 2004, req. n. 71074/01.

⁴⁸ V., in partic., Corte di giustizia, sent. del 30 marzo 1993, in C-168/91, [Christos Konstantinidis c. Stadt Altensteig, Standesamt, e Landratsamt Calw, Ordnungsamt](#).

⁴⁹ V. Corte Edu, *décision sur la recevabilité*, [Mentzen alias Mencena c. Lettonia](#), 7 dicembre 2004, req. n. 71074/01, § .

⁵⁰ Cfr., volendo, sul punto a P. COSTANZO, *Le tappe dell'edificazione comunitaria: dall'idea dell'Europa all'Unione europea*, in P. COSTANZO - L. MEZZETTI - A. RUGGERI (curr.), *Lineamenti di diritto costituzionale dell'Unione europea*, Giappichelli, Torino 2010, 37 ss.

dimenticato, potrebbe invece ricordare come, già nella sent. del 17 dicembre 1970, [Internationale Handelsgesellschaft](#) che «*la salvaguardia di questi diritti, pur essendo informata alle tradizioni costituzionali comuni agli stati membri, [andasse] garantita entro l'ambito della struttura e delle finalità della comunità*»⁵¹ (cui ha fatto eco, a Lisbona, la speciale Dichiarazione n. 2, relativa all'articolo 6, paragrafo 2 del Trattato sull'Unione europea)⁵².

Ed è quindi in tale prospettiva che sembra corretto mantenersi nel prosieguo di queste osservazioni: ciò che non toglie alcun interesse alla domanda se l'entrata in vigore della Carta, e già prima la sua mera proclamazione, possano aver introdotto elementi di novità tali da mutare la rispettiva dislocazione tra Strasburgo e Lussemburgo per quanto riguarda la protezione dei diritti.

Diciamo subito che, nonostante l'intenso e sapiente dibattito prodottosi in materia, non riteniamo che i rapporti tra le due giurisdizioni e, più in generale, lo stesso livello istituzionale, abbiano per il momento subito alterazioni. Per quanto riguarda, infatti, l'anzidetta posizione della Corte Edu come giudice speciale europeo dei diritti, può, intanto, osservarsi che, almeno fino alla preconizzata adesione dell'Unione come tale alla Cedu, la situazione non potrebbe dirsi mutata, anche se la Carta potrebbe aver fornito nuovo smalto ad un sistema già radicatosi in precedenza. Se, poi, un tale obiettivo fosse raggiunto, a maggior ragione ne riuscirebbe confermata quella posizione, sicché, salva l'approvazione di speciali clausole, l'ampiezza del riscontro sull'attività giurisdizionale di Lussemburgo non dovrebbe essere molto diversa da quello esercitato rispetto a qualsiasi altro firmatario della Convenzione di Roma⁵³.

Per altro verso, anche indipendentemente dall'adesione (e quindi già adesso), la Carta dei diritti mostra di voler perfezionare e stabilizzare il sistema di protezione già messo in auge dai giudici di Lussemburgo in un tempo in cui non esisteva alcun vincolo giuridico per la Corte di giustizia di attenersi alla giurisprudenza della Corte Edu.

La Carta, infatti, conferma, nell'art. 52, la relazione privilegiata instaurata dall'Unione con la Cedu in tema di protezione dei diritti, modulando la tutela secondo i principi da essa stessa fissati, ossia principalmente, sulla base del

- principio di protezione corrispondente a quella accordata agli omologhi diritti della Convenzione Edu, (comma 3, prima frase)⁵⁴;

ed il

- principio della miglior tutela, se erogata dall'Unione o da altra fonte interna o internazionale, compresa la stessa Convenzione Edu (art. 53).

Certo, non s'ignora come queste prescrizioni abbiano talvolta patito qualche torsione da parte della Corte di giustizia, che, a tutela del primato del diritto dell'Unione e della sua omogenea applicazione in tutti i Paesi dell'Unione, ha escluso che una miglior tutela potesse essere concessa unilateralmente da un Paese membro (ad es. nel noto caso [Melloni](#)⁵⁵). Del resto, che una simile presa di posizione abbia finito col mettere in secondo piano quella "*primauté*" della Convenzione che la Carta sembrava aver voluto sottolineare è implicitamente ammesso da una delle condizioni che, com'è noto, sono state postulate dalla Corte di giustizia per dare disco verde all'adesione dell'Unione alla Cedu (nel parimenti notorio [parere](#) del 18 dicembre 2014⁵⁶).

⁵¹ V. Corte di giustizia, sent. del 17 dicembre 1970, in C-11/70, [Internationale Handelsgesellschaft mbH c. Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel](#), §4.

⁵² Peraltro, indicazioni in tal senso possono desumersi dall'ancor più recente dec. [Ivo Taricco e altri](#), in C-105/14.

⁵³ Circa il delicato profilo della previsione (a cui la Corte di Giustizia non sarebbe persa in punto di principio contraria, nel [parere n. 2 del 2103](#)), all'atto dell'adesione dell'Unione alla Convenzione, di c.d. "*disconnection clauses*", col risultato di riconoscere particolare rilievo al diritto dell'Unione (rispetto a quello degli Stati), v. G. GAJA, *Una mancata disconnessione relativamente alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. dir. internaz.*, 2015, 148 ss.

⁵⁴ Estrapolabile dall'obbligo di attribuire in questo caso lo stesso senso e la stessa portata ricavabile dalla Convenzione, s'intende, per come interpretata dal suo giudice naturale, ossia la Corte di Strasburgo.

⁵⁵ V. Corte di Giustizia, sent. del 26 febbraio 2013, in causa C-399/11, [Stefano Melloni c. Ministero Fiscale](#). Valga, dunque, in generale l'ammonimento circa la sterilità del tentativo di imbrigliare la consistenza normativa dei diversi diritti nell'articolato quadro di riferimenti pertinenti, destinato com'è ad essere largamente superato dagli equilibri che si determineranno tra le Corti: cfr. F. SORRENTINO, *Principi costituzionali*, cit., 497.

⁵⁶ V. Corte di Giustizia (Sed. Plen.), [parere n. 2/2013](#) del 18 dicembre 2014. In merito, cfr. G. GAJA, *Una mancata*

Ora, se una simile “ridefinizione” della predetta *primauté* convenzionale costituisce attualmente “solo” una contraddizione del tutto interna all’Unione, invece, nel rapporto bilaterale tra Unione e Cedu instauratosi con l’adesione della prima a quest’ultima risulterebbe inammissibile e neanche (forse) giustificabile con una sorta di bilanciamento tra valori primari espressi dalle fonti costituzionali.

In un quadro siffatto, può, quindi, cogliersi meglio l’opportunità di un’indagine indirizzata alla ricognizione della condizione attuale dei rapporti tra istituzioni e fonti nel quadro della realtà giuridica sovranazionale europea alla luce dell’uso fatto della Carta dei diritti da parte della Corte di Strasburgo, che, nell’attesa dell’adesione dell’Unione alla Cedu, ha già in maniera evidente “aderito”, dal canto suo, alla Carta, non solo riconoscendone ovviamente la vigenza ed il rango, ma recependone in maniera apprezzabile principi e regole a sostegno ermeneutico delle clausole convenzionali.

6. *Segue: Quale uso della Carta da parte di Strasburgo (la presa in carico dell’interesse dell’Unione)*

Al fine di non appesantire l’esposizione, evitando al possibile un andamento meramente antologico, l’analisi sulle decisioni della Corte europea caratterizzate da un qualche richiamo alla Carta dei diritti verrà condotta sia seguendo un criterio cronologico, sia in una prospettiva funzionale: il primo, piuttosto semplice, farà leva sullo spartiacque temporale tra A) la fase di esistenza *soft* della Carta e B) la fase successiva, allorché essa sarà recepita come vigente nella giurisprudenza europea; a mente invece del secondo criterio, si procederà sulla base di una tipizzazione un po’ più complessa delle circostanze in cui, nell’ambito delle circa cinque dozzine di decisioni repertorate, quel richiamo è riscontrabile.

A quest’ultimo scopo, pur con tutta l’intuibile approssimazione, l’analisi della giurisprudenza ha suggerito di scomporre le situazioni sulla base della funzionalità e della provenienza dei richiami, declinati come di carattere:

a) “defensionale” quando riflettano l’intendimento (peraltro, puntualmente disatteso almeno in via diretta e formale) delle parti in causa di far assumere anche davanti alla Corte di Strasburgo valore parametrico al catalogo eurolunitario dei diritti al fine della valutazione della validità degli atti impugnati;

b) “istruttorio” allorché la Carta è preliminarmente inquadrata nel diritto “pertinente”, interno, internazionale e comparato, ossia in sede di ricognizione delle coordinate normative idonee a presiedere al caso o comunque ad avviare il ragionamento della Corte, quand’anche la soluzione adottata ne prescindere completamente;

c) “decisorio” quando principi e norme della Carta siano univocamente assunti a riferimento ermeneutico delle norme convenzionali utilizzate nella parte in “diritto” per sorreggere la *ratio* o le *rationes* del *decisum*;

d) “argomentativo” quando i richiami siano effettuati soltanto in opinioni concorrenti o dissenzienti appunto come argomenti *ad adiuvandum* o *ad opponendum* rispetto alla statuizione collegiale, indipendentemente dal fatto che nella parte motiva della sentenza la Carta non abbia ottenuto esplicitamente neppure un cenno;

e) “istituzionale” che si propone d’individuare quando la Carta entra nel discorso della Corte Edu non (o non solo) come ausilio interpretativo alla Convenzione, ma anche (e soprattutto) come indice valutativo dell’assetto istituzionale dell’Unione e dei conseguenti riflessi sui rapporti tra le due Corti europee.

6.1. A) *La Carta proclamata. I “contorni” del giudizio (I)*

Nel periodo preso per primo in considerazione si contano globalmente non meno di venti “occasioni” rilevanti al nostro proposito.

Si tratta di un segno anche quantitativo non disprezzabile di attenzione per le dinamiche evolutive dell’Unione, anche se, come già accennato, riferimenti al cd. *soft law* si rinvergono nella giurisprudenza di Strasburgo non raramente anche per altri ambiti internazionali. Non priva di rilievo, però, potrebbe essere la circostanza di una potenziale “instabilità” della Carta, laddove i documenti usualmente richiamati fruiscono, a differenza della Carta “proclamata”, di una consistenza testuale e di un’operatività, quale che sia, ormai definite.

Un altro aspetto un po’ paradossale che può essere rimarcato è che i primi “bagliori” della Carta siano provenuti non tanto e non solo da Lussemburgo quanto da Strasburgo: più precisamente ciò vale con riguardo all’atteggiamento della sola Corte di giustizia, la cui [Grande Sezione](#) citerà il documento per la prima volta il 27 giugno 2006⁵⁷ (ed infatti, il Tribunale di primo grado aveva infatti già mostrato di averne contezza in una [decisione](#) del 2001⁵⁸ e l’Avvocato generale Alber vi aveva fatto cenno in proprie [Conclusioni](#), parimenti del 2001⁵⁹).

In questo senso, sembra, anzi, che il primato cronologico appartenga in assoluto ad una citazione recata dall’opinione concorrente del giudice Costa espressa a margine della decisione della terza sezione Corte Edu resa nel caso [Hatton](#) del 2 ottobre 2001⁶⁰, su cui appresso avremo ancora modo di ritornare.

Per quanto riguarda, invece, le pronunce della stessa Corte di Strasburgo, la data da cui occorre partire si situa nel 2002, dato che la Carta dei diritti vi compare per la prima volta attraverso un mero richiamo nell’ambito del diritto pertinente nelle coppie di decisioni [Jiří Linek](#) del 16 aprile 2002 (sulla ricevibilità)⁶¹ e [Ivan Vodrážka](#) del 30 aprile 2002⁶², entrambe della seconda sezione, e [I. c. Regno Unito](#) dell’11 luglio 2002⁶³ e [Christine Goodwin](#)⁶⁴, di pari data ed entrambe della Grande Camera: essendo, però, solo nell’ultima coppia di pronunce che il richiamo assume, come vedremo subito appresso, un significato più pregnante per il ragionamento della Corte⁶⁵. È comunque anche nell’opinione parzialmente dissenziente, che accompagna la dec. [Frette](#)⁶⁶, che la Carta viene esibita come catalizzatore di un processo diffusamente in corso per cui, a fronte dell’atteggiamento prudente e rispettoso del margine di apprezzamento nazionale adottato dal collegio, l’orientamento sessuale dovrebbe essere preso invece in conto nel valutare la sussistenza delle discriminazioni basate sul sesso interdette dall’art. 14 Cedu anche in materia di adozione di minori.

⁵⁷ V. Corte di Giustizia, Grande Sezione, sent. 27 giugno 2006, C-540/03, [Parlamento europeo c. Consiglio](#).

⁵⁸ V. Tribunale di primo grado (sez. I ampl.), sent. 20 febbraio 2001, T-112/98, [Mannesmannröhren-Werke c. Commissione](#).

⁵⁹ Per la precisione, nelle Conclusioni del 1° febbraio 2001, relative alla causa C-340/99, [TNT Traco SpA c. Poste Italiane spa](#).

⁶⁰ V. Corte Edu, sez. III, [Hatton ed altri c. Regno Unito](#), 2 ottobre 2001, req. n. 36022/97.

⁶¹ V. Corte Edu, sez. II, [Jiří Linek c. Repubblica ceca](#) *décision sur la recevabilité* del 16 aprile 2002, req. n. 54423/00.

⁶² V. Corte Edu, sez. II, [Ivan Vodrážka c. Repubblica ceca](#), 30 aprile 2002, req. n. 46149/99.

⁶³ V. Corte Edu, Grande Camera, [I. c. Regno Unito](#) dell’11 luglio 2002, req. n. 25680/94.

⁶⁴ V. Corte Edu, Grande Camera, [Christine Goodwin c. Regno Unito](#) dell’11 luglio 2002, req. n. 28957/95.

⁶⁵ Su come la Corte di Strasburgo avesse “bruciato sul tempo quella del Lussemburgo” (nel [caso Goodwin](#)) e, più in generale, sull’uso della Carta in quel periodo, cfr. G. BRONZINI e V. PICCONE, *La Carta di Nizza nella giurisprudenza delle Corti europee*, in *I Diritti dell’uomo: cronache e battaglie*, 2006, 5 ss.; per un quadro generale della giurisprudenza “multilevel” in materia di diritti di quel periodo, cfr., inoltre, C. NEGRI, *La Carta di Nizza, la CEDU e la tutela dei diritti fondamentali negli ordinamenti giuridici interni*, in *Nuove aut.*, 2004, 905 ss.; e G. RAIMONDI, *La Carta di Nizza del 7 dicembre 2000 nel quadro della protezione dei diritti fondamentali in Europa*, in *Cass. pen.*, 2002, 1885 ss.

⁶⁶ V. Corte Edu, sez. III, [Frette c. Francia](#), 26 maggio 2002, req. n. 36515/97, e l’opinione parzialmente dissenziente comune ai giudici Bratza, Fuhrmann e Tulkens.

Per vero, un approccio, per così dire, analogamente evasivo rispetto a quest'ultima problematica si riscontra anche nelle decc. *I. c. Regno Unito* e *Christine Goodwin c. Regno Unito* menzionate⁶⁷, benché esse (e veniamo a descriverne il contenuto più rilevante) vadano notoriamente e soprattutto segnalate per aver invece negato la sussistenza di margini di apprezzamento in ordine al diritto dei soggetti transessuali di far riconoscere il loro mutato stato sessuale nello stato civile e di vedere conseguentemente riconosciuto il diritto a contrarre matrimonio. Più specificamente, tale portata garantista, rispettivamente degli artt. 8 e 12 della Convenzione, viene estrapolata dalla Corte Edu dall'art. 9 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, che attesterebbe l'esistenza di un processo in atto teso a ricomporre nell'individuo la sessualità fisica con il sentimento di appartenenza sessuale personale e sociale.

Le potenzialità propulsive della Carta sono già subito percepite, oltre che dalla Corte Edu collegialmente intesa, anche dalle prese di posizione dei singoli giudici contenute nelle varie opinioni espresse *a latere*, in cui la *verve* discorsiva non infrequentemente incrocia proprio la Carta.

Talune "sortite" di questo tipo sono già, dunque, registrabili nel lasso di tempo che trascorre fino alla successiva presa di attenzione collegiale per il catalogo eurounitario dei diritti nel 2006. Così una sorta di dialettica a senso unico caratterizza la vicenda processuale di cui alle due decc. *Hatton* del 2 ottobre 2001 della III sezione, dianzi citata⁶⁸, e dell'8 luglio 2003 della Grande Camera: infatti, mentre alla prima sentenza si accompagna un'opinione concorrente in cui il richiamo dell'art. 37 della Carta milita a favore del *decisum* della Corte (bendisposta nei confronti della protezione del domicilio e della vita privata e familiare), da cui sarebbe, tra l'altro, "*regrettable*" tornare indietro⁶⁹, invece, alla decisione d'appello si contrappone un'opinione assai critica col mutamento di rotta ivi praticato secondo il quale il medesimo art. 37 della Carta dimostrerebbe la preminenza e la non bilanciabilità della protezione dell'ambiente e della salute con gli interessi concorrenti di altri o della società nel suo insieme anche nel contesto di cui ragiona l'art. 8 della Convenzione in merito alla vita privata e familiare⁷⁰.

Secondo, poi, l'opinione dissenziente che correda la successiva sent. *VO c. Francia* dell'8 luglio 2004⁷¹, il divieto di clonazione di cui all'art. 3 della Carta presupporrebbe l'idea che la protezione della vita umana debba estendersi anche alla sua fase iniziale, attualizzando con tale significato anche l'art. 2 della Convenzione. Peraltro, lasciando anche da parte la *vexata quaestio*, di cui pure la sentenza si occupa, dell'identificazione del momento iniziale della vita, sembra di potersi osservare come tale posizione illustri efficacemente il rischio di radicalizzazioni interpretative di disposti della Carta se presi isolati dal loro sistema di riferimento.

Ancora: in occasione del caso *Martinie c. France*, è alla Carta che i giudici dissenzienti fanno appello per auspicare un mutamento di giurisprudenza nell'applicazione restrittiva dell'art. 6 della Convenzione («à la lumière notamment de l'article 47 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne qui dispose que "[t]oute personne dont les droits et libertés garantis par le droit de l'Union ont été violés a droit à un recours effectif devant un tribunal dans le respect des conditions prévues au présent article"») ⁷².

Comunque sia, può dirsi che quanto appena considerato circa l'esordio della Carta dei diritti nella giurisprudenza di Strasburgo reca in sé già tracciate le linee di lettura adottate dalla Corte Edu per quanto riguarda tutta la fase temporale in parola. Ciò vale, in primo luogo, per l'accoglienza sotto svariati profili della Carta nel "diritto pertinente": così, se nella dec. *Bosphorus* del 30 giugno 2005, su cui si dovrà ritornare appresso, la Carta ottiene un'importante considerazione di sistema («*Les*

⁶⁷ V.la, *supra*, alla nota 64. Ci si limita ad osservare come una tale giurisprudenza di Strasburgo sia stata richiamata in successive pronunce rese in una tale delicata materia dalla Corte di giustizia (v., ad es. Corte di giustizia, in C-117/01, *K.B. c. National Health Service Pensions Agency e Secretary of State for Health*, §33 e §35).

⁶⁸ V.la, *supra*, alla nota 60.

⁶⁹ Cfr. l'opinione del giudice Costa.

⁷⁰ Cfr. l'opinione dissenziente comune ai giudici Costa, Ress, Türmen, Zupančič e Steiner.

⁷¹ V. Corte Edu, *VO c. Francia* dell'8 luglio 2004, req. n. 53924/00 e partic. l'opinione dissenziente del giudice Ress.

⁷² V. Corte Edu, Grande Camera, *Martinie c. France*, 12 aprile 2006, req. n. 58675/00 e partic. l'opinione concorrente comune dei giudici Tulkens, Maruste et Fura-Sandström, §2.

dispositions de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, bien qu'elles ne soient pas entièrement contraignantes, s'inspirent largement de celles de la Convention, et la Charte reconnaît que la Convention établit les normes minimales en matière de droits de l'homme»⁷³, saranno piuttosto singole disposizioni a venire in rilievo nelle occasioni successive.

Ci si riferisce, in estrema sintesi, alle decc. [Sorensen e Rasmussen](#), già citata⁷⁴, per quanto concerne il diritto di riunione e di associazione *ex art. 12*; [Anheuser-Busch inc.](#)⁷⁵, che mette in primo piano la tutela della proprietà intellettuale di cui all'art. 17, par. 2; [Vilho Eskelinen](#)⁷⁶, che ragiona, con riferimento all'art. 47, del diritto ad un ricorso effettivo e all'accesso ad un giudice imparziale; [Salduz](#)⁷⁷, che si riferisce in generale al diritto di difesa tutelato dall'art. 48; [Saadi](#)⁷⁸ che si appunta sul diritto d'asilo di cui all'art. 18; [Demir e Baykara](#)⁷⁹, già in precedenza trattata, che rileva qui con specifico riferimento all'art. 12, nonché all'art. 28 per quanto riguarda determinati diritti sindacali collettivi; [Scoppola c. Italia \(n. 2\)](#), anch'essa già evocata⁸⁰, che presenta connessioni coi principi di legalità e di proporzionalità in materia penale *ex art. 49*; [Sergueï Zolotoukhine](#)⁸¹, riguardante la materia di *ne bis in idem* così come enunciato dall'art. 50; [Bayatyan](#)⁸², che chiama in causa l'art. 10 sulla protezione della libertà di pensiero, coscienza e religione; [Micallef](#)⁸³, che ritorna sulle garanzie processuali dell'art. 47; e finalmente [Christos Nikolitsas](#)⁸⁴, ancora in tema di *ne bis in idem*.

Quest'elencazione, s'immagina senz'altro tediosa, permette, però, a ben vedere, un immediato raffronto tra i richiami prima classificati *sub a)* e *sub b)*, mettendo in luce come il disinteresse della Corte Edu per il dato eurounitario allegato negli atti difensivi si manifesti non solo, com'è più ovvio, a livello decisorio, ma anche nella mancata recezione nel "diritto pertinente": ciò che potrebbe interpretarsi o come una singolare casualità oppure come l'intenzione di tenere al possibile distinti gli elementi di contenzioso davanti alle due Corti sovranazionali europee: cfr. le decc. [Hansjürgen Buchheit e Helmut Meinberg](#)⁸⁵, per la denuncia della violazione del diritto al libero esercizio professionale, assunto ormai come garantito dall'art. 15, par. 1, della Carta; [Ulke](#)⁸⁶, per la sottolineatura del contributo della Carta al consolidamento in Europa del diritto all'obiezione di coscienza; e [Jetzen](#)⁸⁷, che, in materia di garanzie processuali, si appella genericamente al catalogo eurounitario dei diritti.

6.2. Segue: L'iter decisorio (I)

Quanto finora rappresentato si colloca, in un certo senso, ai "contorni" del giudizio della Corte Edu, sia che preceda, sia che accompagni quasi intrinsecamente quel momento decisorio in cui solo rilevano i richiami alla Carta *sub c)*, in quanto intesi a definire l'esito del processo convenzionale, arricchendo il materiale giurisprudenziale di riferimento che la Corte europea allestisce per se stessa, e con cui indirettamente, proprio a tenore della Carta, incrementa il giacimento interpretativo da cui, come si è visto, anche le Corti di Lussemburgo devono attingere per conformare le loro valutazioni e

⁷³ V. Corte Edu, Grande Camera, [Bosphorus c. Irlanda](#), 30 giugno 2005, req. n. 45036/98, §159.

⁷⁴ V.la, *supra*, alla nota 35.

⁷⁵ V. Corte Edu, Grande Camera, [Anheuser-Busch inc. c. Portogallo](#) dell'11 gennaio 2007, req. n. 73049/01.

⁷⁶ V. Corte Edu, [Vilho Eskelinen ed altri c. Finlandia](#), 19 aprile 2007, req. n. 63235/00.

⁷⁷ Corte Edu, Grande Camera, [Salduz c. Turchia](#), 27 novembre 2008, req. n. 36391/02.

⁷⁸ Corte Edu, Grande Camera, [Saadi c. Regno Unito](#), 29 gennaio 2008, req. n. 13229/03.

⁷⁹ V.la, *supra*, alla nota 6.

⁸⁰ V.la, *supra*, alla nota 30.

⁸¹ Corte Edu, [Sergueï Zolotoukhine c. Russia](#), 10 febbraio 2009, req. n. 14939/03.

⁸² Corte Edu, [Bayatyan c. Armenia](#), 27 ottobre 2009, req. n. 12359/03.

⁸³ Corte Edu (Grande Camera), [Micallef c. Malta](#), 15 ottobre 2009, req. n. 17056/06.

⁸⁴ Corte Edu, [Christos Nikolitsas c. Grecia](#), 4 novembre 2009 (sez. I, req. n. 63117/03).

⁸⁵ Corte Edu, [Hansjürgen Buchheit e Helmut Meinberg c. Germania](#), 2 febbraio 2006, reqq. nn. 51466/99 e 70130/01.

⁸⁶ Corte Edu, [Ulke c. Turchia](#), 24 aprile 2006 (sez. II, req. n. 39437/98)

⁸⁷ Corte Edu, [Jetzen c. Lussemburgo](#), 4 giugno 2008 (sez. II, req. n. 34472/04)

decisioni⁸⁸.

La fase considerata si rivela, pertanto, di un'importanza primordiale anche dal punto di vista eurounitario oltre che da quello convenzionale, proprio perché, grazie a quella che può considerarsi un'ordinaria attività per la Corte Edu, come si è cercato d'illustrare, la Carta perviene ad acquisire un ruolo di rilievo internazionale, non ostandovi le difficoltà proprie del livello dell'Unione, derivanti dal perdurante mancato approdo ad una compiuta efficacia e persino da quella sorta di "regressione" connessa al fallimento del Trattato costituzionale.

Le due prime contestuali occasioni già più sopra menzionate (*I. c. Regno Unito e Christine Goodwin c. Regno Unito*)⁸⁹ in cui la Corte Edu si risolve a motivare esplicitamente la propria decisione con un dirimente richiamo alla Carta sono troppe note perché le si debba qui diffusamente rievocare. Ci si limita, pertanto, a rammentare come, all'adeguamento pretorio della portata di senso dell'art. 12 della Convenzione per cui "l'uomo e la donna hanno il diritto di sposarsi e di fondare una famiglia secondo le leggi nazionali che regolano l'esercizio di tale diritto", la Corte pervenga preliminarmente attraverso la constatazione della progressiva dissoluzione della nozione di sesso in senso biologico-oggettivo, e risolutivamente ristrutturando il riferimento convenzionale all'alterità sessuale come presupposto necessario per l'esercizio di predetto diritto, laddove, sotto il primo profilo, è "il progresso della medicina e della scienza" a supportare razionalmente la detta presa d'atto", mentre è il tenore letterale e sintattico dell'art. 9 della Carta a fornire la base logico-speculativa del sovvertimento (rispetto alla pregressa giurisprudenza) di significato della norma convenzionale.

Non è chi non veda, però, l'eccezionalità dell'operazione ermeneutica anche sotto un altro profilo che non consiste soltanto nell'aver la Corte di Strasburgo acquisito il primato nella "recezione" della Carta, ma nell'averne anche fornito un significato non così immediatamente univoco come si vorrebbe sostenere e comunque clamorosamente innovativo, tale da influenzare gli stessi giudici di Lussemburgo o addirittura supplendoli poiché la materia non tanto agevolmente sarebbe potuta ricadere nella loro competenza. In altri termini, questa sorta di "pronunciamento" (più che di "pronuncia") interpretativo fa intendere come la Corte Edu possa operare, rispetto alla Carta dei diritti, in modo più pregnante della Corte di giustizia, limitata com'è quest'ultima dai vincoli discendenti dalla sua competenza materiale, come, peraltro, ricorda anche l'art. 51, par. 2, della Carta medesima⁹⁰.

Comunque sia, la conferma del fatto che, più in generale, la Carta abbia trovato un suo *ubi consistam* nella panoplia degli strumenti internazionali a disposizione della Corte Edu si ha nella di poco successiva dec. *Generoso Zigarella* del 3 ottobre dello stesso anno 2002⁹¹, la cui particolarità rispetto alla giurisprudenza del luglio è data dal richiamo della Carta per convalidare l'interpretazione anche di un Protocollo annesso alla Convenzione, rimarcandosi come l'art. 50 del catalogo eurounitario dei diritti consacrati negli stessi termini il principio espresso dal par. 4 dell'art. 5 del Protocollo n. 7, che mostra di estendere l'operatività del *ne bis in idem* anche alle mere procedure intraprese nei confronti di un soggetto e quindi non solo alle decisioni di condanna già pronunciate.

Che, in questa prima fase, inoltre, la Corte Edu, ogni volta che utilizza un richiamo alla Carta a

⁸⁸ Sulle interazioni, attraverso l'interpretazione conforme e per il tramite della Carta dei diritti fondamentali dell'UE, tra Corti europee, cfr. A. RUGGERI, *L'interpretazione conforme e la ricerca del "sistema di sistemi" come problema* in *Rivista AIC*, 2/2014, 30 maggio 2014, spec. 9 ss.; e F. VIGANÒ, *L'adeguamento del sistema penale italiano al "diritto europeo" tra giurisdizione ordinaria e costituzionale*, in *Giust. pen.*, 2014, 40 ss.

⁸⁹ V.la, *supra*, alla nota 64.

⁹⁰ Cfr., in argomento, da ultimo, A. TIZZANO, *L'applicazione de la Charte de droits fondamentaux dans les Etats membres à la lumière de son article 51, paragraphe 1*, in *Dir. Un. Eur.*, 2014, 429 ss.; tende peraltro a ridimensionare «la portata limitatrice dell'art. 51 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione» Baldini, col ritenere che pur operando «tale previsione come un limite all'efficacia di tali diritti nei confronti del diritto interno statale esso finirebbe per risultare di fatto superato in presenza di una estensione della legislazione qualificabile come "di attuazione" del diritto comunitario» (così V. BALDINI, *La tutela dei diritti fondamentali nell'esperienza contemporanea dello stato a sovranità (sempre di più) limitata*, in *Rivista AIC*, 3/2012, 24 luglio 2012, 13.

⁹¹ V. Corte Edu, *Generoso Zigarella c. Italia*, 3 ottobre 2002, req. n. 48154/99.

fini interpretativi, sembri aggiungere un nuovo tassello alla sua capacità d'intervento oltre l'ambito operativo assegnato dalla Convenzione, può probabilmente comprovarsi compulsando la successiva e già citata dec. [Sorensen e Rasmussen](#)⁹². In tale pronuncia, infatti, mentre prosegue il processo di assimilazione tra Carta e fonti gravitanti nel sistema del Consiglio d'Europa (è il turno, infatti, della Carta sociale europea⁹³), la Corte Edu fissa il collegamento ermeneutico dell'art. 12 della Carta dei diritti dell'Unione con il par. 11 dell'antesignana Carta comunitaria dei diritti sociali fondamentali dei lavoratori allo scopo di offrire protezione alla libertà negativa di associazione sindacale, sopravanzando ancora una volta l'Unione nel valorizzare le sue stesse fonti.

Il trend interpretativo così individuato nella giurisprudenza della Corte Edu in questa fase, per così dire, ancora "limbica" della Carta perviene – ci sembra – a prendere un'allure impressionante nella dec. [Vilho Eskelinen](#)⁹⁴, dove non solo avanza l'opera di messa in primo piano della Carta stessa, ma addirittura ne vengono prese in carico le "spiegazioni"⁹⁵. Qui all'evidenza la spinta propulsiva proveniente da Strasburgo è nell'asseverazione, se non della portata normativa di tali spiegazioni, certamente del loro valore unico come strumento d'interpretazione della Carta. D'altro canto, come non intravedere anche in questa presa di posizione un aspetto della strategia tesa a stabilire un parallelismo interpretativo di principio tra le due realtà sovranazionali europee quanto alla latitudine dei medesimi diritti, ma dove è la Corte Edu, per il momento, a menare la danza? Si badi, del resto, al complessivo quadro argomentativo della decisione teso ad accreditare il verso convenzionalmente orientato delle iniziative dell'Unione nel campo della tutela dei diritti così che il controllo giurisdizionale imposto dall'art. 6 della direttiva 76/207 (la Corte Edu si rifà al riguardo alla stessa Corte di giustizia⁹⁶), trova, è vero, fondamento nelle tradizioni costituzionali dei Paesi membri della Comunità, ma è identicamente consacrato negli artt. 6 e 13 della Cedu. Più in generale, poi (si richiama quanto riconosciuto dalla Dichiarazione comune del 5 aprile 1977 e dalla giurisprudenza di Lussemburgo), devono essere i principi ispiratori della Convenzione ad illuminare tutto il quadro comunitario, sicché finisce per assumere un tono quasi residuale e confermativo della Convenzione la circostanza per cui anche la Carta assicura quella larga portata dei diritti in questione che, peraltro, la Corte di giustizia in un movimento circolare continuo, ha già provveduto a desumere dagli artt. 6 e 13 della Convenzione appena citati.

Lo sviluppo cronologico, ma, come può essersi inteso, anche concettuale, della giurisprudenza Edu, ci riporta ora sulla già richiamata dec., [Demir e Baykara c. Turchia](#)⁹⁷, che qui presenta interesse non solo per il richiamo alla Carta inteso, come nelle precedenti decisioni, a sostenere un'opzione interpretativa della Corte Edu, ma per il particolare spessore di tale richiamo. La peculiarità in questione si coglie in controtuce, guardando all'opinione concorrente che accompagna la decisione, che, mostrando di apprezzare il deciso *révirement* impresso dalla Corte Edu alla sua giurisprudenza, costituito dalla sussunzione anche della libertà di negoziazione collettiva nella libertà sindacale, tuttavia non scorge alla sua base un'apprezzabile evoluzione del contesto europeo («*J'ai le sentiment que le revirement opéré par la Cour constitue plus une correction de sa jurisprudence antérieure qu'une adaptation de celle-ci à un véritable changement, au niveau européen ou national, du cadre législatif (...) ou de l'éthos social et culturel*»), se non fosse per il fatto nuovo costituito dalla Carta

⁹² V.la, *supra*, alla nota 35.

⁹³ Anche se la circostanza non tocca direttamente queste osservazioni, la decisione si segnala come un caso, non frequente, in cui la Carta sociale europea è chiamata a svolgere una funzione parametrica per la valutazione del comportamento di uno Stato. Sulla preziosa funzione di integrazione della Cedu svolta dalla Carta sociale europea, richiama del tutto persuasivamente l'attenzione A. SPADARO, [Sull'aporia logica di diritti riconosciuti sul piano internazionale, ma negati sul piano costituzionale \(nota sulla discutibile "freddezza" della Corte costituzionale verso due Carte internazionali: la CSE e la CEAL](#), in *Consulta OnLine*, I/2015, 3 giugno 2015, 509. .

⁹⁴ V. Corte Edu, Grande Camera, [Vilho Eskelinen e altri c. Finlandia](#), 19 aprile 2007, req. n. 63235/00.

⁹⁵ Notoriamente elaborate dal *Presidium* della prima Convenzione e riviste da quello della Seconda Convenzione incaricata della redazione del Trattato costituzionale.

⁹⁶ Per la precisione, la Corte Edu richiama letteralmente quanto statuito dalla stessa Corte di Giustizia nella sent. 15 maggio 1986, nella causa 222/84, [Marguerite Johnston c. Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary](#).

⁹⁷ V.la, *supra*, alla nota 6.

(«*susceptible d'indiquer une évolution au niveau*») ⁹⁸. Ma non parrebbe davvero poco!

Alle ultime due decisioni del periodo che recano un richiamo alla Carta e che riguardano l'Italia, concernenti il [caso Previti](#) ⁹⁹ ed al ridetto caso [Scoppola \(n. 2\)](#) ¹⁰⁰, si può accennare congiuntamente in quanto, se da un lato, non denotano particolari novità rispetto ad una situazione fin da subito modellatasi nelle sue linee fondamentali, dall'altro, esprimono un clamoroso *révirement* su un aspetto assai sensibile del diritto penale, com'è quello della retroattività "anche" della legge penale più favorevole ¹⁰¹. Al relativo principio, come ricorda la Corte Edu, non era riconosciuto in passato lo stesso statuto garantista del principio dell'irretroattività della legge penale, quale ora invece, per generale consenso europeo ed internazionale, è andato progressivamente affermandosi e di cui la Carta, nel suo art. 49, par. 1 (e nella specie anche la giurisprudenza della Corte di giustizia ¹⁰²), esibisce una attestazione reputata alquanto significativa ed autorevole ¹⁰³.

Assai sinteticamente, può, dunque, osservarsi, per tentare già una prima risposta al quesito implicitamente contenuto nel titolo di queste note, che l'uso fatto da parte della Corte Edu di quel documento che alla conclusione della fase considerata acquisirà lo stesso valore giuridico dei Trattati, mentre offre uno spaccato assai significativo della missione che la Corte Edu si è autoriconosciuta, di implementazione verticale (il grado) ed orizzontale (l'ambito) delle tutele dei diritti umani in dipendenza dell'evolversi delle dinamiche sociali e degli sviluppi scientifici e tecnologici, mostra come, corrispondentemente, l'apporto giuridico-culturale della Carta, in punto di razionalità e legittimazione dell'attività della Corte, pervenga ad esercitare un ruolo singolarmente incisivo.

6.3. B) La Carta vigente. I "contorni" del giudizio (II)

L'analisi dell'uso fatto da parte della giurisprudenza della Corte Edu della Carta europea dei diritti nella fase temporale che si inaugura con l'entrata in vigore della Carta il 1° dicembre 2009, oltre a dover tenere ovviamente conto di questa circostanza, non sembra, però, richiedere che ci si discosti dalla metodologia finora utilizzata. In tal senso, anzi, trattandosi, a certe condizioni, di situazioni analoghe, quanto già considerato potrà semplicemente essere richiamato ed eventualmente riproposto.

Passando a rilevare, dunque, l'ampiezza dei richiami istruttori (*sub b*)), rammentiamo molto sinteticamente come la Carta ottenga citazioni nel "diritto pertinente" in una serie abbastanza fitta di casi ¹⁰⁴. Di perdurante rilievo risulta ancora il ruolo giocato dalle opinioni *a latere* dei componenti del

⁹⁸ Così il giudice V. Zagrebelsky nel "parere separato" relativo alla decisione [Demir e Baykara c. Turchia](#), §2.

⁹⁹ V. Corte Edu, [Cesare Previti c. l'Italie](#), 12 aprile 2007, req. n. 35201/06.

¹⁰⁰ V.la, *supra*, al §3. Sul "gioco di squadra" tra Cassazione e Corte costituzionale nell'adeguamento del nostro ordinamento alle sentenze di Strasburgo» a seguito della "giurisprudenza Scoppola" (e part. a commento della sentenza [della Corte costituzionale n. 210 del 18 luglio 2013](#)), v. F. VIGANÒ, E. LAMARQUE, [Sulle ricadute interne della sentenza "Scoppola"](#), ora anche in *Giur. it.*, 2014, 393 e ss.

¹⁰¹ Un tale ambito, si osserva, è stato significativamente annoverato, nel più ampio quadro della materia penale, tra quelli più importanti in cui «si è sprigionata l'energia riformatrice che deriva dalla interazione tra le Corti dei diritti» (così M. CARTABIA, *I diritti in Europa: la prospettiva della giurisprudenza costituzionale italiana*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2015, 45).

¹⁰² Ci si riferisce, in particolare a Corte di Giustizia in cause riunite C-387/02, C-391/02 e C-403/02, [Procedimenti penali a carico di Berlusconi ed altri](#).

¹⁰³ Cfr., *amplius*, sull'«influenza» della giurisprudenza della Corte di Strasburgo con riguardo alle leggi retroattive, in «materia diversa da quella penale», M. CARTABIA, *I diritti in Europa*, cit., 40 ss.

¹⁰⁴ Ovverossia nelle decc. della Corte Edu: sez. V, [Josef Peterka c. Repubblica ceca](#), 4 maggio 2010, req. n. 21990/08 (art. 21, par. 1); Id., sez. I [Schalk e Kopf c. Austria](#), 24 giugno 2010, req. n. 30141/04 (art. 9); Id., Grande Camera, [Neulinger e Shuruk c. Svizzera](#), 6 luglio 2010, req. n. 41615/07 (art. 24); Id., Grande Camera, [Bayatyan c. Armenia](#), 7 luglio 2011, req. n. 23459/03 (art. 10); Id., Grande Camera, [M.S.S. c. Belgio e Grecia](#), 21 gennaio 2011, req. n. 30696/09 (art. 18); Id., Grande Camera, [Hirsi Jamaa e altri c. Italia](#), 23 febbraio 2012, req. n. 27765/09 (art. 19); Id., sez. III, [Sindicatul Pastorul Cel Bun c. Romania](#), 31 gennaio 2012, req. n. 2330/09 (art. 12, par. 1); Id., sez. V, [Popov. c. Francia](#), 14 aprile 2012, reqq. nn. 39472/07 e 39474/07 (art. 24); Id., Grande Camera, [Centro Europa 7 S.R.L. e Di Stefano c. Italia](#), 7 giugno 2012, req. n. 38433/09 (art. 11, par. 2); Id., sez. II, [K.M.C. c. Ungheria](#), 10 luglio 2012, req. n. 19554/11

collegio (sub d)), talune delle quali si prestano a costituire non solo la sede per discutere la decisione cui accedono, ma anche talvolta l'occasione per valutare criticamente posizioni di più lungo periodo assunte dalla Corte. Onde, tuttavia, non appesantire oltremodo queste note, conviene qui dar conto solo delle opinioni impegnate in una valutazione del ruolo da riconoscersi all'entrata in vigore della Carta europea dei diritti, sorvolando su quelle che risultano più o meno adesive alle argomentazioni della Corte, che potranno, se del caso, essere riprese più appresso (è il caso, ad es. della dec. [Hirsi](#)¹⁰⁵, meno rilevanti in questa sede paiono invece le decc. dove la Carta sembra ottenere anche e/o solo nelle opinioni singole un richiamo fugace o di stile: come, ad es. nelle decc. [Vona](#)¹⁰⁶, e [Maktouf e Damjanovic](#)¹⁰⁷).

Così nel caso [Schalk e Kopf](#)¹⁰⁸, non viene persa l'opportunità¹⁰⁹ per contestare l'adozione (già a partire, come si è visto, dalla dec. [Christine Goodwin](#)¹¹⁰), da parte della Corte Edu, di un approccio possibilista nei confronti del matrimonio omosessuale e più radicalmente anche del margine di apprezzamento in materia che la Corte ha cautelativamente riconosciuto agli Stati «*qui sont les mieux placées pour apprécier les besoins de la société et y répondre*»: in altri termini, l'art. 12 della Convenzione non consentirebbe, secondo il giudice dissenziente, l'apertura interpretativa che viene addebitata al suo collegamento con l'art. 9 della Carta, di cui, si badi, non viene negata la “*portée plus large que celle qu'ont les articles correspondants d'autres traités internationaux*”, ma che è ritenuto in detti termini irrilevante, dato che la possibilità di matrimonio riconosciuta nella stessa già richiamata sentenza [Goodwin](#) riguardava, a ben vedere, un soggetto che aveva acquisito il sesso opposto a quello dell'altro nubendo¹¹¹.

In occasione della dec. [Bayatyan c. Armenia](#) (resa ora in appello dalla Grande Camera¹¹²), la polemica nei confronti della metodica della Corte appare ancor più spinta, contestandosi non solo l'esito particolare del giudizio (di riforma della semplice sezione), ma affermandosi, altresì, che “*la Cour n'a pas la légitimité pour agir de la sorte lorsque la Convention elle-même laisse la reconnaissance de droits particuliers à l'appréciation discrétionnaire des Parties contractantes*”¹¹³, quando, tra l'altro e a tutto concedere, all'epoca della fattispecie in giudizio, non poteva dirsi sufficientemente maturato un quadro giuridico pienamente favorevole al riconoscimento dell'obiezione di coscienza per il fatto che la Carta dei diritti sarebbe entrata in vigore solo qualche anno più tardi¹¹⁴.

(art. 30); Id., sez. IV, [McDonald c. Regno Unito](#), 20 maggio 2014, req. n. 4241/12 (art. 1); Id., sez. IV, [Penchevi c. Bulgaria](#), 10 maggio 2015, req. n. 77818/12 (art. 2); Id., sez. V, [Matelly c. Francia](#), 2 gennaio 2015, req. n. 10609/10 (art. 5); Id., sez. III, [Manole e “I coltivatori diretti di Romania” c. Romania](#), 16 giugno 2015, req. n. 46551/06 (artt. 12, par. 1 e 28); Id., Grande Camera, [X c. Lettonia](#), 6 novembre 2016, req. n. 27853/09 (artt. 7 e 24); Id., Grande Camera, [Parrillo c. Italia](#), cit. (art. 3); e Id., Grande Camera, 28 settembre 2015, req. n. 23380/09, [Bouyid c. Belgio](#) (preambolo e art. 1), cui *adde* anche se assai indirettamente Grande Camera, [Delfi AS c. Estonia](#), 16 giugno 2015, req. n. 64569/09, e [Roman Zakharov c. Russia](#), 4 dicembre 2015 req. n. 47143/06 (entrambe artt. 7 e 8).

¹⁰⁵ V. Corte Edu, Grande Camera, [Hirsi Jamaa ed altri c. Italia](#), 23 febbraio 2012, req. n. 27765/09 e l'opinione concorrente del giudice Albuquerque.

¹⁰⁶ V. Corte Edu, [Vona c. Ungheria](#), 9 dicembre 2012, req. n. 35943/10 e l'opinione concorrente del giudice Albuquerque.

¹⁰⁷ V. Corte Edu, Grande Camera, [Maktouf e Damjanović c. Bosnia-Herzegovina](#), 18 luglio 2013, reqq. nn. 2312/08 e 34179/08 e l'opinione concorrente del giudice Albuquerque, sottoscritta anche dal giudice Vučinić.

¹⁰⁸ V. Corte Edu, [Schalk et Kopf c. Austria](#), del 22 novembre 2010, ric. n. 30141/04, §62. Cfr., per un più ampio esame del caso, E. CRIVELLI, D. KRETZMER, *Il caso Schalk e Kopf c. Austria in tema di unioni omosessuali*, in AA.VV., *I dieci casi sui diritti in Europa*, cit., 99 e ss.

¹⁰⁹ Dal giudice Malinverni.

¹¹⁰ V. *la supra*, alla nota 64.

¹¹¹ Per una puntuale disamina di vari profili del tema della famiglia nella giurisprudenza di Strasburgo (successiva alla proclamazione della Carta di Nizza) v. G. FERRANDO, *Diritti delle persone e comunità familiare nei recenti orientamenti della Corte Europea dei diritti dell'uomo*, in *Fam. Pers. Succ.*, 2012, 282 ss.

¹¹² V. Corte Edu, Grande camera, [Bayatyan c. Armenia](#), cit. cit., al §2.

¹¹³ V. l'“*opinion dissidente*” del giudice Gyulumyan, resa nell'ambito della pronuncia [Bayatyan c. Armenia](#), cit., al §2.

¹¹⁴ V. l'opinione dissenziente del giudice Gyulumyan.

Nel quadro indicato, merita ancora attenzione l'opinione dissenziente che accompagna la pronuncia resa dalla Grande Camera nell'ambito del caso [S.J. c. Belgio](#)¹¹⁵. Qui, la decisione di cancellazione della causa dal ruolo è reputata un'occasione perduta per rivedere “*le malheureux principe dégagé*” dalla giurisprudenza¹¹⁶, sicché, in tal senso, sarebbe stato preferibile portare a termine il giudizio (*ex art. 37, par. 1, 2° alinea, Cedu*). Più particolarmente, viene censurata la restrittiva posizione adottata dalla Corte Edu in ordine alla protezione delle persone affette da malattia contro i provvedimenti di espulsione, rilevandovi, peraltro, la medesima incoerenza che caratterizza la giurisprudenza dell'Unione europea («*En somme, l'approche contradictoire de la Cour de Luxembourg reflète les contradictions actuelles de la jurisprudence de la Cour de Strasbourg (...) L'état désordonné de la jurisprudence européenne, avec ses contradictions internes flagrantes, souligne la nécessité urgente de revoir à la lumière du droit international des réfugiés et du droit international de la migration le critère défini dans l'affaire N c. Royaume-Uni*¹¹⁷»). In altri termini, lo stesso riferimento della Corte di giustizia alla Carta europea dei diritti appare affetto da una contraddittorietà idonea a contagiare anche la giurisprudenza Edu.

La discussione intorno al valore della Carta nel sistema giurisprudenziale Edu può vedere come protagonista – lo si è già sottolineato per la prima fase *sub a*) – anche e per primo lo stesso ricorrente, il quale potrebbe pungolare la Corte ad adeguare la sua giurisprudenza al nuovo quadro eurounitario oppure allegare direttamente la violazione della Carta come motivo d'impugnazione. A dispetto delle mediocri possibilità di successo della seconda ipotesi (abbiamo già rilevato l'attitudine della Corte in proposito), sono soprattutto spunti di tale genere che possono cogliersi, sia pur con poca frequenza, nei ricorsi del periodo considerato¹¹⁸.

Una situazione un po' più articolata può, peraltro, individuarsi nella sentenza di Strasburgo relativa al caso [Grande Stevens](#) del 7 luglio 2014¹¹⁹, in cui l'art. 50 della Carta europea dei diritti è messa sotto il riflettore della Corte di Strasburgo al fine di accreditare un qualche allineamento tra le due Corti sovranazionali europee in tema di *ne bis in idem* (vale a dire la considerazione della qualificazione, della natura e del grado di severità di una sanzione) per poterne predicare il carattere obiettivamente penalistico.

6.4. Segue: *L'iter decisorio (II)*

Venendo ora ad analizzare l'uso della Carta direttamente da parte della Corte Edu nella fase successiva all'ingresso della nuova fonte nello scenario costituzionale dell'Unione, osserviamo come si registri una prima occorrenza nella decisione [G.N.](#) del 1° marzo 2010, dove la disposizione in questione è l'art. 21, che vieta le discriminazioni fondate sulle caratteristiche genetiche o su *handicap*. Il relativo richiamo è utilizzato dalla Corte Edu per argomentare un più esteso significato all'art. 14 della Convenzione che, vietando analogamente le discriminazioni, non contempla però espressamente quelle riguardate dall'art. 21 della Carta. Il richiamo è fatto, per vero, con apparente *souplesse* («*la possibilité que les caractéristiques génétiques constituent un facteur de discrimination prohibée entre individus est confirmée par des sources externes à la Convention [...]*»), ma non si fatica a

¹¹⁵ V. l'opinione dissenziente del giudice Pinto De Albuquerque, al §1, nella decisione della Corte Edu, Grande Camera, [S.J. c. Belgio](#), 19 marzo 2015, req. n. 70055/10.

¹¹⁶ A partire da Corte Edu, Grande Camera, [N. c. Regno Unito](#), 27 maggio 2008, req. n. 26565/05.

¹¹⁷ Così il giudice Pinto De Albuquerque nella propria opinione dissenziente alla decisione della Grande Camera nel caso [S.J. c. Belgio](#) cit. (v. la *supra*, alla nota 115), §5.

¹¹⁸ Cfr., ad es., decc. Corte Edu, sez. II, [Saccomanno ed altri c. Italia](#), 13 marzo 2012, req. n. 11583/08; Id, sez. II, [Rui Pedro Flores Fernando c. Portogallo](#), 8 luglio 2010, req. n. 39630/2010; Id., sez. II, [McDonald c. Regno Unito](#), cit.; [Alfio Briani e Giulia Briani c. Italia](#), 2 settembre 2014, req. n. 26463/07.

¹¹⁹ V. Corte Edu, sez. II, [Grande Stevens ed altri c. Italia](#), 7 luglio 2014, reqq. nn. 18640/10, 18647/10, 18663/10, 18668/10 et 18698/10.

comprendere che l'unico concludente richiamo è solo quello operato alla Carta («[...] *telles que la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*») ¹²⁰.

Tale valenza "probatoria" della Carta connota anche la di poco successiva e già citata dec. [Schalk e Kopf c. Austria](#). Di tale pronuncia, si è già messa in luce la diretta "discendenza" dalla più illustre decisione [Christine Goodwin c. Regno Unito](#), poiché vi si ritrova lo stesso meccanismo interpretativo attivato per affrancare il matrimonio dall'alterità di sesso dei due contraenti; anche se, analogamente qui, gli Stati restano liberi di regolarsi secondo i loro costumi, tanto da non potersi affermare l'esistenza a livello convenzionale di un obbligo per essi né di un diritto per alcuno al coniugio omosessuale. Comunque sia, dell'essenziale ruolo giocato dal riferimento all'art. 9 della Carta in tale contesto, si è pure già ragionato: la Corte lo ribadisce adesso, rafforzandolo con un riferimento al [Commentario](#) redatto il 12 gennaio 2006 dalla Rete di esperti indipendenti in materia di diritti fondamentali per iniziativa della Commissione europea (Direzione generale per la giustizia e gli affari interni), peraltro reputato erroneamente entrato in vigore assieme alla Carta!

Che il paradigma ermeneutico affermatosi nel 2002 sembri costituire ormai un punto fermo, è dimostrato dal fatto di ritrovarlo *de plano* in altre successive decisioni, anche quando, come nella dec [Joseph Peterka](#) ¹²¹, la ridefinizione della portata normativa dell'art. 14 della Convenzione sulla base dell'art. 21 della Carta non conduce all'accoglimento del ricorso, ma al suo rigetto.

Nella già evocata decisione [Neulinger e Shuruk c. Svizzera](#), rileva, poi, il fatto che, del percorso giurisprudenziale intrapreso dalla Corte nel tutelare vieppiù l'interesse dei minori, il riferimento alla Carta europea dei diritti sembra costituire in buona sostanza l'approdo ultimo («*La Cour note qu'il existe actuellement un large consensus – y compris en droit international – autour de l'idée que dans toutes les décisions concernant des enfants, leur intérêt supérieur doit primer [...]. Comme l'indique par exemple la Charte, "tout enfant a le droit d'entretenir régulièrement des relations personnelles et des contacts directs avec ses deux parents, sauf si cela est contraire à son intérêt"*») ¹²², potendo analogamente leggersi la già rievocata dec. [X. c. Lettonia](#) ¹²³.

Sulla stessa falsariga, si collocano la ridetta dec. [Bayatyan](#), con riguardo all'obiezione di coscienza, dove è in gioco l'art. 10, par. 2, della Carta, reputato riflettere «*la reconnaissance unanime du droit à l'objection de conscience par les Etats membres de l'Union européenne, ainsi que le poids qui est accordé à ce droit dans la société européenne moderne*» ¹²⁴; la dec. [Hirsi](#), anch'essa già incontrata, dove il riferimento è all'art. 19 della Carta ed in modo singolare, ma significativo («*un poids particulier*»), alla lettera scritta il 15 maggio 2009 dal vicepresidente della Commissione europea Jacques Barrot, concernente l'importanza del principio del "non respingimento" nelle operazioni in alto mare degli Stati membri dell'Unione ¹²⁵; il caso [Vallianatos](#), sempre attinente alla problematica delle unioni omosessuali, in cui il *trend* aperturista, questa volta in ordine alla possibilità di due soggetti dello stesso sesso di accedere a regolamentazioni di convivenza diverse dal matrimonio tradizionale, è sostenuta non solo da un rinvio all'art. 12 della Carta ma anche al predetto [Commentario](#) (configurato ormai, dunque, come vigente?) ¹²⁶. La decisione, si noti *per incidens*, ambisce ad avere una portata persuasiva più ampia, evidenziandovisi come, tra i Paesi aderenti al Consiglio d'Europa, anche la Lettonia si trovi nella stessa condizione critica della Grecia censurata nella fattispecie. Per quanto riguarda la più recente delle occasioni in cui può notarsi un richiamo alla Carta (ma vi si giustappongono anche altre fonti di derivazione unitaria), ossia la menzionata dec. [Parrillo c. Italia](#) ¹²⁷, non sembra possibile individuare un analogo mutuo riferimento con specifiche norme della Convenzione, sibbene una più generale influenza assiologica in una materia complessa e assai sensibile ai valori della protezione della vita e della dignità umana.

¹²⁰ V. Corte Edu, [G.N. ed altri c. Italia](#), 1° marzo 2010, req. n. 43136/05, §126.

¹²¹ V.la, *supra*, alla nota 104.

¹²² V.la, *supra*, alla nota 104, §135.

¹²³ V.la, *supra*, alla nota 105.

¹²⁴ V.la, *supra*, alla nota 82, §106.

¹²⁵ V.la, *supra*, alla nota 104, §135.

¹²⁶ V. Corte Edu, Grande Camera, [Vallianatos ed altri c. Grecia](#), 7 novembre 2013, reqq. 29381/09 e 32684/09.

¹²⁷ V.la, *supra*, alla nota 27.

Un allineamento esplicito tra Convenzione e Carta è, invece, rinvenuto nelle dec. [Harkins e Edwards](#)¹²⁸ e [Babar Ahmad](#)¹²⁹, entrambe contro il Regno Unito, in cui l'art. 3 della Convenzione è accostato all'art. 19 della Carta, quanto alle implicazioni da trarsi dal divieto di tortura, non dovendo rilevare la qualifica di terroristi delle persone riguardate.

Una considerazione specifica merita, infine, la dec. [Kapetanios](#), del 30 aprile 2015¹³⁰. Il tema è lo stesso (il principio del *ne bis in idem*) della precedente dec. [Grande Stevens c. Italia](#)¹³¹, ma qui la divaricazione di linee ricostruttive tra le due Corti europee del medesimo principio non sembra più razionalizzabile da parte della Corte Edu. Se, infatti, il richiamo testuale tra le norme convenzionali interessate può apparire omogeneo (art. 4 del Protocollo 7 Cedu e art. 50 della Carta), non lo è il loro significato a mente delle rispettive giurisprudenze, né s'intravede come possa suscitarsi al momento una ricomposizione. Oltretutto, ricordano a Strasburgo riprendendo letteralmente Lussemburgo, che «*Le droit de l'Union ne régit pas les rapports entre la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, signée à Rome le 4 novembre 1950, et les ordres juridiques des États membres et ne détermine pas non plus les conséquences à tirer par un juge national en cas de conflit entre les droits garantis par cette convention et une règle de droit national*¹³²».

7. La Carta dei diritti come strumento di “diplomazia giudiziaria” (la presa in carico dell'interesse dell'Unione e la dottrina della protezione equivalente)

L'*excursus* precedente dovrebbe essere, dunque, riuscito a documentare analiticamente quanto già a livello impressionistico poteva emergere da talune decisioni particolarmente rilevanti, ossia che la Corte Edu, oltre ad aver prestato attenzione alla Carta ancor prima della sua vigenza, l'ha utilizzata, a più riprese, come fattore interpretativo ed integrativo della Convenzione. Sicché, la nostra attenzione può essere rivolta ora all'ultimo profilo distintivo, indicato *sub e*) ed etichettato come istituzionale, nell'ambito dell'uso fatto della Carta da parte della Corte Edu.

L'intento esige, però, qualche, sia pur rapida, premessa attinente, peraltro, a questioni piuttosto note. Si è già accennato alla competenza della Corte Edu a controllare la convenzionalità degli atti interni adottati dagli Stati in attuazione del diritto dell'Unione: ciò è quanto lucidamente teorizzato specialmente nella già menzionata dec. [Bosphorus c. Irlanda](#)¹³³, la cui notorietà autorizza a rammentarne solo taluni fondamentali passaggi e, cioè, in primo luogo, il fatto che, se è vero che la Convenzione Edu non vieta agli Stati firmatari di trasferire poteri sovrani ad un'organizzazione internazionale, tale organizzazione non viene, per ciò stesso, assoggettata al controllo di Strasburgo. Sono, infatti, gli Stati a continuare a dover rispondere di tutti gli atti e le omissioni dei loro organi indipendentemente dal fatto che tali atti od omissioni si fondino su norme interne o sulle obbligazioni contratte in sede internazionale.

Benché, tuttavia, la competenza della Corte Edu resti giustificata *ratione personae*, essendo il controllo diretto in via immediata nei confronti non dell'atto dell'Unione ma solo di quello nazionale che vi dà applicazione, non v'è dubbio che, per questa via, la Corte Edu riesca a stabilire comunque una relazione, se non di controllo attivo diretto, almeno di carattere valutativo indiretto nei confronti dell'organizzazione internazionale. Valutazione, peraltro, che può rivelarsi assai pregnante se l'attuazione della norma dell'Unione risulti priva di qualsiasi discrezionalità in capo allo Stato membro.

¹²⁸ V. Corte Edu, [Harkins e Edwards c. Regno Unito](#), 17 gennaio 2012, reqq. nn. 9146/07 e 32650/07.

¹²⁹ V. Corte Edu, [Babar Ahmad ed altri c. Regno Unito](#), reqq. nn. 24027/07, 11949/08 e 36742/08.

¹³⁰ V. Corte Edu, [Kapetanios e altri c. Grecia](#), 30 aprile 2015, reqq. 3453/12, 42941/12 et 9028/13.

¹³¹ V. la, *supra*, anche alla nota 119.

¹³² Così nella dec. [Kapetanios](#) (cit. *supra* alla nota 130) al § 47, con riferimento a Corte di giustizia, Grande Sezione, sent. del 26 febbraio 2013, [Hans Åkerberg Fransson](#), in C-617/10.

¹³³ V. la, *supra*, alla nota 73; cfr., inoltre, Corte Edu, [Partito comunista unificato di Turchia ed altri c. Turchia](#), 30 gennaio 1998, req. n. 19392/92.

Ciò che maggiormente rileva, però, è che l'“accettabilità” convenzionale dei comportamenti così tenuti dagli Stati viene valutata dalla Corte Edu in base all' idoneità dell'organizzazione internazionale in questione a fornire garanzie sostanziali e difensive tali da istituire un grado di protezione dei diritti, se non identico, almeno equivalente a quello accordato dalla stessa Convenzione¹³⁴ (il riferimento primario è evidentemente alla dec. [Melchers & Co. c. Germania](#) del 9 febbraio 1990¹³⁵, ma molto perspicuamente può vedersi anche la decisione della Corte Edu [Cooperatieve Producentenorganisatie van de Nederlandse Kokkelvisserij U.A.](#) del 20 gennaio 2009¹³⁶).

A smorzare, si potrebbe dire, e a sdrammatizzare il confronto che, dall'utilizzo di tale metodo, potrebbe derivare nei rapporti tra Corte ed organizzazione internazionale, la valutazione positiva nel senso detto è reputata idonea ad instaurare una presunzione di carattere generale circa la costante attitudine dell'organizzazione in questione ad assicurare la necessaria protezione equivalente, laddove siffatta presunzione godrebbe del fondamento logico costituito dalla circostanza per cui l'atto nazionale risponde ad un'obbligazione contratta con un'organizzazione che ha già superato il test di equivalenza della protezione. Derivandone, come si evidenzia, ad es., nella dec. [Michaud c. Francia](#)¹³⁷, che l'esistenza di un margine di apprezzamento nell'attuazione della misura dell'Unione da parte dello Stato vale da sola a mettere da parte la presunzione in questione poiché, in questo caso, sono soltanto le scelte autonome dello Stato membro a venire in rilievo.

Si tratta, comunque, in generale, di una presunzione non assoluta in quanto l'equivalenza dovrebbe essere negata se, in un caso concreto, la protezione dei diritti risultasse manifestamente insufficiente.

In quest'ultima ipotesi (e qui non resta che riallacciarsi a quanto considerato nelle premesse), la Convenzione riacquisterebbe in pieno la sua funzione di strumento costituzionale dell'ordine pubblico europeo nel campo della protezione dei diritti, prevalendo, come tale, anche sullo stesso interesse degli Stati alla cooperazione internazionale¹³⁸, la cui agevolazione costituisce la *ratio* della stessa protezione equivalente.

Ma è ancora la stessa dec. [Michaud c. Francia](#) a fornire una limpida sintesi della questione, sottolineando che «*Cette présomption de protection équivalente vise notamment à éviter qu'un Etat partie soit confronté à un dilemme lorsqu'il lui faut invoquer les obligations juridiques qui s'imposent à lui, en raison de son appartenance à une organisation internationale non partie à la Convention, à laquelle il a transféré une partie de sa souveraineté, pour justifier, au regard de la Convention, ses actions ou omissions résultant de cette appartenance. Cette présomption tend également à déterminer les cas où la Cour peut, au nom de l'intérêt de la coopération internationale, réduire l'intensité de son contrôle du respect des engagements résultant de la Convention par les Etats parties, que lui confie l'article 19 de la Convention. Il résulte de ces objectifs que la Cour n'est prête à cet aménagement que dans la mesure où les droits et garanties dont elle assure le respect ont bénéficié d'un contrôle comparable à celui qu'elle opérerait. A défaut, l'Etat échapperait à tout contrôle international de la compatibilité de ses actes avec ses engagements résultant de la Convention*»¹³⁹.

Ora, per quanto qui più direttamente ci riguarda, nel percorso argomentativo che porta la Corte a «*pouvoir considérer que la protection des droits fondamentaux offerte par le droit communautaire est, et était à l'époque des faits, “équivalente” [...] à celle assurée par le mécanisme de la Convention*»¹⁴⁰, entra la considerazione di tutta la fenomenica delle fonti normative e

¹³⁴ Per un'applicazione anche nei confronti dell'Organizzazione delle Nazioni Unite, cfr. la dec. della Corte Edu [Al-Dulimi e Montana Management Inc. c. Svizzera](#), 26 novembre 2013, req. n. 5809/08, in cui anche la Carta europea dei diritti converge a disegnare il diritto di difesa come «*un principe général du droit communautaire, qui découle des traditions constitutionnelles communes aux États membres et qui a été consacré par les articles 6 et 13 de la CEDH*» (§54).

¹³⁵ V. Commissione eur. diritti uomo, [Melchers & Co. c. Germania](#), 9 febbraio 1990, req. n. 13258/87.

¹³⁶ V. Corte Edu, [Cooperatieve Producentenorganisatie van de Nederlandse Kokkelvisserij U.A. c. Paesi Bassi](#), 20 gennaio 2009, req. n. 13645/05.

¹³⁷ V. Corte Edu, [Michaud c. Francia](#), 6 marzo 2013, req. n. 12323/11.

¹³⁸ Secondo quanto statuito già in [Loizidou c. Turchia](#) cit.

¹³⁹ V. Corte Edu, [Michaud c. Francia](#), cit. §104.

¹⁴⁰ V. Corte Edu, [Michaud c. Francia](#), cit. §105.

giurisprudenziali dell'Unione ritenuta convergere verso la tutela dei diritti fondamentali e, in primo luogo, l'attività pretoria della Corte di giustizia cui si deve, com'è noto, la stessa sussunzione di tali diritti nei principi generali a partire dalla decisione [Stauder](#)¹⁴¹, la messa in auge delle tradizioni costituzionali comuni, nonché l'entrata sulla scena degli strumenti internazionali adatti allo scopo, tra cui primeggia la Convenzione Edu anche nell'interpretazione fornita dalla stessa giurisprudenza di Strasburgo, a mente della dec. [Rutili](#)¹⁴². Tocca, quindi, alle fonti "autoctone" occupare un posto di primario rilievo nell'osservazione della Corte Edu, almeno da quando anche il diritto originario comunitario si è impegnato nella protezione dei diritti a partire dal Preambolo dell'Atto unico europeo e dalle pertinenti previsioni dei Trattati di Maastricht e Amsterdam. Non minor risalto è, poi, attribuito al piano procedurale, in cui la Corte Edu individua una strumentazione adeguata nella serie dei rimedi processuali messi a disposizione degli interessati.

Occorre, peraltro, a quest'ultimo proposito, sottolineare come non sia solo la presenza di una strumentazione, in astratto, a produrre la presunzione di cui qui si ragiona, ma anche la circostanza che sia stata in concreto utilizzata per la tutela dei diritti: così nella dianzi cit. [Michaud](#)¹⁴³, dopo avere osservato come non fosse stato attivato nell'ordinamento interno «*le mécanisme international pertinent de contrôle du respect des droits fondamentaux*»¹⁴⁴ (si alludeva al meccanismo del rinvio pregiudiziale considerato significativamente come lo strumento per assicurare il rispetto dei diritti nell'ambito dell'Unione), la Corte Edu ha negato che la presunzione di protezione equivalente potesse valere nella fattispecie.

Esula, per converso, dai nostri intenti occuparci della questione, che pure è stata per taluni versi agitata, se la percezione di Strasburgo circa l'adeguatezza del sistema dell'Unione a dare protezione compiuta ai diritti fondamentali sia sempre inappuntabile (il riferimento è soprattutto alla disponibilità adeguata di mezzi individuali per adire le vie giurisdizionali). Nell'occuparci dell'uso della Carta dei diritti a Strasburgo, di necessità attrae, infatti, maggiormente la nostra attenzione il peso attribuito alla fonte eurounitaria nel motivare la diagnosi di equivalenza di cui trattasi: questione per cui proprio la dec. [Bosphorus](#) offre interessanti spunti di avvio. Si rileva, infatti, in essa come «*Il semble d'ailleurs d'autant plus difficile d'accepter que le droit communautaire pourrait être autorisé à appliquer, au nom de la "protection équivalente", des standards inférieurs à ceux de la Convention européenne des Droits de l'Homme que ces derniers ont été formellement repris par la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, elle-même intégrée dans le traité constitutionnel de l'Union. Même si ces textes ne sont pas (encore) entrés en vigueur, l'article II-112 § 3 du traité constitutionnel contient une règle dont le poids moral semble devoir s'imposer dès à présent à tout futur développement législatif ou juridictionnel dans le droit de l'Union: «Dans la mesure où la présente Charte contient des droits correspondant à des droits garantis par la Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales, leur sens et leur portée sont les mêmes que ceux que leur confère ladite convention*»¹⁴⁵.

È pertanto un'accresciuta fiducia nei confronti della capacità dell'Unione di rispettare i diritti tutelati dalla Convenzione che sembra improntare la giurisprudenza di Strasburgo alla luce del fatto nuovo costituito dalla Carta dei diritti, tanto che, benché la Carta non fosse, al momento della pronuncia, ancora entrata in vigore insieme al Trattato che intendeva incorporarla, il suo peso morale per il futuro legislativo e giurisdizionale dell'Unione si presenta già ampiamente certificato dalla Corte. Lo stesso atteggiamento positivo è espresso nella ridetta dec. [Michaud](#), dove si ricorda che «*S'agissant de la protection des droits fondamentaux accordée par l'Union européenne, la Cour a jugé dans l'arrêt Bosphorus (...) qu'elle était en principe équivalente à celle assurée par la Convention*» e che ora «*il en va d'autant plus ainsi depuis le 1^{er} décembre 2009, date d'entrée en*

¹⁴¹ V. Corte di giustizia, sent. del 12 novembre 1969, nella causa 29/69, [Erich Stauder c. Città di Ulm-Sozialamt](#).

¹⁴² V. Corte di giustizia, sent. del del 28 ottobre 1975, nella causa 36/75, [Roland Rutili c. Ministre de l'intérieur](#).

¹⁴³ V. la, *supra*, alla nota 137.

¹⁴⁴ V. Corte Edu, [Michaud c. Francia](#), cit. §107.

¹⁴⁵ V. il parere concordante comune dei giudici Rozakis, Tulkens, Traja, Botoucharova, Zagrebelsky e Garlicki, al §4, reso nella decisione relativa al caso [Bosphorus c. Irlanda](#), cit.

*vigueur de l'article 6 modifié du traité sur l'Union européenne, qui confère à la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne la même valeur que les traités et qui prévoit que les droits fondamentaux, tels qu'ils sont garantis par la convention et tels qu'ils résultent des traditions constitutionnelles communes aux états membres, font partie du droit de l'Union en tant que principes généraux*¹⁴⁶».

Per vero, i rapporti di sistema tra Corte Edu e Unione europea come mediati dalla Carta dei diritti risultano, dopo l'entrata in vigore del documento proclamato a Nizza, più articolati di quanto possa apparire da quest'ultima presa di posizione da parte di Strasburgo. Con la dec. [Samsam Mohammed Hussein](#) del 2 aprile 2013¹⁴⁷, la Corte, nel concludere per l'irricevibilità del ricorso proposto da una donna somala al fine di evitare il suo ritrasferimento in Italia assunto dalla stessa come pericoloso per sé ed i figli, esprime un giudizio generalmente positivo sulla correttezza del sistema d'asilo garantito nei Paesi parti del contenzioso a fronte della Carta dei diritti, della Convenzione di Ginevra e della Convenzione Edu, escludendo che l'eventuale violazione di disposizioni isolate della normativa di attuazione (come potrebbe essersi verificato nella fattispecie) possano legittimare l'alterazione dell'assetto delle competenze degli Stati membri dell'Unione nella materia. L'occasione è, però, colta dalla Corte anche per fornire essa stessa un quadro delle potenzialità insite nell'art. 4 della Carta, avvertendosi in primo luogo che sistematiche deficienze applicative, insieme a condizioni d'accoglienza implicanti un trattamento inumano o degradante nel Paese di trasferimento, renderebbe tale trasferimento incompatibile con la Carta stessa. Sottolineandosi, quindi, come nemmeno dal punto di vista eurounitario esista una presunzione assoluta del regolare comportamento degli Stati membri, sicché sarebbe direttamente lo stesso art. 4 della Carta a vietare il trasferimento verso lo Stato in difetto (in senso praticamente identico, ossia di una Corte Edu sostanziale interprete della Carta in materia di asilanti, si pone la pronuncia della Grande Camera [Tarakhel c. Svizzera](#) del 4 novembre 2014¹⁴⁸).

8. Considerazioni conclusive

Volendo tentare qualche rapida considerazione conclusiva, è forse utile prendere spunto proprio dalle ultime osservazioni, che, forse meglio delle altre, denotano l'attivismo della Corte Edu nel proporre interpretazioni abbastanza autonome della Carta.

Se si tratta qui, come mostrato all'inizio, di un'attitudine non di rado dispiegata nei confronti anche del diritto internazionale generale, una differenza non di poco momento è data, però, in questo caso, dal fatto che vi sono coinvolti anche i rapporti tra le due sfere "ordinamentali", in gran parte coincidenti, cui appartengono le Corti sovranazionali europee.

Non si vede, tuttavia, alcuna ragione per intendere le sovrapposizioni di Strasburgo a Lussemburgo, che, per effetto della Carta, sembrano verificarsi, alla stregua di un'appropriazione della funzione interpretativa della Carta stessa. L'"ingerenza" nella Carta europea da parte della Corte Edu ha, infatti, come si è potuto agevolmente riscontrare, soprattutto lo scopo di giustificare, da sola od unitamente ad altre fonti internazionali, una lettura evolutiva della Convenzione, sia per quanto riguarda una configurazione "ammodernata" di diritti già in qualche modo presenti o ricavabili dalla Convenzione, sia per quanto concerne il rilevamento di figure soggettive del tutto inedite di cui la Carta è assai ricca (ad es. anziani, portatori di handicap, ecc.). Tra l'altro, quando appaia possibile, il richiamo alla Carta si accompagna all'interpretazione (è, ad es. il caso della menzionata dec. [Grande Stevens](#)¹⁴⁹, in cui vengono riportati i termini della pronuncia [Fransson](#)¹⁵⁰) già fornita dalla stessa Corte

¹⁴⁶ V. Corte Edu, [Michaud c. Francia](#), cit. §105-6.

¹⁴⁷ V. Corte Edu, [Samsam Mohammed Hussein c. Paesi Bassi e Italia](#), 2 aprile 2013, req. 27725/10.

¹⁴⁸ V. Corte Edu, Grande Camera, [Tarakhel c. Svizzera](#), 4 novembre 2014, req. n. 29217/12.

¹⁴⁹ V.la, *supra*, anche alla nota 119.

¹⁵⁰ V. Corte di giustizia, sent. del 26 febbraio 2010, in C-617/10, [Åklagaren c. Hans Åkerberg Fransson](#).

di giustizia (fenomeno che non potrà che incrementarsi in futuro se si riveleranno fondate queste osservazioni), mentre, in taluni casi, il richiamo non involge tanto il *trend* interpretativo, che appare già da tempo consolidato, quanto l'esigenza di un aggiornamento del catalogo delle fonti rilevanti in materia (esemplarmente, dec. [Neulinger e Shuruk](#)¹⁵¹, dove la Corte aveva già stabilito da lungo tempo il principio di prevalenza dell'interesse dei minori).

Da questo punto di vista, il rischio di conflitti interpretativi dovrebbe ridursi al minimo, immaginando (ma le decisioni considerate sembrano confermarlo) una continua tensione di Strasburgo all'implementazione di significati garantistici nella Convenzione mutuati dalla Carta (ma non solo), che, a sua volta, avendo come riferimento interpretativo la Convenzione, produrrebbe un allineamento continuo e reciproco dei rispettivi cataloghi¹⁵².

Ma un altro dei fattori che abbiamo visto rendere rilevante la Carta agli occhi della Corte Edu è la sua funzione di indicatore del grado di equivalenza di protezione offerta dall'Unione ai diritti riguardati anche dalla Convenzione. Nonostante i limiti e le probabili falle di questo sistema di misurazione, c'è da ritenere che il meccanismo sia destinato a potenziarsi e a raffinarsi, soprattutto nel tempo che, latitando ancora l'adesione dell'Unione alla Cedu, esso vi svolgerà, per così dire, un ruolo di supplenza.

Tutto ciò, beninteso, non elimina del tutto il rischio di eventuali contrasti interpretativi tra le due Corti circa la portata e il senso della Carta¹⁵³. Riteniamo, peraltro, che il problema non presenti particolari ragioni di allarme sia perché, in principio, gli interpreti "autentici" della Carta sono e resteranno i giudici di Lussemburgo e la prassi dimostra che la Corte Edu rispetta tale ruolo ed anzi talvolta fa affidamento su di esso, sia perché, comunque, nella stessa ipotesi dell'adesione alla Cedu da parte dell'Unione, un eventuale contrasto non potrebbe risolversi in base ad un rapporto di carattere gerarchico tra Corti, non avendo Strasburgo i mezzi giuridici d'imporsi in ultima istanza a Lussemburgo.

Del resto, i più autorevoli osservatori della fenomenologia qui considerata, rilevano l'implausibilità e la sconvenienza di un passaggio dall'attuale relazione "orizzontale" tra le due Corti ad una qualche situazione di gerarchia¹⁵⁴, non foss'altro perché l'esperienza testimonia che un saldo rapporto di cooperazione e di complementarietà giova alla protezione più estesa dei diritti fondamentali (del resto, proprio di ciò sembra prendere atto il progetto di adesione, per il momento bloccato dal richiamato [parere n. 2/2013](#)¹⁵⁵, col prevedere meccanismi di raccordo preventivi tra Strasburgo e Lussemburgo).

In un quadro siffatto, le possibili divergenze perderebbero di drammaticità, pur in costanza della tentazione dei commentatori di soffiare sul fuoco ... D'altro canto, finanche a livello giurisprudenziale, il pluralismo delle idee può risultare, a medio e lungo termine, una ricchezza democratica per il sistema e una risorsa difensiva per gli amministrati, così come lo è una buona disponibilità di vie di ricorso.

Cfr. al proposito (e part. sui rapporti tra Convenzione, diritto dell'Unione e diritti interni degli Stati membri), R. CALVANO, *Un caso di frode fiscale occasione per riflessioni di rilievo costituzionale...nel rapporto tra diritto UE e diritto interno e CEDU*, in *Giur. cost.*, 2013, 3615 e ss.; cfr., inoltre, in argomento G. Di Federico, *La possibilità di cumulare sanzioni penali e fiscali ai sensi dell'art. 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in *Rassegna tributaria*, 2013, 1185 e ss.

¹⁵¹ V.la, *supra*, alle note 104 e 122.

¹⁵² Sull'importanza dell'Accordo di cooperazione sul tema dei diritti umani del 10 maggio 2007 in un'ottica di integrazione culturale tra Unione europea e Consiglio d'Europa, nonché nel quadro di un più ampio "continuum" sul tema dei diritti umani, cfr. G. BRONZINI e V. PICCONE, *L'efficacia "anticipata" della Carta di Nizza: ius receptum?*, in *I Diritti dell'uomo: cronache e battaglie*, 2007, 12 ss.

¹⁵³ Cfr., in argomento, tra gli altri, N. PARISI, *Funzione e ruolo della Carta dei diritti fondamentali nel sistema delle fonti alla luce del Trattato di Lisbona*, in *Dir. Un. Eur.*, 2009, 653 ss.; e G. OBERTO, *La tutela dei diritti fondamentali nelle carte costituzionali, ovvero del difficile dialogo tra carte e corti*, in *Dir. fam. pers.*, 2013, 173 ss.

¹⁵⁴ Esemplarmente, A. TIZZANO, *Il nuovo ruolo delle corti supreme nell'ordine politico e istituzionale: la Corte di giustizia dell'UE*, in *Dir. Un. Eur.*, 2012, 841 ss.

¹⁵⁵ V.lo, *supra*, anche alla nota 56.

La rassegna dianzi effettuata ha, per altro verso, dimostrato la piena consapevolezza, da parte della Corte Edu, delle novità e delle potenzialità recate dalla Carta per articolare ancora meglio il dialogo con la Corte di giustizia e per rendere più pregnante il suo ruolo. Per converso, l'idea di un futuro controllo esterno all'Unione sembra già metabolizzata dalla Corte di giustizia, senza dover attendere l'adesione dell'Unione alla Cedu, che il Trattato di Lisbona ha reso obbligatoria¹⁵⁶.

Occorre, però, conclusivamente, rendersi conto che l'adesione appare ancora lontana sull'orizzonte, non solo a causa del ridetto [parere n. 2 del 2013](#) della Corte di giustizia, ma anche perché occorrerà la ratifica del relativo Trattato da parte di ben 47 Stati. Uno dei pregi di quest'incontro è, pertanto, quello di non inseguire fughe in avanti, ma di concentrarsi, soprattutto dal punto di vista del quotidiano *ius dicere* delle Corti, su quella rivoluzione giurisprudenziale che la Carta di Nizza-Strasburgo ha già *hic et nunc* innescato, si spera con mutuo arricchimento dei due piani ordinamentali qui riguardati e soprattutto, per restare all'argomento generale dell'incontro, con aperture culturali sulla dimensione e sulla titolarità dei diritti idonee a dissolvere concrezioni culturali e di mentalità appartenenti ad epoche passate e addensatesi in contesti sociali, politici e tecnologici affatto diversi.

¹⁵⁶ Del tutto condivisibile l'apprezzamento per la sussistenza di un controllo esterno all'UE espresso già agli albori della Carta da G. RAIMONDI, *La Carta di Nizza* cit., 616.

Eduardo Gianfrancesco

L'autonomia di fronte a se stessa: il caso degli statuti regionali ordinari

SOMMARIO: 1. Gli statuti regionali ordinari nella riforma del regionalismo. - 2. Natura degli statuti e procedimento di formazione. - 3. La forma di governo regionale. - 4. Le disposizioni programmatiche degli statuti: sentieri senza sbocco. - 5. Le disposizioni programmatiche degli statuti: sentieri da percorrere (e poco esplorati). - 6. Conclusione: un possibile itinerario alternativo per rivitalizzare l'autonomia statutaria.

1. Gli statuti regionali ordinari nella riforma del regionalismo

Non può non destare una certa sorpresa e, conseguentemente, qualche interrogativo la circostanza per cui il disegno di legge di revisione costituzionale *Disposizioni per il superamento del bicameralismo paritario, la riduzione del numero dei parlamentari, il contenimento dei costi delle istituzioni, la soppressione del CNEL e la revisione del titolo V della parte II della Costituzione*, attualmente all'esame delle Camere¹ non dedichi alcuna previsione alla riforma dell'art. 123 Cost. Mentre l'art. 117 Cost. viene sottoposto ad una radicale riscrittura e molte altre disposizioni del Titolo V della Parte seconda della Costituzione vengono comunque incise dall'intervento riformatore e mentre, si badi, il complesso di tali interventi appare orientato nel senso di un restringimento del margine di autonomia degli enti territoriali regionali², la disposizione fondativa della potestà statutaria delle Regioni ordinarie viene lasciata indenne.

Quali le ragioni di tale omissione? Quale il giudizio implicito sul rendimento dell'art. 123 Cost. nella ormai sua più che quindicennale vigenza che se ne può trarre ?

Le risposte possono essere molteplici e molto diverse tra loro. Potrebbe sostenersi che, a differenza di altri istituti del regionalismo italiano riformato, la disciplina della potestà statutaria in Costituzione e l'esperienza attuativa nei diversi ordinamenti regionali, grazie anche ad alcune puntuali "correzioni" operate dalla giurisprudenza costituzionale, abbia presentato limitati profili critici, cosicché il bilancio può dirsi nel complesso positivo e, quindi, non bisognoso di interventi in sede di riforma. All'opposto, si potrebbe affermare che la potestà statutaria regionale è stata drasticamente "normalizzata" dalla giurisprudenza costituzionale e che la mancanza di intervento da parte del riformatore costituzionale sia semplicemente la conseguenza di una potestà già profondamente conformata dall'esterno in senso minimalista.

Chi scrive proverà a sostenere in questo contributo che entrambe queste letture peccano per un certo schematismo e che manifestano il loro limite soprattutto nell'attenzione prevalente ai fattori

Questo lavoro è dedicato alla memoria dell'amico e collega Paolo Cavaleri. Una versione modificata in conformità alle istruzioni redazionali del comitato promotore verrà pubblicata nella raccolta di scritti in Sua memoria.

¹ Il presente lavoro è aggiornato alla data del 31 dicembre 2015 e considera, quindi, il disegno di legge di revisione costituzionale nella versione dell'AC n. 2613-B, all'esame della Camera dei Deputati e per il quale è previsto il voto finale in prima lettura per il giorno 11 gennaio 2016.

² L'osservazione è abbastanza diffusa tra gli studiosi. Cfr., per tutti, S. BARTOLE, *Cosa intende fare lo Stato delle Regioni*, 65; A. RUGGERI, *Una riforma che non dà ristoro a Regioni assetate di autonomia*, 244; G. TARLI BARBIERI, *Venti questioni su Regioni e riforme costituzionali*, 279, tutti in *Le Regioni*, 2015.

E' appena il caso di notare come le variazioni apportate al testo della riforma nell'ottobre 2015 in tema di criteri di composizione del Senato (art. 2 del disegno di legge nella parte in cui modifica il quinto comma dell'art. 57 Cost) hanno non poco allentato il collegamento di tale organo con gli enti regionali e, quindi, attenuato il *trade-off* presente nel disegno di legge governativo tra disciplina delle competenze legislative regionali, ispirata al ribasso, ed istituzione di un Senato delle autonomie che avrebbe dovuto compensare tale *reductio*. Il *trade-off* in questione era stato evidenziato da: S. PAJNO, *Il peso della mitologia politico-giuridica nelle vicende della revisione costituzionale in itinere*, in *Rivista Aic*, n. 3/2015, 13; M. CECCHETTI, *I veri obiettivi della riforma costituzionale dei rapporti stato-regioni e una proposta per realizzarli in modo semplice e coerente*, in www.gruppodipisa.it, 2.

“esogeni” di evoluzione/involuzione dell’esperienza statutaria regionale, finendo per offrire una rappresentazione parziale della realtà.

Ciò che si cercherà di sostenere è, invece, che nella “fortuna” degli statuti ordinari dal 1999 ad oggi è possibile leggere come in uno specchio alcuni caratteri generali dell’esperienza del regionalismo italiano. Uno specchio più limpido rispetto a quello offerto dall’art. 117 Cost., profondamente condizionato da difetti intrinseci e da pesanti ristrutturazioni giurisprudenziali³, o dello stesso, largamente inesplorato nelle sue potenzialità, art. 118 Cost.⁴. Quello che mi sembra maggiormente interessante nell’esperienza attuativa dell’art. 123 Cost. è che le “responsabilità”, i meriti ed i demeriti dei diversi attori protagonisti dell’attuazione della potestà statutaria delle Regioni sono più facilmente enucleabili e scomponibili: taluni difetti di fattura della previsione costituzionale dell’art. 123 Cost.; lo scarso rilievo degli interventi legislativi statali; il non preponderante peso della giurisprudenza costituzionale e, soprattutto, le scelte - buone, cattive od assenti - delle stesse Regioni nel momento dell’esercizio della potestà statutaria. Soprattutto tale ultimo elemento merita di essere evidenziato e segna la differenza tra questo capitolo del regionalismo italiano e quello della potestà legislativa regionale, chiamata a muoversi negli spazi interstiziali della potestà legislativa dello Stato, per come interpretata dalla Corte costituzionale⁵.

Effettivamente si può dire che nel caso della potestà statutaria ordinaria l’autonomia regionale si è trovata in buona parte, almeno sino agli sviluppi degli ultimissimi anni⁶, di fronte a se stessa ed in grado di operare scelte apprezzabilmente autonome, solo che lo volesse.

A queste condizioni, la scelta di non incidere in sede di riforma costituzionale sulla previsione costituzionale dell’art. 123 assume una nuova dimensione: forse che l’assenza di norme riformatrici derivi dall’inutilità di un qualsivoglia intervento, a fronte di una mancata reale esplicazione dell’autonomia da parte degli enti che ne sono titolari? I paragrafi che seguono saranno attraversati da tale interrogativo.

2. Natura degli statuti e procedimento di formazione

Come è stato efficacemente messo in luce sin dagli anni immediatamente successivi alla riforma, la legge costituzionale n. 1 del 1999 ristabilisce rispetto all’esperienza precedente una corretta simmetria tra natura degli statuti e loro procedimento di formazione⁷: l’opzione a favore dell’atto normativo regionale, ancorché definito riduttivamente *legge* regionale nell’art. 123 Cost.⁸, si

³ Sul “cospicuo campionario di difetti” dei due elenchi contenuti nell’art. 117 Cost., cfr. A. D’ATENA, in più occasioni e da ultimo in *Introduzione*, in AA.VV. (a cura di S. MANGIAMELI), *Il regionalismo italiano tra giurisprudenza costituzionale e involuzioni legislative dopo la revisione del Titolo V*, Milano, 2014, 14. Sullo strumentario della Corte sulle materie regionali, cfr., nello stesso volume, S. MANGIAMELI, *Il governo delle politiche pubbliche: un banco di prova per il regionalismo*, 48 ss.

⁴ Sul punto sia consentito il rinvio a E. GIANFRANCESCO, *Torniamo a Zanobini (!)*, in *Rivista Aic*, n. 2/2014, pag. 3 ss. ed *ivi* il rilievo sulla inidoneità del vigente art. 118 Cost. ad esprimere un principio di *decisione sostanziale* sull’allocazione delle funzioni amministrative. D’altra parte, come osserva A. SIMONCINI, *La “rivoluzione promessa”: le regioni tra nuovi diritti e pluralismo sociale*, in AA.VV. (a cura di N. ANTONETTI – U. DE SIERVO), *Che fare delle Regioni?*, Roma, 2014, 140, nella cinquantennale esperienza delle Regioni italiane “la concezione dell’amministrazione è rimasta sostanzialmente inalterata nei suoi processi strutturali, sostanzialmente non scalfita nella sua tendenziale uniformità rispetto a quella statale”.

⁵ Di una legislazione regionale destinata a muoversi “in ambiti interstiziali” scrivono, con specifico riferimento alla competenza ex art. 117, quarto comma Cost., CARETTI – G. TARLI BARBIERI, *Diritto regionale*³, 2012, 101. Si tratta, in verità, di una definizione suscettibile di generalizzazione ben oltre i limiti della competenza residuale regionale.

⁶ Il punto di svolta può essere rappresentato, con riferimento alla potestà statutaria regionale, dalla [sent. n. 198 del 2012](#) della Corte costituzionale, sulla quale, cfr. *infra*, par. 3 e nota 42.

⁷ Cfr. A. D’ATENA, *La nuova autonomia statutaria delle Regioni*, in *Rass. Parl.*, 2000, ora in ID., *L’Italia verso il “federalismo”*. *Taccuini di viaggio*, Milano, 2001, 180.

⁸ Sulle diverse opzioni dei legislatori statuari in ordine alla denominazione e numerazione dell’atto-statuto, cfr. A. FERRARA, *Il procedimento di formazione e revisione degli statuti delle regioni ad autonomia ordinaria*, in AA.VV. (a cura di A. D’ATENA), *I nuovi statuti delle Regioni ad autonomia ordinaria*, Milano, 2008, 27. Le posizioni della

giustifica con l'attribuzione allo statuto di competenze principalmente, se non essenzialmente, organizzative, come il passaggio in rassegna degli oggetti menzionati nella disposizione costituzionale evidenzia. La tensione degli statuti regionali verso una dimensione "costituzionale", tipica degli ordinamenti di tipo federale⁹, resta, ad un'analisi di diritto positivo fondata su argomenti letterali ed anche comparati¹⁰, incompiuta e se questo può contribuire a comprendere le ragioni dell'insoddisfazione di talune Regioni italiane per il ruolo dei propri statuti non giustifica, dal punto di vista giuridico, letture para-costituzionali dell'autonomia statutaria stessa¹¹.

Rinviando ai paragrafi nn. 4 e 5 l'analisi di tale problematica per il versante dei contenuti statutari, ovvero delle cosiddette disposizioni statutarie programmatiche, qui occorre considerare il ruolo dei diversi protagonisti della vicenda regionale italiana dal punto di vista del procedimento di formazione dello statuto e del *quantum* di autonomia rimesso alle determinazioni regionali, nonché da queste concretamente esercitato.

Il punto di partenza non può non essere costituito dalla a dir poco incerta formulazione dell'art. 123 Cost.¹², specialmente con riferimento alla successione tra il secondo ed il terzo comma ed al tipo di pubblicazione in essi menzionata. E' stata la limitatezza della fattura tecnica della disposizione costituzionale la prima causa di notevoli incertezze ricostruttive e forse si tratta di profili critici ancor più evidenti e gravi di quelli attinenti ai profili contenutistici, ovvero alle "voci" contenute nell'articolo in questione. Basti pensare, a questo proposito, all'incertezza sulla natura preventiva o successiva dell'impugnazione governativa dello statuto innanzi alla Corte costituzionale¹³.

Partendo da queste premesse, una valutazione sostanzialmente positiva va data, a parere di chi scrive, di talune opzioni fondamentali operate dalla giurisprudenza costituzionale le quali hanno definito gli ambiti entro i quali sono chiamate a spaziare le determinazioni di Stato e Regioni¹⁴. Mi riferisco, in primo luogo, al riconoscimento del carattere *preventivo* del giudizio di costituzionalità delineato dall'art. 123 Cost., che pur imponendo modalità sicuramente più invasive di verifica di

dottrina sul punto sono ora richiamate da U. ADAMO, *La questione dei principi e dei diritti negli statuti delle Regioni e delle Comunità autonome*, Milano, 2015, 45, nota 7.

⁹ Tensione evidenziata da S. MANGIAMELI, *Gli statuti regionali ordinari: la questione della loro qualificazione sulla base dell'ordinamento concreto*, in ID., *Letture sul regionalismo italiano. Il Titolo V tra attuazione e riforma della riforma*, Torino, 2011, 137 ss.

¹⁰ Tra i quali spicca la mancata previsione di istituti analoghi alla "garanzia federale" delle costituzioni dei Cantoni della Confederazione elvetica, diretta ad attestare la conformità della costituzione locale alla costituzione federale. Per un richiamo a tale istituto, cfr. A. D'ATENA, *La nuova autonomia statutaria delle Regioni*, cit., 180, nota 11.

¹¹ Per una articolata e raffinata lettura dell'autonomia statutaria rivolta in tale direzione si rinvia comunque a M. OLIVETTI, *Nuovi statuti e forma di governo delle Regioni. Verso le Costituzioni regionali?* Bologna, 2002, parte prima.

¹² I profili problematici del nuovo art. 123 Cost. sono stati immediatamente evidenziati dagli osservatori. Cfr., per tutti: U. DE SIERVO, *I nuovi statuti regionali nel sistema delle fonti*, in AA.VV. (a cura di A. FERRARA), *Verso una fase costituente delle Regioni? Problemi di interpretazione della legge costituzionale 22 novembre 1999, n. 1*, Milano, 2001, 97 ss.; R. TOSI, *Incertezze e ambiguità della nuova autonomia statutaria*, in *Le Regioni*, 1999, 847 ss.; ID., *I nuovi statuti delle Regioni ordinarie: procedimento e limiti*, in *Le Regioni*, 2000, 527 ss.; N. ZANON, *Referendum e controllo di costituzionalità sugli Statuti regionali: chi decide qual è la corretta lettura dell'art. 123 Cost.?* (Note minime su una legge regionale che interpreta la Costituzione), in *Le Regioni*, 2000, 986 ss.; A.M. POGGI, *L'autonomia statutaria delle regioni*, in AA.VV. (a cura di T. GROPPI – M. OLIVETTI), *La Repubblica delle autonomie. Regioni ed enti locali nel nuovo titolo V²*, Torino, 2003, 68 ss.

Più ottimistica appare la lettura della disposizione da parte della Corte costituzionale che, nella [sent. n. 304 del 2002](#), ha affermato che "la disciplina posta dall'art. 123 è chiara nelle sue linee portanti e realizza un assetto normativo unitario e compatto, in cui ciascuna previsione è assistita da una propria ragione costituzionale, e tutte si legano tra loro in un vincolo di coerenza sistematica, che disvela il ponderato equilibrio delle scelte del legislatore costituzionale" (n. 1 del *Considerato in diritto*).

¹³ Sulle diverse prese di posizione in materia si rinvia alla trattazione di A. CARDONE, *La "terza via" al giudizio di legittimità costituzionale. Contributo allo studio di costituzionalità degli statuti regionali*, Milano, 2007, 107 ss. che rileva come la questione abbia assunto caratteri così intricati da costituire una sorta di "nodo gordiano" interpretativo (107).

¹⁴ Il riferimento va essenzialmente alla [sent. n. 304 del 2002](#) della Corte costituzionale.

costituzionalità di quelle dell'art. 127 Cost. valorizza al contempo il ruolo ed il peso degli statuti rispetto alle leggi regionali¹⁵.

Come si è detto, non si trattava di una scelta scontata, ancorché sicuramente preferibile dal punto di vista dell'esegesi dell'art. 123 Cost.¹⁶. Inoltre, occorre riconoscere che l'opzione per il controllo preventivo ha inevitabilmente portato con sé una serie di problemi che si sarebbero evitati optando per il giudizio successivo: dall'interferenza tra giudizio costituzionale e *referendum* approvativo ai dubbi sui poteri dei Consigli regionali a seguito di impugnazione dello statuto¹⁷. Ciononostante, la scelta operata dalla Corte con la [sent. n. 304 del 2002](#) sembra realmente prendere sul serio gli statuti e le loro potenzialità ed in questa logica si giustifica anche da un punto di vista sistematico.

Solo apparentemente in contraddizione con quanto appena affermato, mi sembra si possa ritenere che anche il riconoscimento alle Regioni della possibilità di revisioni parziali degli statuti anteriori alla riforma e della non necessaria adozione di statuti integralmente nuovi si orienti nel senso di una valorizzazione del principio di autonomia: attesa la sostanziale corrispondenza – anche se non identità¹⁸ – di oggetti rimessi alla competenza statutaria e la non dissimile, come si è appena ricordato, qualificazione complessiva dello statuto in termini di atto organizzativo, pare possibile lasciare alle autonome (e responsabili) opzioni del Consiglio regionale il *quantum* e la scansione temporale della riforma statutaria, fermo restando che non dovrebbe sfuggire a nessuno la miopia istituzionale di un differimento a lungo termine dell'adozione di tali atti¹⁹.

Ad un giudizio meno positivo si espongono, invece, alcune reticenze ed omissioni della Corte costituzionale in ordine ad una serie di evenienze procedurali relative all'*iter* di formazione degli statuti²⁰. Ci si riferisce alle [sentt. n. 445 e 469 del 2005](#) nelle quali la Corte non prende posizione su alcuni rilevanti problemi procedurali derivanti dalla sequenza di approvazione e controllo degli statuti: in particolare il rapporto di successione temporale tra giudizio costituzionale e referendum; il potere del Consiglio regionale di intervenire sullo statuto impugnato, modificandolo in pendenza di giudizio; la necessità o meno di una pronuncia del Consiglio regionale, a seguito di sentenza di incostituzionalità di parte dello statuto, al fine di disporre la promulgazione parziale dello stesso.

¹⁵ Sul punto si rinvia all'ampia analisi di A. CARDONE, *La "terza via" al giudizio di legittimità costituzionale*, cit., 419 ss., per una netta differenziazione tra caratteri del giudizio sugli statuti e giudizio sulle leggi regionali.

¹⁶ Efficaci appaiono, sul punto, i passaggi argomentativi del n. 2 del *Considerato in diritto* della [sent. n. 304 del 2002](#) della Corte costituzionale, con riferimento alla successione dei commi della disposizione ed al significato del termine "pubblicazione" in essi contenuto.

¹⁷ Su tali problemi, cfr. I. CARLOTTO, *Il procedimento di formazione degli statuti delle Regioni ordinarie*, Padova, 2007, spec. caIII. Con particolare riferimento alle [sentt. n. 445 e 469 del 2005](#) della Corte costituzionale, cfr. E. GIANFRANCESCO, «A volte ritornano». *Problemi del giudizio preventivo di costituzionalità sugli statuti ordinari*, in *Giur. cost.*, 2005, 5032 ss.; GIANGASPERO, *La Corte costituzionale e il procedimento di approvazione degli statuti regionali ordinari: problemi risolti e questioni da definire in tema di interpretazione dell'art. 123 Cost.*, in *Le Regioni*, 2006, 746 ss.

¹⁸ Come è noto, l'elemento di maggiore novità della riforma del 1999 è rappresentato dalla competenza statutaria in tema di *forma di governo*, anche se tale oggetto si riteneva già ricompreso nella materia dell'*organizzazione interna* della Regione menzionata dall'art. 123 Cost. nella sua formulazione originaria. Sul punto, cfr., A. D'ATENA, *Regione (in generale)*, in *Enc. Dir.*, vol. XXXIX, Milano, 1988, ora in ID. *Costituzione e Regioni. Studi*, Milano, 1991, 30 s.

¹⁹ A favore della revisionabilità parziale degli statuti cfr. F. CUOCOLO, *La nuova potestà statutaria regionale*, in *Quad. cost.*, 2003, 298; CAVALERI, *Diritto regionale*⁵, 2009, 59. In senso diverso, sulla base di una difficile commensurabilità tra "vecchi" e "nuovi" statuti, S. MANGIAMELI, *La nuova potestà statutaria delle Regioni davanti alla Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 2002, 2363 afferma il *dovere* costituzionale incombente sulle Regioni di adozione di nuovi statuti.

²⁰ Questa sorta di doppio binario della giurisprudenza costituzionale sugli statuti, «più dettagliata e rigida quando si occupa di definire il tipo di controllo che può essere esercitato sullo Statuto, ed, all'inverso, più concisa e "permissiva" laddove si occupa del modo d'agire del Consiglio» è ben evidenziato da I. CARLOTTO, *La giurisprudenza costituzionale sul procedimento di formazione degli Statuti ordinari*, in AA.VV. (a cura di CAVALERI), *Temi di diritto regionale nella giurisprudenza costituzionale dopo le riforme*, Torino, 2008, 11. Di una generale tendenza della Corte costituzionale a desumere direttamente dall'art. 123 Cost. i caratteri del procedimento approvativo degli statuti, restringendo notevolmente gli spazi di intervento regionali, scrive, invece, GIANGASPERO, *La Corte costituzionale e il procedimento di approvazione degli statuti regionali ordinari*, cit., 761.

Senza ripercorrere le possibili soluzioni del problema, in questa sede vale la pena di sottolineare i seguenti elementi: pare discutibile ritenere che spetti alla legge statale un potere di intervento in materia²¹, in assenza di qualsiasi indicazione sul punto nell'art. 123 Cost. od in altra disposizione costituzionale e risultando innaturale estendere oltre i confini propri della disciplina del giudizio costituzionale in senso proprio l'ambito di intervento della legge n. 87 del 1953.

Non appare, peraltro, la soluzione più idonea rimettere a leggi statutarie “stralcio” la definizione compiuta della disciplina di adozione degli statuti e ciò sia per l'incongruità di ricorrere ad una fonte essa stessa da adottare nelle forme dell'art. 123 Cost. e, quindi, esposta ai medesimi dubbi interpretativi, sia soprattutto per il rischio che dall' “integrazione” dell'art. 123 Cost. si possa passare alla – inammissibile – deroga allo stesso²².

Risulta, quindi, la soluzione più naturale quella che concretamente si è affermata, ovvero di affidare alle leggi regionali, talvolta sulla base di un'apprezzabile riserva statutaria di legge, farsi carico del problema²³. Poiché, però, si verte in materia di (una unica) procedura di formazione di un atto nella quale operano in termini identici per le diverse Regioni i vincoli costituzionali tra le diverse fasi del procedimento e su ciò che è consentito o non è consentito all'interno di esse, per questa ragione sarebbe stata auspicabile ed apprezzabile, a fini di uniformità, una maggiore chiarezza della Corte su tali problemi procedurali. In particolare, nella propria giurisprudenza la Corte avrebbe almeno potuto prendere una esplicita posizione su quello che, a parere di chi scrive²⁴, è un corollario della soluzione accolta nella [sentenza n. 304 del 2002](#): il carattere necessariamente preventivo del giudizio di costituzionalità sugli statuti rispetto al *referendum*, con effetto interruttivo (o almeno sospensivo) dei procedimenti referendari ad opera della proposizione del ricorso governativo²⁵.

Secondo quello che sarà un *leit-motiv* di questo saggio, l'attuazione regionale dei poteri costituzionalmente previsti in tema di configurazione del procedimento di adozione degli statuti lascia non pochi interrogativi. In assenza di rilevanti margini di differenziazione della disciplina

²¹ In questo senso, cfr., invece, R. TOSI, *I nuovi statuti delle Regioni ordinarie: procedimento e limiti*, cit., 534, seguita da N. ZANON, *Referendum e controllo di costituzionalità sugli Statuti regionali: chi decide qual è la corretta lettura dell'art. 123 Cost.?*, cit., 992.

²² Una riserva statutaria in materia, tale da rendere illegittime per “incompetenza relativa” eventuali leggi regionali, è ritenuta, invece, operante, con riferimento alla disciplina del referendum approvativo dello statuto, da C. PADULA, *L'asimmetria nel giudizio in via principale. La posizione dello Stato e delle Regioni davanti alla Corte costituzionale*, Padova, 2005, 149.

²³ Per tale soluzione, anche se ne evidenzia alcune controindicazioni non secondarie, E. LAMARQUE, *Il problematico procedimento di formazione degli statuti regionali*, in *Quad. cost.*, 2000, 640. Sulla base della clausola di residualità del quarto comma dell'art. 117 Cost. e soprattutto in occasione della prima approvazione dello statuto, la competenza della legge regionale è affermata anche da G. D'ALESSANDRO, *I nuovi statuti delle Regioni ordinarie*, Padova, 2008, 70 che pure valorizza notevolmente la competenza dello statuto a regolare il procedimento della propria modifica o sostituzione (63 ss).

²⁴ E. GIANFRANCESCO, «A volte ritornano». *Problemi del giudizio preventivo di costituzionalità sugli statuti ordinari*, cit., 5033, nota 4, nella quale facevo discendere tale conclusione dall'impostazione della [sent. n. 445 del 2005](#). In senso analogo, ma facendo riferimento alla [sent. n. 469 del 2005](#), cfr. GIANGASPERO, *La Corte costituzionale e il procedimento di approvazione degli statuti regionali ordinari*, cit., 754, nonché in base a “considerazioni di tipo sistematico” PASSAGLIA, *Il controllo di legittimità costituzionale degli statuti ordinari*, in AA.VV. (a cura di R. ROMBOLI), *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (2005-2007)*, Torino, 2008, 156. La sospensione dell'iter referendario in pendenza del giudizio di impugnazione è ritenuta maggiormente corretta anche da R. TARCHI – D. BESSI, *Art. 123*, in AA.VV. (a cura di R. BIFULCO – A. CELOTTO – M. OLIVETTI), *Commentario alla Costituzione*, vol. III, Torino, 2006, 2475. E' da segnalare, tuttavia, la posizione di chi ritiene che le pronunce della Corte non chiudano la questione sul “parallelismo dei controlli”: cfr. in questa direzione I. CARLOTTO, *Il procedimento di formazione degli statuti delle Regioni ordinarie*, cit., 119, nota 87; C. PADULA, *L'asimmetria nel giudizio in via principale*, cit., 154 e lo stesso PASSAGLIA, *ult. cit.*, 155. Proprio per questo appare auspicabile una più chiara presa di posizione della Corte costituzionale sul punto.

²⁵ Le leggi regionali che hanno optato per la tesi della *sospensione* del procedimento referendario in pendenza di impugnazione governativa e quelle che hanno scelto la – preferibile – soluzione dell'*interruzione* del medesimo procedimento sono richiamate da I. CARLOTTO, *Il procedimento di formazione degli statuti delle Regioni ordinarie*, cit., 126.

procedurale, come si è visto, le Regioni italiane erano chiamate innanzitutto a decidere celermente sull'innovazione statutaria, totale o parziale. E' noto e non merita ulteriori commenti la circostanza per cui, dopo che le Regioni ordinarie hanno optato in massa per l'adozione di statuti "nuovi", tale processo si è svolto con estrema lentezza, tanto da non essere ancora oggi completo, a più di quindici anni dall'adozione della l. cost. n. 1 del 1999²⁶. Ciò che merita di essere maggiormente sottolineato sono inoltre talune scelte estremamente discutibili in tema di "gestione" del procedimento di approvazione degli statuti. I casi più eclatanti sono quello della approvazione *in progress* dello statuto della regione Lazio nel 2004; della difformità tra prima e seconda deliberazione per lo statuto della regione Umbria e, soprattutto, la sconcertante vicenda relativa all'approvazione dello statuto della regione Molise: approvato, poi "revocato" con mera legge regionale in pendenza di giudizio di costituzionalità e di consultazione referendaria e successivamente "fatto rivivere" con un'ulteriore legge regionale che ha autoritativamente disposto la perdita di efficacia delle operazioni elettorali relative al referendum già pendente²⁷. Si tratta di una vicenda nella quale la mancanza di adeguata considerazione della dimensione *procedimentale* della sequenza dell'art. 123 Cost., implicante una connessione e dei vincoli tra le diverse sue fasi, si accompagna ad un uso strumentale ed orientato a fini politici meramente contingenti delle decisioni relative all'approvazione, alla revoca, alla reviviscenza degli atti normativi²⁸.

3. La forma di governo regionale

Il tema della definizione statutaria della forma di governo regionale permette di mettere a fuoco in termini più netti, rispetto al procedimento di formazione dello statuto, il diverso ruolo e le diverse responsabilità dei soggetti che sono stati chiamati ad attuare la riforma del regionalismo italiano.

Non è un mistero la "preferenza" del legislatore di revisione costituzionale per il modello di elezione diretta del Presidente della Regione, "offerto" in via giuridicamente derogabile, ma politicamente pressoché vincolante²⁹, alle Regioni italiane. Costituisce parte integrante ed essenziale del disegno costituzionale di riforma il delicato punto di equilibrio iscritto nell'art. 126 Cost., terzo comma, tra contestualità della durata del mandato del presidente eletto a suffragio universale e diretto e durata della legislatura regionale (il ben noto *simul simul*).

Si tratta di opzioni che possono essere criticate dal punto di vista della politica costituzionale ma che appaiono abbastanza chiare, almeno nel loro nucleo essenziale, dal punto di vista della formulazione normativa. In particolare, risulta evidente che il vincolo del *simul simul* è evitabile alla sola condizione dell'adozione da parte dello statuto di una modalità di investitura del Presidente della Regione diversa dall'elezione *diretta*.

²⁶ Alla data odierna (dicembre 2015) manca ancora all'appello lo statuto della Regione Basilicata.

²⁷ Sulle "pratiche di dubbia legittimità" relative alle vicende laziali, umbre e pugliesi, cfr. il quadro ricostruttivo di I. CARLOTTO, *Il procedimento di formazione degli statuti delle Regioni ordinarie*, cit., 63 ss. Sulle vicende dello statuto molisano, cfr. E. ALBANESI, *Lo Statuto è ancora nella disponibilità del Consiglio regionale dopo la pubblicazione notiziale? A margine della vicenda dello statuto del Molise*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 2/12; ID., *Il Consiglio regionale del Molise e lo statuto che «non s'ha da fare»*, in *Diritti regionali* (4 giugno 2012); D. CODUTI, *L'interminabile, travagliato e assai preoccupante processo statutario molisano*, in *Rivista Aic*, (4 luglio 2012); ID., *Il nuovo statuto della Regione Molise: tanto rumore per nulla ?*, in *Osservatorio costituzionale AIC*, settembre 2014; PASSAGLIA, *Il controllo di legittimità degli statuti ordinari*, in AA.VV. (a cura di R. ROMBOLI), *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (2011 – 2013)*, Torino, 2014, 135 ss.

²⁸ Un severo giudizio critico del comportamento di entrambi i protagonisti "attivi" della vicenda statutaria (Regioni e Governo) è formulato da N. LUPO, *Le alterne vicende della formazione dei nuovi statuti regionali (e i "colpi" inferti ai principi del costituzionalismo)*, in AA.VV. (a cura di R. BIFULCO), *Gli statuti regionali di seconda generazione. Le Regioni alla prova della nuova autonomia*, Torino, 2006, 3.

²⁹ Come dimostra la vicenda relativa all'approvazione della legge statutaria della Regione Friuli-Venezia Giulia, a proposito della quale cfr. S. PAJNO, *Brevi considerazioni sulla vicenda della legge statutaria friulana. Testo e contesto nella riforma delle regioni*, in AA.VV. (a cura di CARETTI), *Osservatorio sulle fonti 2002*, Torino, 2003, 75 ss.

A parere di chi scrive, a fronte di una regola costituzionale sufficientemente chiara, è stato merito della Corte costituzionale con le sue note pronunce³⁰ porre le Regioni di fronte alle proprie responsabilità, colpendo i tentativi di svuotare di significato l'espressione "elezione diretta"³¹, con un'operazione che, incidendo su di un profilo estremamente sensibile della rappresentanza politica³², avrebbe allontanato ulteriormente l'opinione pubblica dalle istituzioni regionali e reso la crisi di credibilità delle istituzioni regionali degli ultimissimi anni ancora più grave.

Nella definizione del "cuore" della forma di governo regionale, non mi sembra che si possano rivolgere critiche radicali alla Corte costituzionale, mentre ricade nella responsabilità di talune Regioni il tentativo di forzatura (con lo sguardo rivolto al passato piuttosto che al futuro) del disposto costituzionale, senza il coraggio di utilizzare i margini di differenziazione che pure esso presenta. Alla responsabilità esplicita delle Regioni che hanno adottato gli statuti poi colpiti dalle dichiarazioni di illegittimità della Corte si è accompagnata quella, per così dire, implicita di quelle altre Regioni che hanno ritardato il processo di adozione dei loro statuti in attesa dell'esito del giudizio di costituzionale sui margini di elasticità della nozione di "elezione diretta".

Questo atteggiamento volto ad aggirare taluni (centrali) vincoli della riforma può aver contribuito a determinare un atteggiamento restrittivo della Corte costituzionale nella sua successiva giurisprudenza. A differenza dell'interpretazione rigorosa della nozione di elezione diretta, tali ulteriori interventi non mi sembrano però pienamente convincenti, o meglio, implicati necessariamente nell'adozione della forma di governo *standard* "offerta" dal titolo V agli statuti regionali.

La chiusura nei confronti dell'ammissibilità di una mozione di fiducia iniziale con effetti condizionanti sulla permanenza in carica (si badi: non sull'ingresso nella carica, come avveniva nel caso dello statuto calabrese) dell'esecutivo regionale; la censura di illegittimità nei confronti della mozione di sfiducia individuale al singolo assessore regionale; la dichiarazione di illegittimità di disposizioni statutarie che introducevano la previsione di incompatibilità tra il ruolo di consigliere regionale e quello di assessore³³ hanno irrigidito non poco i caratteri della forma di governo regionale recidendo alcuni possibili residui legami con il modello del governo parlamentare ed il maggiore coordinamento tra legislativo ed esecutivo che lo caratterizza rispetto alla "consonanza reciproca" enfatizzata dalla [sent. n. 12 del 2006](#).

Va sottolineato come resti nella disponibilità (e nella responsabilità) delle Regioni valorizzare all'interno degli statuti le forme di raccordo tra esecutivo e legislativo regionale per scongiurare il rischio di un'assenza di dialogo tra i supremi organi regionali; assenza di dialogo e confronto che vedrebbe soprattutto nel Consiglio il soggetto danneggiato, potendo il Presidente far leva sul

³⁰ [Sent. n. 304 del 2002](#), con riferimento al regime transitorio, in attesa dell'adozione di un nuovo statuto organico, della Regione Marche e [sent. n. 2 del 2004](#), con riferimento allo statuto della Regione Calabria.

³¹ Senza che abbia alcun rilievo sul punto il carattere transitorio (Marche) o definitivo (Calabria) della scelta, a dimostrazione della fundamentalità dell'opzione in merito e cogliendo, evidentemente, la forza di condizionamento che anche una disciplina transitoria può operare nei confronti di quella definitiva destinata a succederle.

³² Quale è appunto quello del carattere autenticamente diretto di un'elezione.

³³ Per l'esplicitazione di questi limiti all'autonomia statutaria, cfr., in particolare, le [sentt. n. 379 del 2004](#), nn. 9 e 10 del *Considerato in diritto* e [n. 12 del 2006](#), nn. 4 e 5 del *Considerato in diritto*. Chi scrive aveva ragionato di *limiti aggiunti al sistema costituzionale*, rispetto ai *limiti di sistema* conseguenti all'adozione dell'elezione diretta del Presidente della Regione, in E. GIANFRANCESCO, *Alcune riflessioni in tema di potestà statutaria e potestà legislativa regionale*, in AA.VV. (a cura di CAVALERI), *Temi di diritto regionale nella giurisprudenza costituzionale dopo le riforme*, cit., 258 ss. Cfr. anche ID., *La forma di governo regionale nella recente esperienza italiana*, in AA.VV. (a cura di A. D'ATENA), *I cantieri del federalismo in Europa*, Milano, 2008, 278 ss. Un'impostazione complessivamente volta a circoscrivere in misura considerevole e crescente "le capacità espressive" dello statuto regionale è desunta dalla giurisprudenza costituzionale, ed in particolare dalla [sent. n. 12 del 2006](#), da A. RUGGERI, *Il cappio alla gola degli statuti regionali (a margine di Corte cost. n. 12 del 2006 e di altre pronunzie recenti in tema di autonomia statutaria)*, in [Forum di Quad. cost.](#), nonché in *Nuove Autonomie*, 2006, 535 ed in ID., *"Itinerari" di una ricerca sul sistema delle fonti. X. Studi dell'anno 2006, 2007*, 69 (dal quale è tratta la citazione). Critico nei confronti dell'impostazione "eccessivamente rigida e modellistica" che si trae dalla giurisprudenza della Corte appare anche A. BURATTI, *Rappresentanza e responsabilità politica nella forma di governo regionale*, Napoli, 2010, 197 ss.

potente – anche se potenzialmente inquietante – fattore di (iper)legittimazione rappresentativa costituito dall’elezione diretta monocratica³⁴.

Si tratta di un ambito tanto più essenziale da disciplinare se si conviene sulla ricostruzione che vede presente – o almeno possibile - nel modello della forma di governo regionale *standard* un rapporto fiduciario tra Giunta e Consiglio³⁵, ancorché in una forma di governo che oltrepassa le colonne d’Ercole della forma di governo parlamentare³⁶.

Il bilancio di questo non secondario capitolo dell’autonomia statutaria non sembra peraltro compiutamente positivo: gli osservatori hanno evidenziato in più di un’occasione le timidezze e la scarsità di fantasia nella configurazione di tali raccordi, specie per quanto riguarda la presenza della Giunta e del Presidente nei lavori del Consiglio e nella fondamentale attività di *agenda setting* dei lavori consiliari³⁷, pur potendo i regolamenti consiliari intervenire a colmare le eventuali lacune statutarie³⁸. Un giudizio un po’ più articolato sembra doversi dare dell’altro versante basilare dei raccordi Giunta-Consiglio, ovvero dell’insieme delle attività che definiscono la funzione di controllo del Consiglio sull’esecutivo regionale³⁹. In questo caso l’esperienza delle singole Regioni appare abbastanza diversificata, presentando (solo) taluni statuti soluzioni tecnicamente pregevoli ed all’avanguardia specie per quanto riguarda il controllo sulle politiche pubbliche⁴⁰.

Ancorché non coinvolga direttamente il tema dei rapporti tra i “supremi organi regionali” e la definizione della forma di governo della Regione, ma in quanto potenzialmente in grado di estendere le sue ombre anche su tale aspetto dell’autonomia regionale, va ricordato e sottolineato il

³⁴ Per una valutazione negativa dell’esperienza dei nuovi statuti sul punto, cfr. CAVALERI, *Diritto regionale*⁵, cit., 61.

³⁵ Per la *possibilità*, offerta dal modello *standard* di forma di governo regionale delineato dal Titolo V riformato, di un rapporto fiduciario tra Consiglio e Presidente della Giunta, che spetterebbe agli statuti implementare (e tenendo distinta tale dimensione da quella della sussistenza di una vera e propria forma di governo parlamentare) cfr. M. OLIVETTI, *La forma di governo regionale e la legislazione elettorale: statuti “a rime obbligate”?*, in AA.VV. (a cura di A. D’ATENA), *I nuovi statuti delle Regioni ad autonomia ordinaria*, Milano, 2008, 116 s. e nota 155. L’esistenza di un rapporto fiduciario Consiglio – Presidente della Giunta è affermata da F. CUOCOLO, *La nuova potestà statutaria regionale*, cit., 310 (ancorché in forma implicita ed inespressa) e più nettamente da S. CATALANO, *La “presunzione di consonanza”*. *Esecutivo e Consiglio nelle Regioni a statuto ordinario*, Milano, 2010, 205 ss.

³⁶ L’eterogeneità del *simul simul* rispetto alla forma di governo parlamentare è esplicitamente riconosciuta dalla [sent. n. 12 del 2006](#) della Corte costituzionale (n. 5 del *Considerato in diritto*). Trova così conferma l’osservazione di M. OLIVETTI, *Nuovi statuti e forma di governo delle Regioni*, cit., 242 ss. sulla non assimilabilità alla forma di governo parlamentare dei sistemi ad elezione diretta del vertice dell’Esecutivo con governo di legislatura; sistemi i quali costituiscono dei modelli a sé nel panorama delle forme di governo. Per questa conclusione, cfr. anche quanto sostenuto da chi scrive in E. GIANFRANCESCO, *La forma di governo regionale nella recente esperienza italiana*, cit., 265 ss.

³⁷ Sul punto, cfr. M. RUBECCHI, *La forma di governo regionale fra regole e decisioni*, Roma, 2010, 254; S. TROILO, *L’articolazione della forma di governo regionale dopo l’adozione dei nuovi statuti ordinari, tra uniformità del modello e spunti di differenziazione nei singoli enti territoriali*, in AA.VV., *Alle frontiere del diritto costituzionale. Scritti in onore di Valerio Onida*, Milano, 2011, 1977 s. (anche in [Federalismi.it](#), n. 2/2012). La linea “continuista” tra vecchi e nuovi statuti per quanto riguarda la posizione istituzionale ed i poteri del Consigli è particolarmente valorizzata da N. MACCABIANI, *Codeterminare senza controllare. La via futura delle assemblee elettive regionali*, Milano, 2010.

³⁸ Interessante, sul punto, il caso della Regione del Veneto a proposito della quale si rinvia a E. GIANFRANCESCO, *Potenzialità e limiti del regolamento consiliare: lezioni dall’esperienza del Veneto*, in AA.VV. (a cura di CAVALERI - E. GIANFRANCESCO e con la collaborazione di I. CARLOTTO), *Lineamenti di diritto costituzionale della Regione del Veneto*, Torino, 2013, 82 ss. Una visione più scettica delle opzioni statutarie e regolamentari del Veneto è presente in S. TROILO, *La ricerca della “quadratura del cerchio” nella forma di governo regionale ad elezione diretta del Presidente: considerazioni sulle (poco convincenti) soluzioni adottate da nuovo Statuto del Veneto*, in [Federalismi.it](#), n. 17/2013.

³⁹ Sul cui radicamento in Costituzione, in base al combinato disposto, per il livello regionale, degli artt. 126, secondo comma e 121, terzo e quarto comma, cfr. F. ROSA, *I procedimenti di controllo*, in AA.VV. (a cura di E. GIANFRANCESCO – V. LIPPOLIS – N. LUPO) *Nuove regole per nuovi Consigli regionali*, in *Il Filangieri. Quaderno 2009*, 185 ss. Per una visione “continuista” anche in tale ambito, cfr. N. MACCABIANI, *Codeterminare senza controllare*, cit., 137 ss.

⁴⁰ Un punto di osservazione essenziale per chi voglia cogliere *in concreto* le linee di evoluzione dell’azione delle Regioni italiane nelle principali politiche pubbliche è rappresentato dagli annuali rapporti sulle Regioni curati dall’Issirfa. L’ultimo di tali rapporti è riferito al 2013: AA.VV. (a cura di S. MANGIAMELI), *Rapporto sulle Regioni in Italia 2013*, Roma, 2014.

ben diverso e restrittivo spirito che si è venuto affermando nella più recente giurisprudenza costituzionale. Se per quanto riguarda la tematica dell'interpretazione delle materie e della potestà legislativa regionale si è visto nella [sent. n. 401 del 2007](#) una svolta in senso limitativo e centralizzatore dell'interpretazione del titolo V riformato⁴¹, per ciò che concerne l'autonomia statutaria una vera e propria "doccia fredda" è stata rappresentata dalla [sent. n. 198 del 2012](#) che ha ammesso una potestà conformativa statale in tema di determinazione del numero dei componenti dei Consigli regionali⁴², seguita dalla "gelata" della [sent. n. 35 del 2014](#) nella quale si ammette la determinazione autoritativa statale di tale numero⁴³. Si tratta di un episodio – non secondario – della profondissima crisi del regionalismo italiano contemporaneo che in questa sede non si può non dare per nota e che appare ben lungi dalla sua conclusione.

4. *Le disposizioni programmatiche degli statuti: sentieri senza sbocco*

La vicenda delle disposizioni programmatiche appare emblematica di un tipo di approccio al tema dell'autonomia statutaria che, a parere di chi scrive, ha portato più danni che benefici alle Regioni italiane. Ed in questo caso, più che in tutti gli altri considerati in questo lavoro, i soggetti autori di questo approccio e che ne portano la responsabilità sono le Regioni stesse.

I legislatori statutari potevano tenere ben presente l'esperienza della prima generazione di statuti e riflettere su come la proliferazione di disposizioni programmatiche al loro interno – pur se maggiormente comprensibile in considerazione della assoluta novità e della rottura storica con l'esperienza centralistica precedente di quegli atti⁴⁴ – si fosse mostrata abbastanza sterile di conseguenze ed in grado di trasformare le aspettative in illusioni⁴⁵.

⁴¹ Per l'approccio in chiave di *supremazia*, più che di *prevalenza*, che caratterizza un filone rilevante della giurisprudenza costituzionale di cui la [sent. n. 401 del 2007](#) costituisce un significativo esempio, cfr. E. BUOSO, *Concorso di competenze, clausole di prevalenza e competenze prevalenti*, in *Le Regioni*, 2008, 86. Che la [sent. n. 401 del 2007](#) porti alle estreme conseguenze un'impostazione già presente nella giurisprudenza costituzionale è sottolineato da R. BIN, *Alla ricerca della materia perduta*, in *Le Regioni*, 2008, 400.

⁴² Sull'astrattezza e le contraddizioni della nozione del principio di eguaglianza fatta valere dalla Corte costituzionale in tale pronuncia, cfr. le critiche di F. CORVAJA, *Statuti regionali e «leggi della Repubblica»*, in *Le Regioni*, 2013, 194 ss. Di una "frattura nella giurisprudenza della Corte costituzionale sul regionalismo" scrive condivisibilmente S. MANGIAMELI, *La composizione dei Consigli regionali nelle mani del Governo*, in *Giur. cost.*, 2012, 2869, il quale ne evidenzia la capacità di disarticolare la forma di stato regionale italiano (*ivi*). La trasformazione operata dalla sentenza del vincolo di "armonia con la Costituzione" da limite (negativo) a titolo di competenza statale è opportunamente evidenziata da M. OLIVETTI, *Il colpo di grazia. L'autonomia statutaria delle Regioni ordinarie dopo la sentenza n. 198/2012*, in *Giur. it.*, 2013, par. 4. (nonché in *Amministrazioneincammino.it.*).

E' forse il caso di ricordare come l'intrinseca problematicità del limite in questione aveva spinto, con riferimento alla formulazione originaria dell'art. 123 Cost., un autorevole osservatore ad identificare il limite dell'armonia con la Costituzione con un limite di merito da far valere nelle forme dell'approvazione parlamentare degli statuti medesimi: U DE SIERVO, da ultimo in *Statuti regionali*, in *Enc. dir.*, vol. XLIII, Milano, 1990, 1007 e nota 55.

⁴³ Sulla quale si vedano le critiche di R. BIN, *Quando la Corte calza gli scarponi*, in *Le Regioni*, 2014, 827 ss., sottolineando come la Corte *sostituisca* la norma statale a quella regionale, *riscrivendo*, in tema di composizione del Consiglio, lo statuto della Regione Calabria.

⁴⁴ Il "coinvolgimento emotivo" dei legislatori statutari di prima generazione di fronte al compito che la Costituzione assegnava loro è ricordato da L. BIANCHI, *Le norme di principio degli statuti*, in AA.VV. (a cura di CARETTI), *Osservatorio sulle fonti 2002*, cit., 45. Sulle molteplici ragioni (culturali e politiche, queste ultime di lungo periodo e contingenti) che hanno portato, negli anni '70, all'adozione di carte statutarie "lunghe", cfr. S. BARTOLE, *Statuti regionali*, in *Nss. Digesto it., Appendice.*, vol. VII, Torino, 1987, 547.

⁴⁵ Suscita qualche non ottimistica riflessione porre a confronto la situazione ricordata nella nota precedente con la progressiva perdita di rilevanza dell'autonomia statutaria lamentata, dopo la riforma del 1999, da E. BALBONI, *Le spoglie dell'autonomia statutaria*, in AA.VV. (a cura di CAVALERI), *Temi di diritto regionale nella giurisprudenza costituzionale dopo le riforme*, cit., 79 s. Va peraltro osservato che anche con riferimento alla prima esperienza statutaria la valutazione sulla complessiva attuazione dei modelli regionali è stata tutt'altro che positiva: cfr. U DE SIERVO, *Statuti regionali*, cit., 1013. Il diverso rapporto tra "disposizioni programmatiche" statutarie e norme costituzionali negli anni '70 e negli statuti di seconda generazione è sottolineato da A. MANGIA, *Il ritorno delle norme programmatiche*, in *Giur. cost.*, 2004, 4073.

In secondo luogo, la stessa conformazione del procedimento di formazione dello statuto attuale, privo ormai di una fase di negoziazione politica con lo Stato anteriore all'adozione dell'atto, non sembra prestarsi a quelle estensioni "convenzionali" del contenuto che potevano trovare una giustificazione nella natura "complessa" dello statuto anteriore alla riforma del 1999⁴⁶. Torna qui la già ricordata maggiore coerenza della disciplina vigente dell'art. 123 Cost. tra procedimento di formazione e natura organizzatoria dello statuto.

Sia che si voglia ricondurre ad un'aspirazione insoddisfatta delle Regioni ad una dimensione costituzionale propria di stati membri di federazioni⁴⁷, sia che si voglia pensare ad una "funzione auto-gratificatoria" per i Consigli regionali a fronte della inevitabile *reductio* conseguente all'elezione diretta dei Presidenti di Regione ed all'opposizione della Corte costituzionale ai tentativi di aggiramento del *simul simul*⁴⁸, sta di fatto che gli statuti di seconda generazione si caratterizzano per un'abbondanza di disposizioni programmatiche e di principio.

La Corte costituzionale, con la sua ben nota giurisprudenza sull'assenza di efficacia giuridica delle disposizioni di principio, non ha certo mostrato la "mano pesante" con riferimento a tale vicenda, anche a costo di attirarsi argomentate critiche da parte di taluni osservatori⁴⁹ e di lasciare pericolosi dubbi su di un'efficacia giuridica residua delle disposizioni programmatiche⁵⁰.

La pur apprezzabile aspirazione a "prevedere negli statuti quei principi che siano in qualche modo connessi alle esigenze proprie e specifiche della comunità regionale...caratterizzanti l'identità ovvero la «vocazione» regionale, in relazione quindi alla storia, alle tradizioni, alla cultura di quel territorio"⁵¹ deve, infatti, fare i conti con le caratteristiche per così dire strutturali delle dichiarazioni di principi o dei riconoscimenti di diritti.

In questa prospettiva, come è stato puntualmente osservato, molte dichiarazioni di principio statutarie non raggiungono la soglia di prescrittività minima per poter essere considerate di natura

⁴⁶ Sul punto, cfr. U DE SIERVO, *Statuti regionali*, cit., 1010.

⁴⁷ Le differenze sostanziali tra autonomia costituzionale di uno stato membro di federazione ed autonomia statutaria regionale emergono chiaramente dalla lettura di D. SCHEFOLD, *Funzione, contenuto e limiti delle costituzioni dei Länder in Germania*, in AA.VV., *La potestà statutaria regionale nella riforma della Costituzione. Temi rilevanti e profili comparati*, Milano, 2001, 175 ss.

⁴⁸ Per questa osservazione cfr. M. BENVENUTI, *Le enunciazioni statutarie di principio nella prospettiva attuale*, in AA.VV. (a cura di R. BIFULCO), *Gli statuti regionali di seconda generazione*, cit., 36 s. Per analoghe considerazioni, riferite, tuttavia, alla strumentazione statutaria dei rapporti Consiglio – Presidente della Regione (eletto a suffragio diretto), cfr. la definizione di "revanscismo assemblearistico" di R. BIN, *La nuova stagione statutaria delle Regioni*, in AA.VV., (a cura di A. D'ATENA), *Regionalismo in bilico. Tra attuazione e riforma della riforma del titolo V*, Milano, 2005, 96.

⁴⁹ Cfr., per tutti, A. ANZON, *La Corte condanna all' "inefficacia giuridica" le norme "programmatiche" degli Statuti regionali ordinari*, in *Giur. cost.*, 2004, 4057 ss.

⁵⁰ Ad esempio nei confronti delle Commissioni di Garanzia statutarie. Come perspicuamente osservato da D. NOCILLA, *Natura delle disposizioni programmatiche statutarie e controlli endoregionali su leggi e regolamenti delle Regioni*, in *Giur. cost.*, 2004, 4138 s., in questo modo l'efficacia giuridica delle disposizioni programmatiche statutarie "cacciata dalla porta, rientra, per così dire, dalla finestra", specialmente nell'obbligo consiliare di riesame e nuova approvazione di una legge dichiarata dalla Commissione di Garanzia statutaria contrastante con disposizioni programmatiche statutarie. Di qui un sostanziale aggravamento procedurale per tali ipotesi e la creazione di una legge regionale atipica.

Il vicolo cieco in cui si è inserita la Corte costituzionale che si è preclusa ogni possibilità di intervento in materia con la propria giurisprudenza sull'inammissibilità delle questioni relative alle disposizioni programmatiche è evidenziato da F. GHERA, *Lo statuto regionale ordinario come fonte del diritto*, in *Dir. soc.*, 2008, 362 (nonché in AA.VV. [J. M^A CASTELLÀ ANDREU – M. OLIVETTI Coords.] *Nuevos Estatutos y reforma del Estado. Las experiencias de España e Italia a debate*, Barcelona, 2009, 85 ss.). La valorizzazione delle previsioni statutarie in tema di diritti ad opera delle Commissioni di Garanzia (oltre che dei Difensori civici) sembra essere considerata con interesse da E. ROSSI, *Principi e diritti nei nuovi Statuti regionali*, in *Riv. dir. cost.*, 2005, 87. Sulla rilevanza giuridica indiretta delle disposizioni programmatiche statutarie cfr. anche U. ADAMO, *La questione dei principi e dei diritti negli statuti delle Regioni e delle Comunità autonome*, cit., 153, il quale richiama alcune (sporadiche) pronunce di organi di garanzia statutaria che hanno fatto riferimento a parametri statutarie del tipo qui considerato (157, nota 102). Una naturale tendenza espansiva di tali organi quali "custodi dell'intero costruito statutario" è individuata da M. FOGLIA, *Consulte statutarie*, in AA.VV. (a cura di A. MORELLI – L. TRUCCO), *Diritti e autonomie territoriali*, Torino, 2014, 562.

⁵¹ Cfr. E. ROSSI, *ult. cit.*, 62.

normativa, ovvero difettano di elementi di novità rispetto alle corrispondenti previsioni costituzionali, così da porsi come meri cloni di queste, ovvero ancora si caratterizzano per una formulazione in termini “assoluti” tale da renderle insuscettibili di bilanciamento con principi antagonisti⁵².

Nel caso del riconoscimento statutario di diritti, occorre inoltre tener presente che ogni inserzione nel sistema normativo di nuovi diritti retroagisce sui diritti preesistenti, molto spesso circoscrivendone l’ambito di operatività ed introducendo limiti inediti al godimento di questi. Si tratta di un fenomeno facilmente percepibile nel caso dei diritti di libertà di “prima generazione” o negativi, ma che può essere colto anche con riferimento ai diritti sociali od a prestazione⁵³. Sono evidenti i problemi di ammissibilità di tali operazioni allorché i diritti che entrano in contemperamento con quelli statuari hanno fondamento costituzionale. I diritti a prestazione, inoltre, se “presi sul serio” pongono vincoli stringenti al legislatore ordinario dal punto di vista dell’implementazione degli stessi e della predisposizione delle necessarie risorse finanziarie⁵⁴. Circostanza, questa, in grado di creare non pochi problemi a fronte del riparto delle competenze legislative tra Stato e Regioni ed al riconoscimento in capo allo Stato di significative potestà di intervento nella materia dei diritti stessi, come la lettera *m*) del secondo comma dell’art. 117 Cost. esemplifica in modo evidente.

Né sembra in grado di condurre a conclusioni diverse l’estensione della formulazione dell’art. 123 dalle “*norme di organizzazione interna*” (del testo del 1948) ai “*principi di organizzazione e funzionamento*” (del testo attuale). Tralasciando l’aspetto del riparto verticale di competenze introdotto dal legislatore di revisione costituzionale del 1999⁵⁵, è da sottolineare come il riconoscimento dei reciproci condizionamenti tra le due dimensioni dell’*organizzazione* e dell’*azione*, da tempo acquisito alla scienza del diritto pubblico italiano⁵⁶, non può infatti essere idoneo a far venire meno la delimitazione del campo materiale di competenza dell’atto stesso e, quindi, nel nostro caso, dello statuto⁵⁷.

Se si considera adeguatamente, come si è detto in precedenza, il tenore generale dell’art. 123, a partire dalla qualificazione dell’atto in esso disciplinato nonché il procedimento di formazione dello

⁵² Come sottolineato da A. D’ATENA, *I nuovi statuti regionali ed i loro contenuti programmatici*, in AA.VV. (a cura di A. D’ATENA), *I nuovi statuti delle Regioni ad autonomia ordinaria*, cit., 60 ss.

⁵³ Si riprende sul punto la distinzione tra categorie di diritti fondamentali presente in P.F. GROSSI, *I diritti di libertà ad uso di lezioni*, I, 1. II ed. ampliata, Torino, 1991, spec. 274 ss.; ID., *Qualche riflessione per una corretta identificazione e sistemazione dei diritti sociali*, in ID., *Il diritto costituzionale tra principi di libertà e istituzioni*², Padova, 2008, 22 ss.

⁵⁴ Sul punto, cfr. D. MORANA, *Principi e diritti negli statuti regionali di seconda generazione*, in AA.VV. (J. M^A CASTELLÀ ANDREU – M. OLIVETTI Coords.) *Nuevos Estatutos y reforma del Estado*, cit., 166 ss. che, con riferimento ai diritti a prestazione, pone non già un problema di ammissibilità (come per i diritti di libertà) ma di opportunità, alla luce dell’impegno di risorse finanziarie ed organizzative che consiglierebbero una disciplina affidata alla legge regionale.

⁵⁵ Su tale novità, specie nel quadro competenziale anteriore alla riforma del 2001, cfr. A. D’ATENA, *La nuova autonomia statutaria delle Regioni*, cit., 190. Sui vantaggi, in via astratta, ma sulla difficoltà, in concreto, di far valere una ripartizione di competenza in senso proprio tra statuto e legge regionale nella materia “ad alto tasso di artificialità” dell’organizzazione e del funzionamento di un ente, rinvio a E. GIANFRANCESCO, *E competenza e gerarchia. Gli statuti ordinari nel sistema delle fonti regionali*, in AA.VV., *Scritti in onore di Antonio D’Atena*, Milano, 2015, 1314 ss. (precedentemente in [Osservatorio sulle fonti](#), n. 2 del 2013).

⁵⁶ Il riferimento è a M. NIGRO, *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione*, Milano, 1966, caIII.

⁵⁷ Sull’esigenza di tener ferma la distinzione tra “organizzazione (in senso statico e dinamico) ed attività regionale, cfr., con riferimento alla formulazione originaria del titolo V Cost. ma in termini che mantengono ancora oggi la loro validità, F. SORRENTINO, *Lo statuto regionale nel sistema delle fonti*, in *Giur. cost.*, 1971, 442 ss.

Non è casuale, del resto, che le letture estensive della competenza statutaria in ordine alle norme programmatiche negli “statuti di prima generazione” si fondassero su di una lettura integrata, se non di una interscambiabilità, tra *organizzazione* e *obiettivi* (peraltro latamente intesi) della Regione. Cfr., in questo senso: F. BASSANINI – V. ONIDA, *Problemi di diritto regionale. I. Gli statuti regionali di fronte al Parlamento. Rilievi critici su una vicenda parlamentare*, Milano, 1971, 67 ed in modo ancora più accentuato, con riferimento al rapporto tra *scopi* e *competenze* dell’ente Regione, F. PIZZETTI, *Osservazioni sulle norme di principio degli statuti delle Regioni ordinarie*, in *Giur. cost.*, 1971, 2282.

statuto, la soluzione che sembra più corretta è, conseguentemente, quella che ci pone di fronte ad un atto ed una disciplina che si riferiscono alla *Regione-apparato* e non alla *Regione-società*⁵⁸, fermo restando che interventi in questo secondo ambito sono richiesti, con un fondamento letterale molto più univoco, dai titoli di intervento legislativo menzionati nell'art. 117 Cost.⁵⁹, con la flessibilità e variabilità nel tempo⁶⁰ delle soluzioni derivanti dall'intreccio delle competenze statali e regionali implicata nell'art. 117 Cost. medesimo.

5. Le disposizioni programmatiche degli statuti: sentieri da percorrere (e poco esplorati)

Una via di collegamento effettivamente sussistente tra garanzia dei diritti ed ambiti di competenza statutaria appare, invece, quella legata al riconoscimento ed alla valorizzazione dei diritti di partecipazione politica all'attività delle istituzioni regionali ed in particolare del Consiglio regionale.

Si tratta di una tipologia di diritti di natura politica, già presenti e piuttosto enfatizzati negli statuti degli anni Settanta del secolo scorso ma il cui effettivo radicamento è stato notevolmente condizionato dalla pervasività del sistema politico-partitico italiano, all'epoca massimamente strutturato, con una resa pratica abbastanza deludente⁶¹.

La crisi di questo sistema, coincidente con la nuova stagione statutaria delle Regioni, ha aperto spazi di effettiva valorizzazione per gli istituti di democrazia partecipativa proprio all'interno delle carte statutarie regionali. E, del resto, tali istituti appaiono riconducibili senza difficoltà ai *principi di organizzazione e funzionamento* di cui all'art. 123 Cost. relativi alla *Regione-apparato*, come si è detto nel paragrafo precedente, anche se può cogliersi in essi un'interessante punto di congiunzione con la società civile regionale e le istanze che da questa muovono verso l'ente-Regione⁶². E' da sottolineare, poi, come la giurisprudenza costituzionale abbia riconosciuto la piena legittimità delle previsioni statutarie in materia, come evidenziato dalla [sent. n. 379 del 2004](#)⁶³.

Un'interpretazione della Carta costituzionale che non richiede forzature interpretative, da un lato, e, dall'altro, una giurisprudenza costituzionale in questo caso priva di ambiguità ponevano le Regioni in grado di esplorare una serie di soluzioni anche innovative e "pionieristiche", atteso anche il carattere arretrato dell'esperienza statale in argomento⁶⁴. Ci troviamo di fronte, in altri termini e per riprendere il filo conduttore di questo contributo, ad un caso in cui effettivamente l'autonomia regionale è posta di fronte a se stessa ed alle proprie responsabilità, senza essere schiacciata da un

⁵⁸ Nel medesimo senso si vedano ora le conclusioni della recente indagine di U. ADAMO, *La questione dei principi e dei diritti negli statuti delle Regioni e delle Comunità autonome*, cit., 139 ss.

⁵⁹ La ben maggiore pregnanza dell'intervento regionale in tema di diritti attraverso lo strumento legislativo, rispetto alla "babele linguistica" delle previsioni statutarie, mi sembra emerga dal lavoro di E. LONGO, *Regioni e diritti. La tutela dei diritti nelle leggi e negli statuti regionali*, Macerata, 2007. Si vedano, inoltre, i significativi esempi di intervento regionale in materia di diritti, a mezzo soprattutto di leggi, richiamati da A. SIMONCINI, *La "rivoluzione promessa"*, cit., 128 ss.

⁶⁰ U. ADAMO, *La questione dei principi e dei diritti negli statuti delle Regioni e delle Comunità autonome*, cit., 142 ss. opportunamente ricorda la lesione del principio democratico determinata dall'irrigidimento statutario della disciplina di diritti, rimessi, invece, al piano della disciplina legislativa.

⁶¹ L'avvizzimento delle disposizioni statutarie di prima generazione sulla partecipazione, a fronte di un pervasivo sistema partitico, ed il più generale riflusso delle disposizioni programmatiche tra "gli istituti desueti, se non inutili, del diritto costituzionale" è sottolineato da A. MANGIA, *Consigli regionali e partecipazione politica nei nuovi statuti*, in AA.VV. (a cura di E. CATELANI – E. CHELI), *I principi negli statuti regionali*, Bologna, 2008, 118 ss.

⁶² La riconducibilità delle norme statutarie di promozione della democrazia partecipativa al c.d. contenuto necessario degli statuti di seconda generazione è affermata da S. ARU – A. DEFFENU, *Partecipazione a livello regionale*, in AA.VV. (a cura di A. MORELLI – L. TRUCCO), *Diritti e autonomie territoriali*, cit., 43.

⁶³ Cfr. nn. 4 e 6 del *Considerato in diritto*.

⁶⁴ Sulla sconcertante esperienza dell'iniziativa legislativa popolare ex art. 71 Cost., cfr. ora M. DELLA MORTE, *Rappresentanza vs. partecipazione? L'equilibrio costituzionale e la sua crisi*, Milano, 2012, 77 ss. nonché N. RODEAN, *Iniziativa (legislativa) popolare. Profili di diritto costituzionale nel labirinto europeo*, Milano, 2014, ca3, che considera anche la disciplina e la prassi regionale.

dato normativo costituzionale restrittivo ovvero da una giurisprudenza costituzionale di ispirazione “centralista”. Per questa ragione non pochi osservatori riponevano notevole fiducia nelle possibilità di intervento degli statuti⁶⁵.

Giunti quasi al termine del processo di adozione degli statuti, il quadro che si presenta appare abbastanza variegato e bisognoso di frequenti verifiche. Vanno ricordate, innanzitutto, alcune “fughe in avanti” della cui legittimità costituzionale si può dubitare e che non paiono giovare al migliore radicamento degli istituti di democrazia partecipativa. Ci si riferisce, in particolare, al referendum approvativo previsto dall’art. 15 st. Campania nel quale la democrazia partecipativa cessa di essere integrativa e di arricchimento della democrazia rappresentativa ed assume un carattere fortemente condizionante nei confronti di questa⁶⁶. Di qui, non pochi dubbi sul rispetto del limite di *armonia con la Costituzione*, e più precisamente, nel caso di specie, dell’equilibrio tra democrazia rappresentativa ed istituti riconducibili a modelli diversi da tale limite deducibile.

Alcune discipline statutarie di altre Regioni compiono, invece, scelte effettivamente innovative in argomento. E’ il caso dell’Emilia Romagna⁶⁷ e della Toscana⁶⁸, soprattutto, le quali dedicano specifica attenzione alla dimensione organizzativa e funzionale della democrazia partecipativa. Per il resto il panorama regionale può apparire invece abbastanza deludente, tanto da giustificare la sensazione di “occasione sprecata”⁶⁹ e di “scarsa adeguatezza della risposta statutaria”⁷⁰ più di una volta emersa tra gli studiosi.

⁶⁵ Cfr. M. LUCIANI, *Gli istituti di partecipazione popolare*, in AA.VV. (a cura di A. D’ATENA), *I nuovi statuti delle Regioni ad autonomia ordinaria*, cit., 176, con un’apprezzabile preferenza per le definizioni più rigorose di partecipazione popolare. Sulle potenzialità degli istituti di partecipazione a livello regionale cfr. l’attenta analisi di V. DE SANTIS, *La partecipazione democratica nell’ordinamento delle Regioni*, Torino, 2013. Una valutazione non positiva dell’esperienza sin qui intercorsa è presente in M. DELLA MORTE, *Rappresentanza vs. partecipazione?* cit., 173 ss. Un bilancio non esaltante emerge anche dall’analisi di S. ARU – A. DEFFENU, *Partecipazione a livello regionale*, cit., 45 e 53.

⁶⁶ Su tale previsione, cfr. M. DELLA MORTE, *Rappresentanza vs. partecipazione ?*, cit., 196 ss.; G. D’ELIA – L. PANZERI, *Statuti ordinari e legge regionale. Contributo allo studio del giusto procedimento legislativo*, Milano, 2012, 60. Ho avuto già modo di esprimere dubbi sulla compatibilità con la Costituzione della soluzione statutaria campana in E. GIANFRANCESCO, *I Consigli regionali italiani e la partecipazione al procedimento legislativo*, in AA.VV. (a cura di J.M^A CASTELLÀ ANDREU – E. GIANFRANCESCO – N. LUPO), *Le assemblee legislative regionali italiane e spagnole e le nuove frontiere del parlamentarismo: l’apertura dei procedimenti legislativi*, in *Quad. reg.*, 2012, 500.

⁶⁷ A proposito della quale, ma con attenta osservazione anche delle altre esperienze regionali, cfr. E. FREDIANI, *Informazione e partecipazione dei privati ai procedimenti normativi nella nuova disciplina statutaria*, in AA.VV. (a cura di E. ROSSI), *Le fonti del diritto nei nuovi statuti regionali*, Padova, 2007, 337 ss. In particolare sull’ “istruttoria pubblica” prevista dall’art. 17 st. Emilia-Romagna ed attuata con l.r. n. 8 del 2008, cfr. V. DE SANTIS, *La partecipazione democratica nell’ordinamento delle Regioni*, cit., 174 ss. L’A. si sofferma anche sulla l.r. n. 3 del 2010 di disciplina generale delle procedure di consultazione e partecipazione alla elaborazione delle politiche regionali e locali (227 ss.). In precedenza, su tale previsione, cfr. A. MANGIA, *Consigli regionali e partecipazione politica nei nuovi statuti*, cit., 132 ss.

⁶⁸ Sul Titolo VIII dello st. Toscana, cfr. E. STRADELLA, *La partecipazione*, in AA.VV. (a cura di CARROZZA – R. ROMBOLI – E. ROSSI), *Lineamenti di diritto costituzionale della Regione Toscana*, Torino, 2015, 286 ss. Sulla l.r. n. 46 del 2013 di disciplina organica in tema di *dibattito pubblico*, cfr. V. DE SANTIS, *La partecipazione democratica nell’ordinamento delle Regioni*, cit., p.200 ss. In precedenza, sulla l.r. n. 69 del 2007 e sulle sue soluzioni innovative, cfr. A. VALASTRO, *Gli strumenti e le procedure di partecipazione nella fase di attuazione degli statuti regionali*, in *Le Regioni*, 2009, p 93 ss.

⁶⁹ M. DELLA MORTE, *Rappresentanza vs. partecipazione ?*, cit., 177. Di un’occasione mancata scrivono anche R. BIFULCO – E. PAPARELLA, *La partecipazione popolare tra tradizione e innovazione*, in AA.VV. (a cura di R. BIFULCO), *Gli statuti regionali di seconda generazione*, cit., 258. Una valutazione complessivamente critica è presente anche in M. PICCHI, *I diritti di partecipazione*, Milano, 2012, 141, che si sofferma anche sugli spunti di novità che talora emergono (144) ed in particolare sulle esperienze di Toscana, Emilia-Romagna ed Umbria che costruiscono una soggettivizzazione del diritto di partecipazione (148 ss.).

Sulla distanza in genere rinvenibile negli statuti di seconda generazione tra “generosità dei principi in tema di partecipazione e scarsità di prescrizioni relative alle fonti ed agli strumenti della stessa, cfr. A. VALASTRO, *Gli strumenti e le procedure di partecipazione nella fase di attuazione degli statuti regionali*, cit., 90 che sottolinea, comunque, come spetti soprattutto al legislatore regionale sciogliere le ambiguità “giocando al rialzo” in tema di partecipazione, dettando un quadro di regole organico e coerente (105 s.)

A questo livello di approfondimento ne va aggiunto un altro, non meno rilevante anche se meno immediatamente evidenziabile. In questa sede esso può essere solo richiamato: si tratta dell'implementazione ad opera del legislatore regionale, ed a seguire dell'amministrazione, delle previsioni statutarie in tema di istituti di democrazia partecipativa; implementazione la quale costituisce, come è facile intuire, la "norma vivente" dell'istituto⁷¹.

Il secondo percorso di valorizzazione originale dei *principi di organizzazione e funzionamento* che merita di essere richiamato attiene a disposizioni programmatiche di carattere *oggettivo*, volte ad introdurre nuove modalità di elaborazione delle decisioni degli organi fondamentali della Regione ed in particolare del Consiglio. Si tratta delle disposizioni in tema di qualità della normazione che trovano nello Statuto dell'Emilia-Romagna l'esperienza di punta. Al di là di tale esperienza, anche in questo caso sembra emergere un quadro non soddisfacente, caratterizzato da previsioni statutarie generiche e poco originali⁷².

Eppure, la ricordata natura *oggettiva* di tali previsioni appariva di minore impatto sugli assetti tradizionali di equilibrio politico all'interno delle Regioni⁷³ rispetto alla più innovativa - ma sicuramente problematica - introduzione di diritti di partecipazione di soggetti esterni agli attori politici regionali tradizionali, sicché la scarsa valorizzazione di tali strumenti induce a riflessioni abbastanza amare sulla volontà e l'interesse delle istituzioni regionali ad un uso effettivo dei margini di autonomia loro rimessi.

⁷⁰ R. BIFULCO, *La democrazia partecipativa nei nuovi Statuti regionali*, in AA.VV. (a cura di E. GIANFRANCESCO – V. LIPPOLIS – N. LUPO) *Nuove regole per nuovi Consigli regionali*, cit., 330. Un giudizio moderatamente più positivo sull'esperienza maturata sembra emergere in ID., *L'“apertura” dei procedimenti legislativi*, in AA.VV. (a cura di J.M^A CASTELLÀ ANDREU – E. GIANFRANCESCO – N. LUPO), *Le assemblee legislative regionali italiane e spagnole e le nuove frontiere del parlamentarismo*, cit., 509 ss.

⁷¹ Si consideri, ad esempio, il caso della l. r. dell'Umbria n. 14 del 2010, oggetto di specifica analisi da parte di V. DE SANTIS, *ult. cit.*, 234 ss. Un esame sistematico della legislazione regionale di attuazione degli istituti di partecipazione è contenuta nei già menzionati Rapporti annuali sulle Regioni dell'Issirfa. Cfr., per la prassi più recente, M. MICETTI, *L'assetto istituzionale e l'amministrazione regionale*, in AA.VV. (a cura di S. MANGIAMELI), *Rapporto sulle Regioni in Italia 2013*, cit., 64, nota 29.

⁷² Timori sulla reale possibilità di “reali percorsi di innovazione”, sulla base delle spesso generiche previsioni statutarie sono espressi da G. TARLI BARBIERI, *Il procedimento legislativo regionale*, in AA.VV. (a cura di E. GIANFRANCESCO – V. LIPPOLIS – N. LUPO) *Nuove regole per nuovi Consigli regionali*, cit., 156. Maggiormente fiducioso appare M. CARLI, *Procedimento legislativo regionale e qualità della legislazione*, in AA.VV. (a cura di CARETTI – E. ROSSI), *Osservatorio sulle fonti 2009. L'attuazione degli statuti regionali*, Torino, 2010, 2. Un'attenta ricognizione delle diverse esperienze regionali in materia è compiuta da M. GIACHETTI FANTINI, *I principi di qualità normativa nei nuovi statuti regionali*, in AA.VV. (a cura di R. BIFULCO), *Gli statuti regionali di seconda generazione*, cit., 227 ss. Più di recente, sull'esperienza innovativa dell'Emilia-Romagna, cfr. M. CAPPELLETTI, *La “semplificazione in Assemblea”: un possibile nuovo strumento di indirizzo e controllo?*, in [Federalismi.it](http://www.federalismi.it), n. 4/2015. Un bilancio non positivo dell'esperienza toscana è espresso invece da A.G. ARABIA, *I limiti della motivazione delle leggi regionali. L'esperienza toscana a sei anni dall'introduzione dell'obbligo di motivare gli atti normativi*, in AA.VV. (a cura di A.G. ARABIA), *Motivare la legge? Le norme tra politica, amministrazione, giurisdizione*, Milano, 2015, 133 ss. (anche in [Italian Papers on Federalism](http://www.italianpapers.com). Rivista on-line dell'Issirfa-Cnr, n. 3 del 2014).

Non bisogna peraltro mai dimenticare il monito di chi - con riferimento alle previsioni statutarie e regolamentari in tema di qualità della normazione - osserva che “le assemblee elettive sono organi politici i cui componenti si impegnano nell'esercizio di determinate funzioni se vi è, per così dire, un ritorno di natura politica”: così V. LIPPOLIS, *Le prospettive di riforma dei Consigli regionali e l'equilibrio della forma di governo*, in AA.VV. (a cura di E. GIANFRANCESCO – V. LIPPOLIS – N. LUPO) *Nuove regole per nuovi Consigli regionali*, cit., 107.

⁷³ Potendosi peraltro evidenziare la capacità di tali previsioni di rafforzare la posizione istituzionale dei Consigli nei confronti dei Presidenti eletti a suffragio universale e diretto. Su tale punto, cfr. N. VICECONTE, *La forma di governo nelle regioni ad autonomia ordinaria. Il parlamentarismo iper-razionalizzato e l'autonomia statutaria*, Napoli, 2010, caIV, che traccia un quadro con alcune luci e molte ombre dell'esperienza sin qui trascorsa, concludendo che “prima ancora che gli istituti normativi è una consapevole *revolutio* culturale ciò che potrà rivitalizzare i Consigli” (175). L'importanza dell'acquisizione di informazioni al fine di rafforzare la posizione dei Consigli è ribadita in ID., *Statutes and the Regional Forms of Government*, in S. MANGIAMELI (Ed.), *Italian Regionalism: Between Unitary Traditions and Federal Processes. Investigating Italy's Form of State*, Springer ed., 2014, 152.

6. Conclusione: un possibile itinerario alternativo per rivitalizzare l'autonomia statutaria

Giunti al termine di questa analisi dedicata alle vicende dell'autonomia statutaria e del suo invero concreto nell'esperienza del regionalismo italiano è possibile forse trarre un'indicazione di carattere generale che ben si inserisce in questa tormentata fase di profonda ridefinizione dei caratteri dello Stato delle autonomie.

Ci troviamo di fronte ad un'esperienza nella quale alle Regioni erano rimessi margini non secondari di differenziazione nelle proprie scelte autonome e – si ribadisce – minore è stato il condizionamento di fattori esogeni (come la giurisprudenza costituzionale) nei confronti delle autonome determinazioni statutarie. Eppure il carattere “esemplare” di questa esperienza consiste nel fatto che essa non ha prodotto rilevanti livelli di differenziazioni tra le singole esperienze.

Forse la ragione di ciò va ricercata al di fuori dei temi dell'autonomia statutaria e dell'identificazione della Regione come ente istituzionale, venendo in rilievo qualcosa di anteriore e, si potrebbe dire, di più fondamentale, ovvero le competenze sostanziali, di intervento della Regione nella società, rispetto alle quali la Regione-ente istituzionale si pone con caratteri serventi e derivati. Un insufficiente rendimento dell'autonomia politico-legislativa delle Regioni italiani non poteva che riflettersi, in questa prospettiva, sull'identità istituzionale delle stesse. E' in particolare il modello del regionalismo uniforme, del “*café para todos*”⁷⁴, nel quale lo stesso art. 123 Cost. si iscrive e costituisce parte integrante, che merita un ripensamento critico: è poco produttivo individuare margini di autonomia “avanzati” (nel nostro caso soprattutto in tema di *principi di organizzazione e funzionamento* della Regione), quando non si ha un reale interesse a valorizzare gli elementi differenziali tra le diverse Regioni, le loro esigenze ed aspirazioni.

Trasportato sul piano dell'(auto)organizzazione, l'approccio uniformante finisce per produrre, come si è visto, una molteplicità di discipline scarsamente differenziate ed originali tra le quali si fatica a cogliere gli spunti – talora pure presenti – di novità. Lo stesso processo di emulazione virtuosa tra una Regione e l'altra viene ad essere in questo modo disincentivato: il modello del *regionalismo uniforme* finisce così per subire dalla vicenda degli statuti ordinari un pesante colpo, risolvendosi, per scelta innanzitutto delle Regioni, in un *regionalismo dell'uniformità*, peraltro orientato verso *standard* di riferimento non elevati.

Sulla scorta dell'esperienza spagnola e del diverso approccio al tema dell'identificazione degli enti di autonomia regionale e dell'individuazione delle loro competenze⁷⁵, è forse il caso di orientarsi verso un approccio diverso che veda nella differenziazione e nella selettiva appropriazione di possibili contenuti competenziali materiali una soluzione diversa e più responsabilizzante. Ciò appare tanto più responsabilizzante in quanto l'appropriazione dei contenuti competenziali materiali si accompagni ad una negoziazione con lo Stato sulla loro “copertura amministrativa” e sostenibilità finanziaria. Le potenzialità della clausola di asimmetria del terzo comma dell'art. 116 Cost. sotto questo punto di vista sono notevoli⁷⁶ ed è interessante sottolineare

⁷⁴ L'immagine, di ascendenza spagnola, del *café para todos* contrapposto alla *tabla de quesos*, per indicare due modelli contrapposti di regionalismo - uniforme il primo, in base ad attribuzioni competenziali fissate nella Costituzione e differenziato il secondo, sulla base di opzioni da parte degli statuti di autonomia - è richiamata da A. D'ATENA, *Diritto regionale*², Torino, 2013, 45.

⁷⁵ Per la letteratura regionalistica spagnola, cfr., per tutti, E. ÁLVAREZ CONDE – A. GARCÍA-MONCÓ – R. TUR AUSINA, *Derecho Autonomico*, Madrid, 2013, caIII. Per un confronto tra l'esperienza italiana e quella spagnola si rinvia a E. GRIGLIO, *Principio unitario e neo-policentrismo. Le esperienze italiana e spagnola a confronto*, Padova, 2008 e, più di recente, U. ADAMO, *La questione dei principi e dei diritti negli statuti delle Regioni e delle Comunità autonome*, cit., parte seconda.

⁷⁶ Cfr. sul punto L. ANTONINI, *Metodo della differenziazione versus metodo dell'uniformità*, in AA.VV. (a cura di A. MASTROMARINO – J.M^A CASTELLÀ ANDREU), *Esperienze di regionalismo differenziato. Il caso italiano e quello spagnolo a confronto*, Milano, 2009, 1 ss. Per un approccio meno favorevole a tale modello asimmetrico, considerato in grado di accentuare le diversità tra entità più forti e sviluppate e le altre, all'interno di un unico ordinamento, cfr., nello stesso volume ora richiamato, A. ANZON DEMMIG, *Problemi ed esperienze del regionalismo “asimmetrico” secondo l'art. 116 comma 3 della Costituzione italiana*, 17 ss.

come esse non vengano meno neanche nel disegno di riforma del Titolo V richiamato in apertura del presente lavoro⁷⁷.

La rivitalizzazione della stessa autonomia organizzativa della Regione dovrebbe conseguire in modo naturale da tale processo, non avendo senso - o meglio presentando un costo politico altissimo - rivendicare (e contrattare) competenze che non si è in grado di gestire da un punto di vista organizzativo.

Si tratta di un possibile tentativo che richiede però soggetti vitali (o ancora vitali) per avere qualche *chance* di successo: innanzitutto, Regioni in grado di attivare con scelte politiche responsabili ed istituzionalmente sostenibili questa leva attributiva di competenze ed uno Stato in grado di vigilare, attraverso gli strumenti costituzionalmente previsti⁷⁸, sulla salvaguardia dell'unità del sistema nonché in grado di interloquire efficacemente con le Regioni nella fase attuativa sopra accennata, tenendo conto, allo stesso tempo, delle ragioni della promozione dell'autonomia e della salvaguardia del limite dell'unità⁷⁹.

Condizioni queste – bisogna aggiungere – non facili a soddisfarsi ai giorni nostri.

⁷⁷ La permanenza e le potenzialità della clausola di asimmetria nel progetto di riforma costituzionale sono sottolineate da A. RUGGERI, *Una riforma che non dà ristoro a Regioni assetate di autonomia*, cit., 254; M. CECCHETTI, *Le "facce nascoste" della riforma costituzionale del regionalismo*, in [Federalismi.it](http://www.federalismi.it), n. 23/2015, 4; S. MANGIAMELI, *Dove vanno le Regioni ?* (dicembre 2015), in www.issirfa.cnr.it, Sezione Studi e interventi, par. 3.

⁷⁸ In particolare, la negoziazione politica che conduce alla legge di attivazione della clausola di asimmetria ex art. 116, terzo comma, Cost. Per l'auspicio della generalizzazione di tale metodo al di là delle norme di attuazione degli statuti speciali, cfr. R. BIN, *Oltre il velo d'ignoranza. Venti questioni su Regioni e riforme costituzionali*, in *Le Regioni*, 2015, 96. Come giustamente sottolineato da S. MANGIAMELI, *Dove vanno le Regioni ?*, cit., è significativo che nel disegno di legge di riforma costituzionale *in itinere* il conferimento delle condizioni e forme particolari di autonomia debba avvenire con legge bicamerale, nella quale il Senato ha un potere legislativo pieno.

Una sorta di invito implicito a percorrere la via del terzo comma dell'art. 116 Cost., rispetto a più dirompenti ed incostituzionali rivendicazioni di autonomia/sovranità, è contenuta anche nella [sentenza n. 118 del 2015](#) della Corte costituzionale a commento della quale, cfr. S. BARTOLE, *Pretese venete di secessione e storica questione catalana, convergenze e divergenze fra Corte costituzionale italiana e Tribunale costituzionale spagnolo, anche con ripensamenti della giurisprudenza della prima*, in *Giur. cost.*, 2015, spec. 942.

⁷⁹ Secondo la fondamentale intuizione di C. ESPOSITO, *Autonomie locali e decentramento amministrativo nell'art. 5 della Costituzione*, in ID., *La Costituzione italiana. Saggi*, Padova, 1954, 73.

Lara Trucco
L'uso fatto della Carta dei diritti dell'Unione
nella giurisprudenza costituzionale (2000-2015)*

SOMMARIO: 1. L'uso "precursore" della Carta proclamata a Nizza. – 2. *Segue*: Altri tipi di impiego della Carta di Nizza. – 3. Le "tracce" lasciate dalla Carta "adattata", "costituzionalizzata" e "ratificata" dall'Italia. – 4. L'uso "certo" della Carta "incerta" dopo i "no" dei referendum francese e olandese. – 5. L'uso della Carta "riproclamata" a Strasburgo tra "stop and go". – 6. La "fase entusiastica" della Carta di Strasburgo-Lisbona, all'insegna della continuità. – 7. La Carta, per la Corte, nella [sent. n. 80 del 2011](#), anche nella prospettiva dell'adesione dell'Unione alla CEDU. – 8. *Segue*: L'ambito "competenziale" di applicazione (anche) per la Corte costituzionale. – 9. La Carta ed i giudizi di costituzionalità, nel quadro di tutela multilivello dei diritti. – 10. *Segue*: Le norme costituzionali di riferimento. – 11. Alcune considerazioni conclusive.

1. *L'uso "precursore" della Carta proclamata a Nizza*

In un clima di generale fiducia e soddisfazione, in Italia, per la proclamazione, a Nizza, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, di cui si fece interprete l'allora Presidente della Repubblica, Carlo Azeglio Ciampi¹, la Corte costituzionale italiana avrebbe potuto vantare di essere stata tra le prime più alte Corti² ad avere "usato" nella propria giurisprudenza il catalogo, precedendo gli altri giudici (anche) "nazionali"³ e vedendosi superata, sia pure al *photo finish*, dalla sola Corte europea dei diritti dell'Uomo⁴.

Fu nel pronunciarsi su di una questione concernente la captazione di immagini in luoghi di privata dimora che la Consulta (si noti, senza che nell'ordinanza del giudice *a quo* ne fosse stata fatta

* Scritto destinato a L. D'Andrea - G. Moschella - A. Ruggeri - A. Saitta (curr.), *La Carta dei diritti dell'Unione europea e le altre Carte (ascendenze culturali e mutue implicazioni)*, Torino, Giappichelli, 2016.

¹ In particolare, il Presidente Ciampi reputò il risultato così ottenuto come «un buon accordo di compromesso per marciare più speditamente verso un'Europa più integrata ed ampia», e con l'augurare il rapido passaggio «dalla Carta dei diritti approvata a Nizza, ad una vera e propria Costituzione europea, alla quale i partners dell'Europa e, soprattutto l'Italia e la Germania, stanno già lavorando da tempo» (v. quanto riportato in "*LaRepubblica.it*", *Ciampi su Nizza. E ora avanti con la Costituzione*, del 14 dicembre 2000).

² Fu il Tribunale costituzionale spagnolo il primo a fare riferimento alla Carta nella [sent. n. 292 del 30 novembre 2000](#), addirittura prima che la stessa fosse proclamata, a seguito di un *recurso de inconstitucionalidad* promosso dal *Defensor del Pueblo* «respecto de los arts. 21, 1º c. e 24, 1º c. e 2º c. de la [Ley Orgánica n. 15 del 13 dicembre 1999](#), de Protección de Datos de Carácter Personal», lamentando, in particolare, in contrasto della normativa spagnola «con la *Directiva 95/46, sobre Protección de las Personas Físicas en lo que respecta al Tratamiento de Datos Personales y la Libre Circulación de estos datos, así como con la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea del presente año, cuyo art. 8 reconoce este derecho, precisa su contenido y establece la necesidad de una autoridad que vele por su respeto*» (§ 8).

³ Tra le prime pronunce in cui la Carta di Nizza fu usata dal Consiglio di Stato (Sez.VI) vi fu la dec. n. 374 del 2 luglio 2002 (in cui non fu ravvisata alcuna violazione «dell'art. 11 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea»); mentre per quanto riguarda la Corte di Cassazione, dopo un periodo di chiusura nei confronti più in generale, delle norme europee, fu nel gennaio 2004, in occasione dell'inaugurazione dell'anno giudiziario, che l'allora Procuratore Generale presso la Suprema Corte Francesco Favara sottolineò la necessità, "essendo entrati in Europa", di "tenere conto della giurisprudenza comunitaria". Di lì a breve, nella sent. n. 6759 del 6 aprile successivo, le sezioni unite civili della Cassazione «a riprova del carattere "fondamentale" ed "espansivo"» di un principio «nelle più diverse discipline riguardanti i minori» avrebbe richiamato «la "Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea", approvata a Nizza il 7 dicembre 2000 dove, nell'art. 24, dedicato ai "diritti del bambino", nel paragrafo 2, viene prescritto che "in tutti gli atti relativi ai bambini, siano essi compiuti da autorità pubbliche o da istituzioni private, l'interesse superiore del bambino deve essere considerato preminente"». Cfr., *amplius* in argomento, R. CONTI, *L'uso fatto della Carta dei Diritti dell'Unione da parte dei giudici comuni*, nel presente Volume.

⁴ Cfr., sul punto, ed *amplius* in argomento, P. COSTANZO, *L'uso fatto della Carta dei Diritti dell'Unione nella giurisprudenza della Corte EDU*; e C. AMALFITANO, *sul rilievo della CEDU in seno all'Unione ex art. 6 TUE*, entrambi nel presente Volume.

menzione⁵) si rifece alla Carta di Nizza ([sent. n. 135 del 24 aprile 2002](#)), richiamandola in un modo destinato, come si vedrà, ad avere una certa fortuna nella giurisprudenza costituzionale (cfr., *passim*, ed ancora, *infra*, al § 10) e che si può denominare “*ad adiuvandum in abundantiam*”. La Carta viene infatti in questi casi menzionata combinatamente (“ad ausilio”, per l’appunto) delle norme (parametriche) costituzionali (*ad adiuvandum*), e rifacendocisi anche alla Convenzione EDU e ad altri cataloghi sui diritti fondamentali, per così dire “extraconvenzionali” o internazionali “in senso stretto” (*ad abundantiam*)⁶.

In una tale antesignana pronuncia, la Carta fu dunque adoperata, «ancorché priva di efficacia giuridica», per il suo «carattere espressivo di principi comuni agli ordinamenti europei» (§2.1) ed in questa sua particolare valenza può dirsi che essa abbia contribuito, insieme ad altri cataloghi ed in una prospettiva di tutela dei diritti fondamentali “multilivello” a definire la fisionomia di un diritto di libertà consacrato anche dalla nostra Costituzione (inviolabilità domiciliare)...potendo dunque giustificarsi, in questo senso, la considerazione di un simile uso del testo, altresì, come “*ad definiendum*”. Così, secondo la Corte l’ipotizzato limite alla «restrizione della tipologia delle interferenze della pubblica autorità nella libertà domiciliare» non avrebbe trovato riscontro «né nella Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali (art. 8), né nel Patto internazionale sui diritti civili e politici (art. 17); né, ancora e proprio, «nella Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea, proclamata a Nizza nel dicembre 2000 (artt. 7 e 52)». Là dove fu particolarmente il fatto che la Carta e le altre Carte fossero state, nell’occasione, utilizzate per così dire “in negativo”, a suscitare le maggiori critiche, dato che la libertà domiciliare parve ad attenta dottrina «limitabile anche con misure non rientranti nella tipologia costituzionale», per il fatto di essere ciò «consentito in sede internazionale e comunitaria», da parte di norme “in generale meno garantiste della nostra Costituzione”, senza tenersi nel debito conto le “clausole di salvaguardia” (come ad es. quelle contenute nell’art. 53 della Carta di Nizza) operanti in favore delle Costituzioni degli Stati membri⁷.

In casi successivi, la Carta di Nizza è stata invece usata, secondo una versione più prettamente “citazionista” dell’uso “*ad adiuvandum in abundantiam*” di cui si è riferito, al fine, cioè, di testimoniare la sussistenza di determinati diritti di libertà anche in cataloghi diversi dalla nostra Costituzione...con l’obbiettivo ultimo, come è stato osservato, di rispondere «all’esigenza di asserire in modo forte ed efficace che la protezione dei diritti inviolabili dell’uomo si configura, nella società contemporanea, come una protezione non solo nazionale, ma articolata su più livelli⁸». Così, ad es.,

⁵ V. l’[ord. del 5 luglio 2000, n. 645](#) del Giudice per le indagini preliminari del Tribunale di Alba, in G.U. Corte Cost. n. 45 del 2 novembre 2000.

⁶ Così, nel caso di specie, la Corte ebbe cura di «soggiungere che l’ipotizzata restrizione della tipologia delle interferenze della pubblica autorità nella libertà domiciliare» non avrebbe trovato riscontro «né nella Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali (art. 8), né nel Patto internazionale sui diritti civili e politici (art. 17); né, infine, nella Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea, proclamata a Nizza nel dicembre 2000 (artt. 7 e 52)», Carta che fu «qui richiamata – ancorché priva di efficacia giuridica – per il suo carattere espressivo di principi comuni agli ordinamenti europei» (§ 2.1). Ancora, in un passaggio argomentativo successivo la Corte, ebbe modo di osservare come sebbene «libertà di domicilio e libertà di comunicazione rientrino entrambe in una comune e più ampia prospettiva di tutela della “vita privata” — tanto da essere oggetto di previsione congiunta ad opera dei citati artt. 8 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali e 17 del Patto internazionale sui diritti civili e politici; nonché, da ultimo, ad opera dell’art. 7 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea» esse debbano restare differenziate sul piano dei contenuti, avendo la libertà di domicilio una valenza essenzialmente negativa «concretandosi nel diritto di preservare da interferenze esterne, pubbliche o private, determinati luoghi in cui si svolge la vita intima di ciascun individuo» ed invece la libertà di comunicazione «un contenuto qualificante positivo, quale momento di contatto fra due o più persone finalizzato alla trasmissione di dati significanti» (§2.2).

⁷ Così A. PACE, *Le videoregistrazioni “ambientali” tra gli artt. 14 e 15 Cost.*, in *Giur. cost.*, 2002, 1075; e, in senso analogo, F.S. MARINI, *La costituzionalità delle riprese visive nel domicilio: ispezione o libertà “sotto-ordinata”?*, in *Giur. cost.*, 2002, 1080.

⁸ Così D. TEGA, *L’addio al celibato (e nubilito) dei militari*, in *Giur. cost.*, 2002, 3657, citando, a sua volta, sul punto, A. BARBERA, *La Carta europea dei diritti: una fonte di ricognizione?*, in *Dir. Un. Eur.*, 2001; e ID., *La Carta europea dei diritti e la Costituzione italiana*, in *Le libertà e i diritti nella prospettiva europea*, Atti della giornata di studio in memoria di Paolo Barile, Cedam, Padova 2002, 107 ss.

nella successiva [sent. n. 445 del 2002](#), le norme che ponevano il celibato o nubilitato o la vedovanza come requisito per l'accesso a corpi militari furono dichiarate illegittime in quanto incompatibili col diritto di accedere in condizioni di eguaglianza agli uffici pubblici, ed, altresì, «in via indiretta ma non meno effettiva», col «diritto di contrarre matrimonio, discendente dagli articoli 2 e 29 della Costituzione: diritto, quest'ultimo, «espressamente enunciato nell'articolo 16 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo del 1948 e nell'articolo 12 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, resa esecutiva in Italia con la legge 4 agosto 1955, n. 848 (e vedi oggi anche l'articolo 9 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, proclamata a Nizza il 7 dicembre 2000)» (§3)⁹.

2. Segue: Altri tipi di impiego della Carta di Nizza

L'uso successivo della Carta di Nizza “*ad adiuvandum in abundantiam*” contribuì a metterne di questa in luce ulteriori potenzialità. In tal senso, la [sent. n. 45 del 2005](#) vide l'ingresso del testo per la prima volta in un giudizio di ammissibilità del *referendum* abrogativo (concernente il delicato tema della fecondazione medicalmente assistita). Nel caso di specie, la messa in campo del catalogo concorre a far assumere alle norme riguardate quel carattere di normativa “costituzionalmente necessaria” rispetto a cui, in base alla nota giurisprudenza costituzionale (avviata almeno a far data dalla [sent. n. 49 del 2000](#)), eventuali iniziative referendarie di tipo abrogativo risultano inammissibili (ed infatti, essa fu utile a comprovare l'affermarsi anche «a livello internazionale» della necessità di poter contare sulla vigenza di legislazioni in materia, data la «pluralità di rilevanti interessi costituzionali» e della conseguente esigenza di assicurarne «un livello minimo di tutela»). Anche se va detto che un simile impiego della Carta, “intermedio” tra “definitorio” e quello “citazionista” di cui si è detto, non parve alla dottrina sufficiente a motivare una sentenza che escludeva «l'esercizio del diritto, costituzionalmente garantito, di voto per l'abrogazione di una legge¹⁰».

Nella prima pronuncia, poi, resa in un giudizio in via principale, e cioè a dire, la [sent. n. 49 del 2003](#) concernente la “rappresentanza di genere”, si ebbe uno degli impieghi che sarebbe risultato tra i più frequenti del catalogo (cfr., *passim*, ed ancora, *infra*, al § 10): il richiamo, cioè, della Carta dai giudici rimettenti o dalle parti e la sua riproposizione, da parte del Giudice costituzionale, nella (sola) parte relativa alla descrizione dei fatti (e non, pertanto, nella parte motiva) delle decisioni... con un uso della Carta, cioè, che si potrebbe considerare di “catalogo manifesto”, volto a segnalare l'esistenza e a dare ad essa “visibilità”, senza che però poi da ciò consegua un'incidenza apprezzabile nella definizione della questione (per un utilizzo analogo della Carta, in questa fase, nell'ambito di un giudizio in via incidentale v. l'[ord. n. 154 del 2005](#)). Mentre vale la pena di rilevare come nella [sent. n. 307 del 2003](#), resa sempre a definizione di un contenzioso in via diretta, la difesa della Regione si oppose alla lamentata invasione della competenza statale in materia di tutela dell'ambiente e dell'ecosistema rifacendosi “*ad adiuvandum*” (qui del parametro costituzionale e delle norme del Trattato) al «principio di integrazione come ribadito nell'art. 37 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE».

Per completezza, merita altresì di osservarsi come nell'ambito di un giudizio in via incidentale la Corte (si noti, precedendo, in ciò, il giudice eurounitario¹¹) non diede seguito al tentativo

⁹ A commento della decisione è stato puntualmente evidenziato che la Corte vi avrebbe utilizzato «il richiamo ai testi citati attribuendo loro un valore rafforzativo del dettato degli artt. 2 e 29 della Costituzione italiana», nonché – a dimostrazione, si direbbe, della “contiguità” delle varie sfumature interpretative di quello che abbiamo denominato un uso “*ad adiuvandum in abundantiam*” della Carta – un «valore definitorio del contenuto del diritto» stesso in questione (v. D. TEGA, *L'addio al celibato (e nubilitato) dei militari*, cit., 3658).

¹⁰ Così A. PERTICI, *Il referendum per l'abrogazione della legge sulla fecondazione medicalmente assistita di fronte al limite delle leggi costituzionalmente necessarie*, in *Giur. cost.*, 2005, 356.

¹¹ Anche a Lussemburgo, infatti, si sarebbe espressa una posizione negativa al riguardo da parte vuoi di taluni avvocati generali (v., ad es., le Conclusioni dell'Avv. Gen. Ruiz-Jarabo Colomer del 6 settembre 2007, in [C-267/06, Tadao Maruko](#), §§76 e 77 e del 16 dicembre 2004, in [C-110/03, Regno del Belgio/Commissione](#), §34); vuoi del Tribunale, allora

dell'Avvocatura generale dello Stato di estendere l'efficacia della Carta di Nizza per il tramite dei rinvii al catalogo contenuti nei "considerando" di fonti vigenti del diritto dell'Unione... risultandone, in ultima analisi, nella [sent. 382 del 2004](#), un impiego più unico che raro del testo, di cui non si sarebbe più rinvenuta traccia nella giurisprudenza successiva. *Last but not least*, nell'ambito della rapida elencazione che stiamo facendo, almeno un cenno va fatto alla [sent. n. 148 del 2003](#) (in materia di illegittima occupazione di immobili): per vero, più per come la Carta non vi è stata usata, che per l'impiego che ne è stato fatto, dato che, nell'[ordinanza](#) che ad essa diede impulso, il giudice *a quo* – anticipando, per certi versi, quanto sarebbe stato meglio chiarito dalla giurisprudenza successiva (v., *infra*, il §4) – ritenne di non poter «disapplicare le norme interne contrastanti col diritto comunitario», dal momento «che i diritti riconosciuti dalla giurisprudenza della Corte europea» non erano «ancora entrati a far parte integrante dei Trattati», ma erano «stati solo inseriti nel Preambolo della Carta di Nizza», che all'epoca «non [era] ancora giuridicamente vincolante» (per cui, per l'appunto, sarebbe stato tenuto a sollevare il «giudizio incidentale di legittimità costituzionale»).

Una tale scelta, e, nel contempo, la definizione che della questione fu data dalla Corte costituzionale, fu valutata all'epoca positivamente da parte della dottrina più sensibile al tema del "dialogo tra Corti" (e dell'impiego delle relative "Carte")¹², che ne evidenziò l'idoneità ad allontanare i rischi di "isolamento" della Corte costituzionale, fortificandone nel contempo l'insostituibile ruolo di giudice delle libertà "nel quadro della giurisdizione costituzionale europea delle libertà"¹³.

3. Le "tracce" lasciate dalla Carta "adattata", "costituzionalizzata" e "ratificata" dall'Italia

Volendo tracciare, sia pur in via del tutto interlocutoria, un bilancio dell'uso precursore fatto dalla Corte nella prima fase di esistenza del catalogo, può dirsi, senza volerne proporre una lettura enfatica e forzata, che la Carta "proclamata" è stata usata come se si fosse trattato di qualcosa di più di una semplice fonte di ricognizione e, nel contempo, qualcosa di meno di una fonte del diritto (secondo quell'uso "*ad adiuvandum in abundantiam*", a seconda dei casi, di tipo citazionista, confermativo o "definitorio", di cui si è riferito).

Omettendo qui di considerare talune caratteristiche della Carta che ne hanno segnato e continuano a segnarne ancor oggi la fisionomia, rendendone forse financo irripetibile la relativa esperienza, è possibile ritenere che sia stato in ragione della procedura seguita per la sua approvazione¹⁴ e, nel

di primo grado (v., ad es., la sent. della II sez. ampl., del 14 dicembre 2005, [T-210/01, General Electric/Commissione](#)). Ad ogni modo, può ritenersi che la menzione della Carta nei "considerando" abbia contribuito e contribuisca a dare visibilità al catalogo: anzi, da questo punto di vista, non può dirsi, forse, un caso, che tra le prime volte in cui la Carta è stata presa in considerazione da parte della Grande sezione della Corte di giustizia, lo si sia fatto proprio relativamente ad una direttiva nei cui "considerando", per l'appunto, la medesima era stata richiamata (v. Corte di giustizia, Gr. sez., sent. del 27 giugno 2006, in [C-540/03, Parlamento europeo/Consiglio](#), §38).

¹² Così M. CARTABIA, *La Carta di Nizza, I suoi giudici e l'isolamento della Corte costituzionale italiana*, in AA.VV., *Riflessi della Carta europea dei diritti sulla giustizia e la giurisprudenza costituzionale: Italia e Spagna a confronto*, a cura di A. Pizzorusso - R. Romboli - A. Ruggeri - A. Saitta - G. Silvestri, Giappichelli, Torino 2003, 214 e 220 (si veda, ad es., nel senso menzionato nel testo, Corte App. Roma, Sez. lavoro, ord. 11 aprile 2002, ora reperibile anche in http://www.federalismi.it/nv14/articolo-documento.cfm?Artid=471&content=&content_author=).

¹³ Si osserva, peraltro, come la medesima dottrina (proprio nel commentare le c.d. "sentenze gemelle") sarebbe tornata ad avvertire dei rischi di «emarginazione della Corte costituzionale», derivanti dalla duplice traiettoria evolutiva dei sistemi europei di tutela dei diritti: di "accentramento", con l'accentuazione del ruolo delle Corti europee, e, nel contempo, di "diffusione" per il rapporto privilegiato che queste andavano intessendo con i giudici ordinari... reputando che le probabilità che un simile rischio si concretizzasse (specie «con l'entrata in vigore del trattato di Lisbona» ed il connesso «riconoscimento degli effetti giuridici della Carta dei diritti» di cui riferiremo *infra*, al §6) sarebbero diminuite se la giurisprudenza inaugurata dalle "sentenze gemelle" fosse stata (come poi in effetti è stato...) dalla stessa Consulta confermata e consolidata (cfr. M. CARTABIA, *Le sentenze "gemelle": diritti fondamentali, fonti, giudici*, in *Giur. cost.*, 2007, 3568).

¹⁴ Cfr., sul punto, da ultimo, R. BIN, *A discrezione del giudice. Ordine e disordine, una prospettiva "quantistica"*, FrancoAngeli, Milano 2013, 9.

contempo, della forza dei suoi contenuti¹⁵ che il testo semplicemente “proclamato” ha potuto comunque svolgere un’efficacia apprezzabile anche¹⁶ sul piano giuridico (tanto da portare ad osservare come grazie alla scrittura della Carta, si fosse prodotta «una sorta di inversione dell’onere della prova¹⁷» perché invocarne i contenuti avrebbe significato, a quel punto, fare riferimento ad una ricognizione dei medesimi già esistente).

Sul piano culturale e, particolarmente, della «cultura costituzionale», poi, andò realizzandosi quanto preconizzato da quella dottrina che aveva considerato il testo un momento di non ritorno, ritenendo «che la strada della Carta dei diritti – che fosse passata attraverso la revisione dei Trattati o stipulata tra gli Stati o tra i Governi [...] – sarebbe stata un punto d’appoggio per cui certe cose sarebbero potute camminare da sole»¹⁸. In particolare, anche in forza della sua idoneità ad avvicinare i cittadini al progetto europeo e alle istituzioni europee, il catalogo prese a porre la tutela dei diritti al centro, quale cuore propulsivo e ragion stessa d’essere dell’ordinamento dell’Unione¹⁹, tessendo inestricabilmente il tema della sua esistenza con quello della natura stessa dell’Unione e, nel suo seno, degli Stati membri²⁰. Per cui può dirsi che la proclamazione della Carta di Nizza segnò l’avvio di una nuova fase del processo di integrazione europeo, inducendo ad interrogarsi «*about what form the European Union (EU) will take in the future and about the core concept that will give the Union its identity*»²¹, e, più nello specifico, a ragionarne come del nucleo fondamentale di una futura Costituzione europea.

Senza soffermarci più del necessario su vicende ampiamente conosciute, ci si limita a rammentare come le “sfide democratiche” che si posero nel c.d. “crocevia di Laeken”²² condussero alla convocazione di quella “seconda” Convenzione “*sull’avvenire dell’Europa*” chiamata ad esaminare le questioni attinenti al futuro della Carta nel quadro delle «diverse soluzioni possibili», tra cui «la via», che sarebbe stata poi effettivamente intrapresa, «verso una costituzione per i cittadini europei»²³. Una tale strada avrebbe dunque condotto, dopo meno di un anno e mezzo di lavori, alla sottoscrizione dell’accordo da parte della Conferenza intergovernativa durante il Consiglio europeo di Bruxelles del 17-18 giugno 2004 e, quindi, alla sottoscrizione del testo, il 29 ottobre successivo, a Roma, da parte dei capi di Stato e di governo degli allora venticinque Stati membri e dei tre Paesi all’epoca candidati

¹⁵ Per un approccio di tipo “assiologico”, anche alle tematiche più strettamente attinenti alla Carta, v. A. RUGGERI, *Una Costituzione ed un diritto costituzionale per l’Europa unita*, in P. COSTANZO - L. MEZZETTI - A. RUGGERI, *Lineamenti di Diritto costituzionale dell’Unione europea*, Giappichelli, Torino 2014, 4 ss.

¹⁶ V., ad es., in tal senso, Commissione, [Comunicazione](#) “sulla natura della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea”, dell’11 ottobre 2000, cit., §10. Cfr., sul valore politico della Carta di Nizza, ad es., J.M. DíEZ-PICAZO, *Constitucionalismo de la Unión Europea*, Civitas, Madrid 2002, 39; mentre fa attenzione a distinguere tra efficacia politica e giuridica del catalogo, ad es., L. AZZENA, *Le forme di rilevanza della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea*, in AA.VV., *La difficile Costituzione europea*, a cura di U. De Siervo, Il Mulino, Bologna 2001, 276 ss.

¹⁷ Così S. RODOTÀ, *Introduzione*, in AA.VV., *Processo costituente europeo e diritti fondamentali*, a cura di A. Celotto, Giappichelli, Torino 2004, 3.

¹⁸ Così A. PIZZORUSSO nel corso dell’audizione dell’8 febbraio 2000 innanzi Giunta per gli affari delle Comunità Europee seduta congiunta con la XIV Commissione permanente della Camera dei deputati: (il cui resoconto stenografico è reperibile, tra l’altro, all’indirizzo telematico: <http://notes9.senato.it/W3/Lavori.nsf/0/2B9C978215B0B9264125687F0069DCB4?OpenDocument>).

¹⁹ Cfr., al proposito, D. GRIMM, *Il significato della stesura di un catalogo europeo dei diritti fondamentali nell’ottica della critica dell’ipotesi di una Costituzione europea*, cit., 5, nonché, diffusamente, gli studi raccolti nel volume curato da G. ZAGREBELSKY, *Diritti e Costituzione nell’Unione europea*, cit.; cfr. inoltre, ad es., A. RUGGERI, *Una Costituzione ed un diritto costituzionale per l’Europa unita*, in *Lineamenti di diritto costituzionale dell’Unione europea*, cit., 13; e M. P. CHITL, *La Carta dei diritti fondamentali: una Carta di carattere funzionale?*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2002, 4.

²⁰ Cfr. in tal senso, *ex multis*, M. CARTABIA, *I diritti fondamentali e la cittadinanza dell’Unione*, in AA.VV., *La Costituzione europea, Un primo commento*, a cura di F. Bassanini e G. Tiberi, Il Mulino, Bologna 2004, 63, che considera l’avvio del processo di costituzionalizzazione «il primo effetto sortito dalla scrittura della Carta» (per gli altri effetti, *Ibidem*, 64-69).

²¹ Così U. DIFABIO, *European (a) charter: towards a constitution for the Union*, in *Columbian Journ. Eur. Law*, 2001, 159.

²² Cfr., sul punto, la “Dichiarazione sul futuro dell’Unione europea” (cd. “Dichiarazione di Laeken”) adottata, il 15 dicembre 2001, dal Consiglio europeo riunito a Laeken.

²³ Cfr., al proposito, *ex multis*, C. PINELLI, *Il momento della scrittura*, cit., 210; per quanto riguarda, più specificamente la procedura di revisione seguita per il progetto di Trattato costituzionale, cfr. S. BARTOLE, *A proposito della revisione del Trattato che istituisce la costituzione dell’Unione europea*, in *Dir. pubbl.*, 2003, 771 ss.

all'adesione²⁴. Per quanto in questa sede più rileva, il testo fu prontamente ratificato dall'Italia (con la legge n. 57 del 7 aprile 2005, recante, per l'appunto, la "Ratifica ed esecuzione del Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa e alcuni atti connessi, con atto finale, protocolli e dichiarazioni, fatto a Roma il 29 ottobre 2004"), con la legittima aspettativa – destinata, com'è noto, ad andare delusa – di una sua pronta presa di vigore.

Si rammenti, peraltro, come l'identificazione, all'epoca, della Carta col Titolo II ("Diritti fondamentali e cittadinanza dell'Unione") del Trattato costituzionale ne avesse reso necessario l'adattamento sul piano redazionale... a cui si accompagnò l'introduzione di modifiche di carattere sostanziale, destinate a perpetuarsi ancora nelle fasi successive di esistenza del testo, fino al presente²⁵. Questo tipo di interventi incrinarono l'idea, fino a quel momento piuttosto condivisa, dell'immutabilità dell'identità della Carta, ed avallando, nel contempo, la tesi (v. la ancora *infra*, ai §§5 e 10) dell'aversi a che fare con due Carte dei diritti fondamentali: la Carta "pura", proclamata originariamente a Nizza²⁶ e la Carta modificata²⁷ incorporata nel Trattato contenente "una Costituzione per l'Europa"... accomunate, nondimeno, entrambe (almeno per il momento) dall'ancora incompiuta entrata in vigore.

È tanto più significativo osservare come di una tale proiezione della Carta nella duplice dimensione dovuta ora anche alla sua incorporazione anche nel Trattato costituzionale sia dato trovare testimonianza proprio nella giurisprudenza costituzionale di quel periodo: segnatamente, nell'ambito di quel modo di impiego del catalogo come "manifesto" di cui si è riferito (*supra*, al §2), determinato dalla sua "chiamata in campo", a seconda dei casi, dalle parti intervenienti ([sent. n. 345 del 2005](#), cit.) o dai giudici *a quibus* ([ord. n. 464 del 2005](#), cit.; [ord. n. 93 del 2007](#); [ord. n. 266 del 2007](#), cit.). Così che, per questa strada, pure quando il Trattato costituzionale era stato ormai archiviato, ebbe ancora e proprio a rilevarne la menzione, da parte del Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione Siciliana, nel proprio [atto di promovimento della questione](#) alla Corte (§3), della «Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea proclamata dal Parlamento europeo, dal Consiglio e dalla Commissione a Nizza il 7 dicembre 2000» ed al «Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa firmato a Roma il 29 ottobre 2004», effettuato, come avrebbe rilevato la stessa Consulta, «A completamento del quadro normativo internazionale» indicato ([sent. n. 80 del 2010](#), § 1.1.3.).

4. L'uso "certo" della Carta "incerta" dopo i "no" dei referendum francese e olandese.

Nella fase che seguì le note vicissitudini conclusesi con l'ostacolo insormontabile costituito dai "no" referendari al Trattato in Francia (il 29 maggio 2005) e nei Paesi Bassi (il 1° giugno 2005) si aprì un (ulteriore) "periodo di riflessione" (destinato a protrarsi sino alla stipula e quindi all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona), a cui corrispose una nuova condizione di incertezza applicativa della Carta, dato che mentre il fatto di aver costituito l'epicentro della Costituzione europea aveva posto le più solide premesse per la sua "visibilità" giuridica, il fallimento del Trattato fece ripiombare il testo in una situazione di attesa, per così dire, "dimezzata", dato che un buon tratto di strada, idoneo

²⁴ Sulla genesi della Carta ed il «significato complessivo» dell'operazione compiuta nel quadro della teoria generale costituzionale v. A. SPADARO, *La "cultura costituzionale" sottesa alla Carta dei diritti fondamentali dell'U.E., fra modelli di riferimento e innovazioni giuridiche*, nel presente Volume.

²⁵ Sulle «modifiche "dell'ultim'ora"» della Carta si rinvia, volendosi, a L. TRUCCO, *Carta dei diritti fondamentali costituzionalizzazione dell'Unione Europea. Un'analisi delle strategie argomentative e delle tecniche decisorie a Lussemburgo*, Giappichelli, Torino 2013, 94 ss.

²⁶ V. la in G.U.C.E. 2000/C 364/01, del 18 dicembre 2000.

²⁷ V. la in G.U.U.E. 2007/C 303/02, del 14 dicembre 2007, "Spiegazioni relative alla Carta dei diritti fondamentali, C 303/17. V., inoltre, il documento di lavoro del 18 luglio 2003 (CONV 828/1/03 REV 1) relativo alle "Spiegazioni aggiornate relative al testo della Carta dei diritti fondamentali"; e la Dichiarazione (n. 12) sulle spiegazioni relative alla Carta dei diritti fondamentali allegata all'atto finale della Conferenza intergovernativa relativa al "Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa".

quantomeno a rimuoverne la completa invisibilità, sembrava, per l'appunto, essere già stato irreversibilmente percorso²⁸.

In questa fase, a fronte di un certo *dietro front* delle parti e dei giudici *a quibus* nel menzionarla, fu invece la stessa Consulta a dare continuità a quell'uso della Carta "*ad adiuvandum in abundantiam*" di cui s'è detto ([sent. n. 190 del 2006](#)). In particolare, risalgono a quegli anni due pronunce "sorelle", destinate a lasciare il segno nella giurisprudenza costituzionale in materia di norme penali di favore (c.d. *lex mitior*) per fatti commessi in vigenza di previsioni legislative più sfavorevoli (cfr., al proposito, *infra*, al §6)²⁹. In esse la Corte ritenne irragionevole (e pertanto lesivo dell'art. 3 della Costituzione)³⁰ il mancato riconoscimento, per l'appunto, del principio della retroattività della legge penale più favorevole, e propose contestualmente una rilettura estensiva del divieto di retroattività della legge penale contenuto nell'art. 25, 2° comma, della Costituzione, anche alla luce dei contenuti del catalogo dei diritti dell'Unione³¹. Così, sia nella [sent. n. 393 del 2006](#), sia nella [sent. n. 394 del 2006](#), dopo essersi conferito il necessario rilievo alle norme del codice penale, la Carta «ancorché priva tuttora di efficacia giuridica» trovò impiego «per il suo carattere espressivo di principi comuni» (rispettivamente, §6.2 e §6.4), segnatamente, del principio di retroattività del trattamento penale più favorevole "che vuole che se, successivamente alla commissione del reato, la legge prevede l'applicazione di una pena più lieve, occorre applicare quest'ultima".

Più precisamente, mentre nella [sent. n. 393 del 2006](#) il catalogo contribuì a dar prova dell'esistenza del principio fondamentale in discussione, in direzione, dunque "confermativa"³²; nella [sent. n. 394 del 2006](#), lo stesso parve incidere in senso "definitorio" (del diritto fondamentale in questione), rendendosi possibile per la Corte, per il tramite del suo art. 49, operare quella sorta di "riconformazione" *ad definiendum* del parametro costituzionale di cui si è ragionato (*supra*, al §1). Di questa delicata operazione ermeneutica può dirsi segnale il richiamo, contenuto nella stessa pronuncia, al precedente costituito dalla [sent. n. 135 del 2002](#) (che, come si è visto *supra* al §1, può dirsi la "capostipite" di un tale impiego del testo). Soprattutto, sarebbe stata la stessa Corte, tornata ad occuparsi della materia quando la Carta era ormai entrata in vigore, a rivelare che, in quella passata occasione, aveva riconosciuto ad un tale principio «un valore autonomo anche attraverso il riferimento alla normativa internazionale e comunitaria» (v. la [sent. n. 236 del 2011](#), confermata, ancora successivamente, dall'[ord. n. 306 del 2011](#) e dalla [sent. 210 del 2013](#)).

A coronamento di questa fase si trova la storica [sent. n. 349 del 24 ottobre 2007](#), in cui ci si rifece (ed anzi, secondo alcuni, in certi passaggi addirittura ci si "ispirò largamente"³³) alla Carta dei diritti fondamentali proclamata a Nizza (sebbene, si noti, nelle [ordinanze di rimessione](#)³⁴, così come nella sentenza "gemella" [n. 348 del 24 ottobre 2007](#), non se ne trovi traccia...), considerando, in particolare, come sebbene si trattasse di un atto «formalmente ancora privo di valore giuridico» un tale catalogo fosse ormai «di riconosciuto rilievo interpretativo» (§6.1).

²⁸ Cfr., in tal senso, ad es., M. POIARES MADURO, *The double constitutional life of the Charter of Fundamental Rights, Unión Europea y derechos fundamentales en perspectiva constitucional*, Dykinson, Madrid 2004, 306 ss.

²⁹ Sul "dialogo tra Corti" «su un aspetto assai sensibile del diritto penale, com'è quello della retroattività "anche" della legge penale più favorevole», v. P. COSTANZO, *L'uso fatto della Carta dei Diritti dell'Unione nella giurisprudenza della Corte EDU*, nel presente *Volume*.

³⁰ Sull'importanza del principio di eguaglianza nel riconoscimento del principio di retroattività della *lex mitior* nell'ambito della dottrina penalistica (anche nei casi in cui è stata richiamata la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea) v. D. PULITANÒ, *Retroattività favorevole e scrutinio di ragionevolezza*, in *Giur. cost.*, 2008, 947.

³¹ Cfr., *amplius*, in argomento, F. BAILO, *La scrittura delle sanzioni (una prospettiva costituzionalistica)*, Giuffrè, Milano 2012, 69 ss.

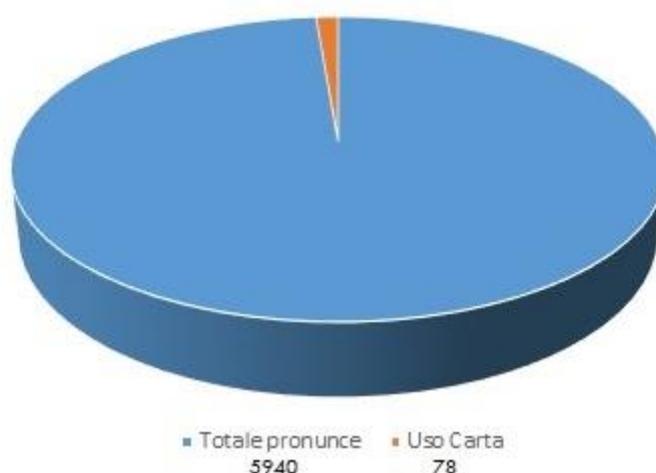
³² Cfr., in tal senso, G. DODARO, *Principio di retroattività favorevole e "termini più brevi" di prescrizione dei reati*, in *Giur. cost.*, 2006, 4120.

³³ Come osservato, in particolare, da C. ZANGHÌ, [La Corte costituzionale risolve un primo contrasto con la Corte europea dei diritti dell'uomo ed interpreta l'art. 117 della Costituzione: le sentenze n. 348 e 349 del 2007](#), in [Consulta OnLine](#), 2007, 8.

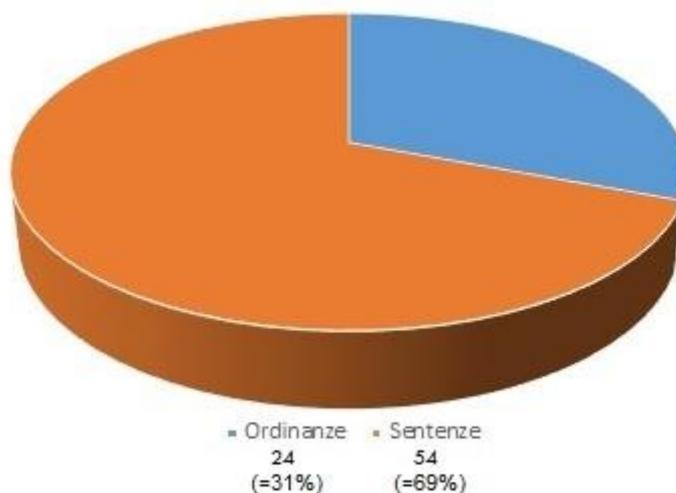
³⁴ V. Corte Cass., sez. II pen, [ord 20 maggio 2006, n. 401](#) in GU Corte Cost., n. 42 del 18 ottobre 2006 e Corte App. Palermo, ord. [29 giugno 2006, n. 557](#), ivi, n. 49 del 13 dicembre 2006.

Nell'indagare, conclusivamente, sulla collocazione della Carta nel quadro delle fonti in questo periodo, pur considerandosi la quantità tutto sommato esigua di pronunce – pari a 78 – (v. il grafico che segue e la tabella finale) in cui la Consulta “ne ha fatto uso” specie se rapportata al totale di decisioni (contate dal momento della sua proclamazione), va, tuttavia, ulteriormente sottolineato il fatto che fu la stessa giurisprudenza costituzionale a ricondurne al più alto piano il valore ermeneutico³⁵, prima della presa di vigore, vedendosi in essa un indubbio arricchimento del repertorio da cui attingere, nel quadro della tutela “multilivello” dei diritti fondamentali.

USO CARTA SU TOTALE PRONUNCE CORTE COSTITUZIONALE
(gennaio 2001-ottobre 2015)



DI CUI ORDINANZE/SENTENZE



5. L'uso della Carta “riproclamata” a Strasburgo tra “stop and go”

Della complessità del quadro giuridico che andava generandosi ed acuendosi di pari passo alla presa di forma di un sistema di tutela di diritti “europeo” (cfr., per quanto riguarda l'ambito interno, il §6) e della necessità di razionalizzarne in qualche modo gli esiti, le stesse istituzioni eurounitarie

³⁵ Cfr., *amplius* in argomento, G. PISTORIO, *Interpretazione e giudici. Il caso dell'interpretazione conforme al diritto dell'Unione europea*, ESI, Napoli 2012, 111 ss.

dimostrarono consapevolezza in varie occasioni. Così, anche senza voler andare qui troppo indietro nel tempo, già all'indomani del [Parere n. 2/94 reso dalla Corte di giustizia il 28 marzo 1996](#) (con cui, com'è noto, venne dato lo *stop*, “a trattati invariati”, all'adesione dell'Unione alla Convenzione) si era cominciato a ragionare dei “modi “e della “fisionomia” da dare ai diritti fondamentali dell'Unione³⁶. La questione si era ripresentata poi, puntualmente, all'indomani della proclamazione della Carta e, quindi, ancora, in particolare, durante i lavori della Seconda Convenzione, quando fu istituito persino un gruppo di studio *ad hoc*, il “Gruppo Carta”, col preciso compito di individuare le possibili tecniche di integrazione del testo con il Trattato costituzionale, e di metterne a fuoco, in particolare «l'effetto giuridico esatto» e «la visibilità politica» che si sarebbe voluto attribuire al catalogo³⁷. In quell'occasione, poi, tra le varie proposte in discussione, le più condivise furono quella di far comparire la Carta come atto autonomo³⁸ e quella, che nell'immediato sarebbe prevalsa, di farla figurare in una parte interna al Trattato costituzionale³⁹.

Pertanto, quando, all'indomani del fallimento del Trattato, i capi di Stato e di governo si incontrarono a Bruxelles (il 15 e 16 giugno 2006) al fine di individuare le strategie per il superamento della situazione di *impasse* “post-referendaria” che si era venuta a creare (v. *supra*, il precedente paragrafo), con più specifico riguardo alle sorti della Carta di Nizza la più parte del lavoro risultava essere stato “istruito”. Stabilito poi di ridimensionare le ambizioni costituzionalistiche dell'Unione, col rifondere in un meno impegnativo “trattato semplificato” – ovvero privato dei contenuti che potessero evocare un certo qualche “simbolismo costituzionale” – quanto già “metabolizzato” a livello di fonti originarie, fu nelle cose che la Carta non vi potesse trovare spazio, ma che dovesse esser fatta rifluire in un testo a se stante, sebbene ormai marcato dalle modifiche “dell'ultima ora” (di cui s'è detto, *infra*, al §3)⁴⁰.

Essa venne quindi nuovamente proclamata, il 12 dicembre 2007, a Strasburgo, così da trovarsi nella condizione per costituire quel condiviso e collaudato riferimento di cui all'art. 1, punto 8, del Trattato di Lisbona, destinato a consolidarsi al 1° comma dell'art. 6 del Trattato UE, a tenore del quale l'“Unione riconosce i diritti, le libertà e i principi sanciti nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea del 7 dicembre 2000, *adattata* il 12 dicembre 2007 a Strasburgo, che ha lo stesso valore giuridico dei trattati”⁴¹. Laddove alla predisposizione di questa “terza”, seppur consanguinea della seconda, versione del catalogo, vi fece seguito la (ri)pubblicazione del testo nella *Gazzetta*

³⁶ V. Commissione europea, Relazione del comitato di esperti presieduto da Maria de Lourdes Pintasilgo, *Per un'Europa dei diritti sociali e del cittadino*, 1996, 43 e ss. e 50 e ss. V., inoltre, partic., il p. 44 e l'allegato IV alle Conclusioni del Consiglio europeo di Colonia del 3 e 4 giugno 1999; la Comunicazione della Commissione “sulla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea”, del 13 settembre 2000, cit., §34; la Risoluzione del Parlamento europeo “sul rispetto dei diritti umani nell'Unione europea” del 16 marzo 2000, cit., §81; la Risoluzione del Parlamento europeo “sui risultati del Consiglio europeo di Nizza del 7-11 dicembre 2000”, del 14 dicembre 2000, §7; ed ancora successivamente il doc. di António Vitorino CONV 72/02, del 31 maggio 2002, *Mandato del Gruppo “Carta”*, spec., al §I,2.

³⁷ V., il doc. CONV 72/02, del 31 maggio 2002, cit., §2.

³⁸ Cfr., ad es., al riguardo, il documento di lavoro del Gruppo Carta del 9 luglio 2002 (rel. P. Andriukaitis, §2).

³⁹ Cfr., per approfondimenti sul punto, il documento di lavoro del Gruppo Carta del 12 luglio 2002 (rel. E. Paciotti), §1; e la relazione del Presidente del Gruppo II del 22 ottobre 2002 (CONV 354/02), *Relazione finale del Gruppo II*, 6.

⁴⁰ Al di là degli “aggiustamenti” apportati al testo, altri elementi che giocano a favore della non identificabilità delle due Carte sono costituiti dai diversi procedimenti seguiti, rispettivamente, per la proclamazione e l'approvazione (in vista dell'entrata in vigore) dei testi; le due pubblicazioni nella Gazzetta Ufficiale (rispettivamente in G.U.C.E. n. C 364/1, del 18 dicembre 2000 e G.U.C.E. n. C 310, del 16 dicembre 2004); e financo la diversa denominazione, dato che mentre la prima è denominata “Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea”, la seconda si chiama “Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione”. Cfr., *amplius*, al riguardo, M. POIARES MADURO, *The double constitutional life of the Charter of Fundamental Rights*, in AA.VV., *Unión Europea y derechos fundamentales en perspectiva constitucional*, a cura di N. Fernández Sola, Dykinson, Madrid 2004, 306 ss.

⁴¹ I presidenti delle Istituzioni dell'Unione procedettero, quindi, a, nuovamente, firmare e (ri)proclamare solennemente la Carta, preparando, in tal modo, il terreno al richiamo del catalogo da parte del trattato di Lisbona, la cui stipula sarebbe avvenuta il giorno successivo. Per la precisione, nel formulare l'art. 1, punto 8, di tale Trattato si fece attenzione a specificare che l'“Unione riconosce i diritti, le libertà e i principi sanciti nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea del 7 dicembre 2000, *adattata* il 12 dicembre 2007 a Strasburgo, che ha lo stesso valore giuridico dei trattati” (1° par.).

*ufficiale dell'Unione*⁴², destinata, peraltro, a non essere l'ultima, visto e considerato che essa sarebbe stata nuovamente pubblicata nel marzo del 2010 – e cioè a dire qualche tempo dopo la sua entrata in vigore, avvenuta contestualmente alla presa di vigore del complessivo trattato (com'è noto, il 1° dicembre 2009) – e poi ancora nell'ottobre 2012, corredata da un indice sommario dei titoli e delle corrispondenti pagine della *Gazzetta Ufficiale* stessa (senza, comunque, che, in ambo le occasioni, anche in ragione dell'assenza di un "nuovo *Praesidium*", si sia proceduto a modifiche sostanziali e/o all'aggiornamento delle note esplicative agli articoli).

Quindi, nonostante gli indubbi passi in avanti nella direzione di chiarirne "lo *status*" – e con esso la portata e la collocazione dei relativi contenuti nel quadro delle fonti europee – nel lasso di tempo tra la sua riproclamazione e la sua entrata in vigore, la Carta (ora) "di Nizza-Strasburgo" si è trovata, ancora una volta, a sperimentare una situazione di incertezza della portata giuridica dei propri contenuti, data la presenza, ora, di due cataloghi dei diritti, nessuno dei quali formalmente "vigenti", epperò entrambi di fatto esistenti: il primo approvato a Roma nel 2004 e ratificato da alcuni Paesi tra cui l'Italia e, il secondo, riproclamato a Strasburgo nel 2007 ed in corso di ratifica, a cui continuava a sovrapporsi la presenza, sullo sfondo, della Carta "pura" proclamata originariamente a Nizza...non senza, peraltro, che ciò sia stato già allora privo di ricadute concrete, risultando la portata applicativa del catalogo originario meno "vincolata" rispetto alle versioni successive.

Sebbene, poi, una tale situazione fosse smorzata all'epoca dalla diffusa consapevolezza delle elevate probabilità che, questa volta, il trattato di Lisbona andasse a buon fine, tuttavia il presentarsi sulla scena di nuovi "stop" importanti (come, ad es., l'esito negativo del *referendum* irlandese del 12 luglio 2008), certamente non contribuirono a rasserenare il clima, tanto da portare, ad un certo punto, a ritenere che nessuno fosse più in grado di sapere se il Trattato di Lisbona e, con esso la Carta di Nizza-Strasburgo, "sarebbero mai entrati in vigore"⁴³. Così che non stupisce che nella [sent. n. 251 del 2008](#) la Corte abbia deciso di appellarsi ancora alla «Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, proclamata a Nizza nel dicembre 2000», rilevandone, tra l'altro, il perdurante «valore di semplice ausilio interpretativo» (§12). Più in generale, una tale molteplicità di identità sarà (come vedremo, ancora, *infra*, al § 10) la causa di una certa confusione quando, ancora successivamente alla sua presa di vigore, il nostro giudice costituzionale continuerà a ragionare della «Carta di Nizza» (come ad es. nella [sent. n. 28 del 2010](#) e nelle ordd. [n. 237 del 2010](#) e [n. 374 del 2010](#) e persino nella [sent. n. 80 del 2011](#), che esamineremo *infra*, al §7).

Peraltro, degno di nota è il fatto che, dopo il *dietro front* di cui si è detto (v., *supra*, il precedente paragrafo), in questo periodo si sia tornati a registrare l'utilizzo della Carta nelle ordinanze dei giudici *a quibus* (v. ad es. la [sent. n. 72 del 2008](#), relativa al processo penale) e negli atti processuali delle parti (v. ad es. l'[ord. n. 334 del 2008](#)) resa nell'ambito del tragico "caso Englaro". Dal canto suo, la Corte si sarebbe posta all'insegna della continuità, coll'utilizzare la Carta secondo le varie declinazioni del richiamo "*ad adiuvandum in abundantiam*" di cui s'è ragionato (sin già *supra*, al §1), oltre che nelle decisioni testé menzionate, anche nella [sent. n. 182 del 2008](#), resa con riguardo ad una questione di legittimità costituzionale concernente il procedimento amministrativo e nella [sent. n. 438 del 2008](#), in materia di consenso informato⁴⁴.

⁴² V. G.U.U.E. (2007/C 303/01), del 14 dicembre 2007.

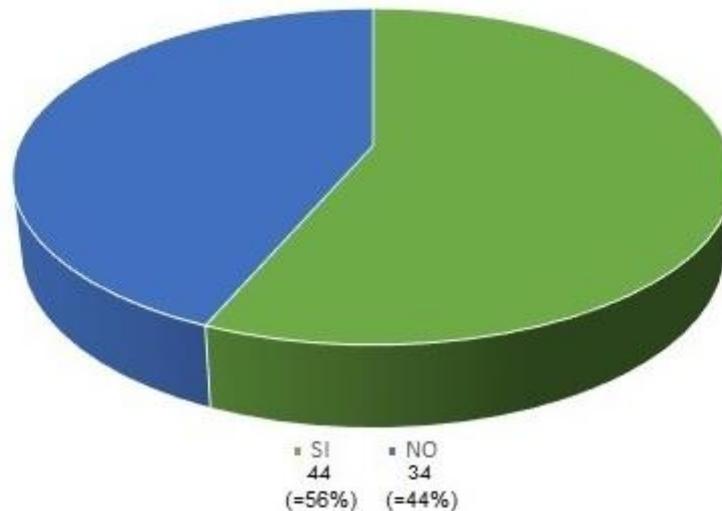
⁴³ Così L. DANIELE, *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e Trattato di Lisbona*, in *Dir. Un. Eur.*, 2008, 668.

⁴⁴ A dimostrazione delle potenzialità dello strumento, si rileva come in queste ultime decisioni le relative tutele siano state dalla Corte reperite, attraverso la Carta, in via nell'un caso deduttiva, e, nell'altro, induttiva. Così nella [sent. n. 182 del 2008](#) è stato muovendo dalla considerazione dei «principi che ispirano la disciplina del "patrimonio costituzionale comune"» (nel caso di specie, relativo al procedimento amministrativo) espressi anche dalla Carta (e più in generale «dagli obblighi internazionali, dall'ordinamento comunitario e dalla legislazione nazionale») che la Corte ha ricavato «la necessità di fornire ai soggetti interessati determinate garanzie (segnatamente "alcuni essenziali strumenti di difesa")» (§3). Mentre in altri (più numerosi) casi la Carta ha costituito il punto di partenza per l'individuazione del principio fondamentale. Così, ad es., nella [sent. n. 438 del 2008](#), è stato dopo aver rilevato «che il consenso informato, inteso quale espressione della consapevole adesione al trattamento sanitario proposto dal medico, si configura quale vero e proprio diritto della persona e trova fondamento nei principi espressi nell'art. 2 della Costituzione, che ne tutela e promuove i diritti fondamentali, e negli artt. 13 e 32 della Costituzione, i quali stabiliscono, rispettivamente, che «la libertà personale

Nel dare conto dell'ultima tappa che ha in certo senso concluso un ciclo, merita di osservarsi come sia stato, invece, quando l'entrata in vigore della Carta poteva dirsi ormai all'orizzonte che di essa è balenato un uso potrebbe dirsi di tipo "parametrico *ad abundantiam*" (e non più solamente interpretativo "in senso stretto"), ad opera sia delle parti nel giudizio *a quo* ([sent. n. 236 del 2009](#)), sia, soprattutto, della stessa Consulta, all'atto di lamentare, quest'ultima, l'impossibilità di «prendere in considerazione la censura relativa ad un presunto *vulnus* degli artt. 11 e 117 Cost. sotto il profilo del contrasto con i vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario (Trattato C.E., Carta dei diritti fondamentali dell'U.E.) e dagli obblighi internazionali (Convenzione sui diritti dell'Infanzia)» in quanto «detti vincoli ed obblighi» nel caso di specie non risultavano essere stati «individuati in modo preciso» ([sent. n. 86 del 2009](#)).

Come si vede, il dado era stato tratto: le norme parametriche e le argomentazioni messe in campo deponavano, infatti, ormai a favore dell'idea che la Carta fosse definitivamente uscita dal limbo nebuloso in cui era rimasta fino a quel momento per entrare a tutti gli effetti a far parte della sfera del diritto sovranazionale.

USO DELLA CARTA NEGLI ATTI DI IMPULSO DEI GIUDIZI DI COSTITUZIONALITA'



6. La "fase entusiastica" della Carta di Strasburgo-Lisbona, all'insegna della continuità

L'entrata in vigore della Carta ora "di Strasburgo-Lisbona" (si osservi, quando ormai della avvenuta "metabolizzazione" delle c.d. "sentenze gemelle" [n. 348](#) e [n. 349](#) del 2007 si era avuta prova da parte della stessa giurisprudenza costituzionale, dapprima con la [sent. n. 39 del 2008](#), e, quindi, tra «conferme e novità...⁴⁵» con la [sent. n. 311 del 26 novembre 2009](#) e della [sent. n. 317 del 2009](#)⁴⁶), ha dato il via ad una fase applicativa che potrebbe dirsi, in un certo senso, "entusiastica" del catalogo da parte della Corte costituzionale.

A partire da quel momento, infatti, non solo sul piano quantitativo si è registrato un visibile aumento dei richiami del catalogo (v. il grafico più sotto riportato), ma su quello qualitativo è parso

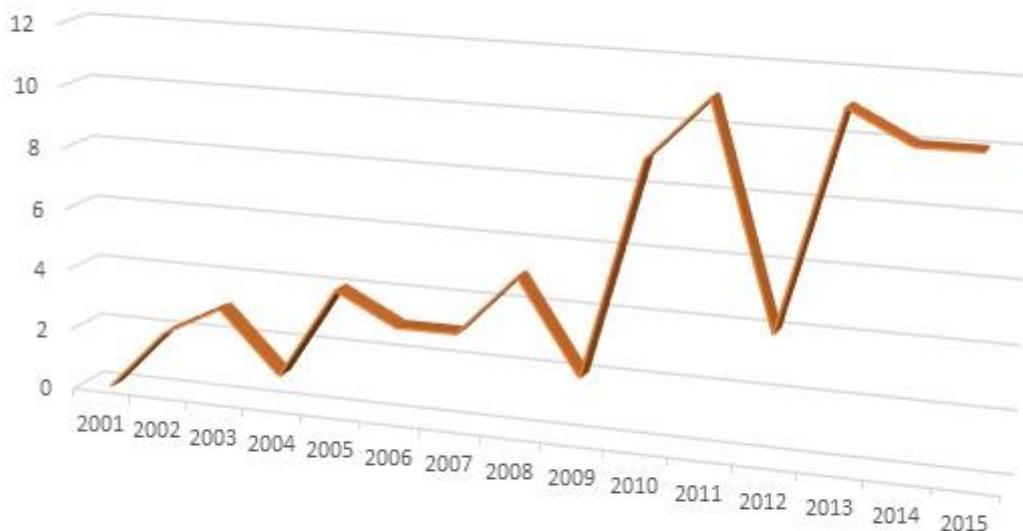
è inviolabile», e che «nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge», che la Corte ha spostato l'attenzione anche sulla previsione, da parte dell'art. 3 della Carta, della «necessità del consenso informato del paziente nell'ambito dei trattamenti medici» (§4).

⁴⁵ Così A. RUGGERI, *Conferme e novità di fine anno in tema di rapporti tra diritto interno e CEDU (a prima lettura di Corte cost. nn. 311 e 317 del 2009)*, in *Forum di Quad. cost.*, 1.

⁴⁶ Quest'ultima decisione, si precisa, depositata tre giorni dopo l'entrata in vigore della Carta.

di assistersi ad un cambiamento di paradigma dell'uso della Carta, dato che il fatto di aversi ora a che fare con un testo avente "lo stesso valore giuridico dei trattati" ha portato in alcuni casi gli stessi giudici costituzionali a proseguire nel valorizzarne quell'impiego di tipo "in senso lato parametrico", di cui s'è accennato (in chiusura del precedente paragrafo). Può inquadarsi, ad esempio, in una tale prospettiva, la [sent. n. 138 del 2010](#), la cui notorietà autorizza qui a circoscrivere l'attenzione su come in essa il catalogo (specie per come la questione è stata "rimodellata" dalla Corte⁴⁷) abbia assolto, sia pur con fare assai "traballante", ad un simile impiego. In particolare, il fatto che, nell'occasione, essa sia stata usata *ad abundantiam*, ovvero come «ulteriore riscontro» di ciò che la Corte aveva già potuto dedurre «dall'esame delle scelte e delle soluzioni adottate da numerosi Paesi» (§10) e sia parsa "sovrastata" dalla Convenzione EDU, attraverso, in particolare, la messa in campo (accanto agli artt. 2, 3, 29 2, 3 e 29, non dell'art. 11 bensì) del solo art. 117, 1° comma della Costituzione (cfr., al proposito, il §10), intacca, ci pare, solo fino ad un certo punto la «decisività» se non "nella forma", quanto meno "nella sostanza", del ruolo che «anche» i suoi contenuti hanno avuto (sia pur, ancora una volta, "in negativo") nel determinare il Giudice costituzionale a far salve le norme del codice civile italiano ostanti a che le persone di orientamento omosessuale potessero contrarre matrimonio con persone dello stesso sesso...essendo stato pure dalla lettura della Carta (segnatamente, dell'art. 9 e della relativa "spiegazione"⁴⁸) che si è reso possibile desumere l'insussistenza di imposizioni a livello sovranazionale ad una qualche «piena equiparazione alle unioni omosessuali delle regole previste per le unioni matrimoniali tra uomo e donna» (§10).

FREQUENZA D'USO PER ANNO



⁴⁷ Si pensa, in particolare, alla valorizzazione dei riferimenti esclusivamente alle norme costituzionali, convenzionali e della Carta di Nizza a seguito della scomparsa nel "*Considerato in diritto*" dei richiami che il Tribunale di Venezia aveva operato alle norme di natura puramente internazionale.

⁴⁸ In questa pronuncia, infatti, hanno fatto tra le prime volte il loro ingresso in un giudizio di costituzionalità «le spiegazioni relative alla Carta dei diritti fondamentali, elaborate sotto l'autorità del *Praesidium* della Convenzione che l'aveva redatta» le quali, nell'occasione (dimostrando una portata maggiore di quanto ci si sarebbe, forse, potuti attendere) si sono confermate «un indubbio strumento di interpretazione», dato che, come rivela lo stesso giudice costituzionale, «pur non avendo *status* di legge», con riferimento al detto art. 9 della Carta sono risultate comunque utili a chiarire «(tra l'altro) che "L'articolo non vieta né impone la concessione dello status matrimoniale a unioni tra persone dello stesso sesso».

A dare ulteriore forza, pure in termini di visibilità, all'idea di un uso (ora) "in senso lato parametrico" del testo è stata pure la sua comparsa, proprio in questo periodo, nei dispositivi delle decisioni (v. le ordd. [n. 237 del 2010](#) e [n. 374 del 2010](#), in tema di "mandato d'arresto europeo")⁴⁹...anche se poi, a ben vedere, ciò che potrebbe costituire un punto di forza rischia di apparire un motivo di debolezza, essendosi sinora avuto a che fare – si noti, indipendentemente dal tipo di giudizio riguardato, anche se con una netta preponderanza per "la via incidentale"⁵⁰ – soltanto con dispositivi o di (manifesta) inammissibilità o di (manifesta) infondatezza. Là dove solo nella metà delle decisioni ([ord. n. 138 del 2011](#); [ord. n. 306 del 2011](#); [sent. n. 111 del 2012](#); [sent. n. 199 del 2012](#), su cui torneremo a portare singolarmente l'attenzione nel prosieguo), il "cattivo uso" della Carta di Lisbona pare avere concorso "direttamente" ad una tale determinazione da parte della Corte (e non invece nell'altra metà: [ord. n. 237 del 2010](#), [sent. n. 271 del 2010](#), [ord. n. 374 del 2010](#), [sent. n. 235 del 2014](#), [ord. n. 269 del 2015](#)⁵¹). Ci pare che specie in questi ultimi casi e, più in generale quando la Corte dimostri di non utilizzare la Carta di Strasburgo-Lisbona come parametro, sarebbe preferibile che non se ne facesse menzione nel dispositivo (anche) proprio, per l'appunto, al fine di non alimentare l'idea di un collegamento biunivoco ed esclusivo tra suo impiego ed esito negativo delle questioni di costituzionalità.

Sul piano più propriamente argomentativo, è stata, in particolare, la [sent. n. 28 del 2010](#), resa significativamente nell'ambito del terreno già coltivato dalla Corte della "lex mitior" (v., *supra*, il §4) a dare prova della possibilità di un uso (non più solo "ad abundantiam", ma ora anche) "ad adiuvandum in definiendum" della Carta di Lisbona⁵², rilevandovi un richiamo più diretto e lineare del catalogo rispetto al passato, in quanto "sfolto" dei riferimenti alle norme di diritto internazionale generale (così, nel caso di specie, la Corte ha considerato come «il principio del *favor rei*, che caratterizza l'ordinamento italiano» trovi ormai «conferma e copertura europea nell'art. 49 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea», oltre che nelle norme interne della Costituzione e del Codice penale, per cui su questa base sarebbe spettato al Tribunale ordinario di Venezia definire il giudizio da cui prendeva «le mosse l'incidente di costituzionalità»)⁵³.

Questo tipo di impiego, peraltro, la Carta potrebbe sembrare averlo avuto nella prima occasione in cui è apparsa in un giudizio per conflitto di attribuzioni tra poteri sorto a seguito di una deliberazione

⁴⁹ In ciò precedendosi la stessa Corte di Giustizia (Grande Sezione), nei dispositivi delle cui pronunce la Carta prese a comparire, tra le prime volte, nella sentenza resa nel [caso N. S.](#), del 21 dicembre 2011, nei procedimenti riuniti C-411/10 e C-493/10.

⁵⁰ Il solo caso, infatti, per il momento, in cui l'uso della Carta si è accompagnato ad un dispositivo di inammissibilità della questione di legittimità costituzionale (promossa dalla Regione Puglia «in riferimento all'articolo 117, primo comma, della Costituzione ed agli articoli 14, 106 e 345 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, all'articolo 36 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, nonché al principio di *preemption*») nell'ambito di un giudizio "in via principale", è quello che è stato definito dalla Corte con la [sent. n. 199 del 2012](#).

⁵¹ Per la precisione, nell'[ord. n. 237 del 2010](#) la questione è stata dichiarata manifestamente inammissibile in quanto aveva ad oggetto una norma che non doveva essere applicata nel giudizio principale; nella [sent. n. 271 del 2010](#) ad esito analogo la Corte è arrivata dopo aver constatato la presenza di una pluralità di soluzioni, nessuna delle quali costituzionalmente obbligata, per cui non si sarebbe potuta sostituire al legislatore in una scelta ad esso riservata; nell'[ord. n. 374 del 2010](#) la manifesta inammissibilità della questione è stata determinata dal fatto che la Corte era già stata investita del vaglio di costituzionalità di identica questione; nella [sent. n. 235 del 2014](#), al di là dei contenuti della Carta, le questioni sollevate sono state reputate sotto ogni profilo non fondate; e, da ultimo, nell'[ord. n. 269 del 2015](#), la Consulta ha riscontrato, carenze di motivazione delle ordinanze e (conseguentemente) «in ordine alla rilevanza della questione rispetto ai giudizi *a quibus*», nonché l'omissione di «ogni indicazione in ordine alla direzione e ai contenuti dell'intervento correttivo auspicato, tra i molteplici astrattamente ipotizzabili».

⁵² Anche se, si precisa, la Corte è giunta infine ad escludere (per la ragione di cui *infra*, alla nota 82) sul piano concreto, che la questione postale comprendesse la problematica che per noi rileva «delle norme penali di favore, quale affrontata dalla [sentenza n. 394 del 2006](#)» (§7).

⁵³ Sui vari profili di importanza, anche in termini di innovatività, della [sent. n. 28 del 2010](#), porta la propria attenzione, in particolare, A. CELOTTO, *Venisti tandem! La Corte, finalmente, ammette che le norme comunitarie sono "cogenti e sovraordinate"*, in *Giur. cost.*, 2010, spec. 384. Si segnala, peraltro, che proprio la [sent. n. 28 del 2010](#) è stata una delle poche decisioni che la Corte costituzionale ha richiamato nel *Considerato in diritto* l'importante [ord. n. 207 del 2013](#) (con cui, come si è visto, la Consulta ha per la prima volta posto una questione pregiudiziale alla Corte di Giustizia per la "via incidentale").

del Senato con riguardo all'insindacabilità di un parlamentare italiano⁵⁴. Nella [sent. n. 82 del 2011](#)⁵⁵, infatti, all'annullamento della delibera di insindacabilità parlamentare la Corte è approdata evidenziando (senza che nel ricorso fosse stato rilevato un simile profilo⁵⁶) l'importanza ed imprescindibilità, affinché la prerogativa non si trasformi in un privilegio di carattere personale, «di garantire il concreto esercizio dei diritti e degli interessi dei terzi, suscettibili di essere compromessi dalle dichiarazioni dei parlamentari, fra i quali, in particolare, il fondamentale valore della dignità della persona, salvaguardato come diritto inviolabile, tanto dall'art. 2 della Costituzione, che dall'art. 1 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, i cui principi sono stati recepiti dall'art. 6 del Trattato sull'Unione europea» (§3). Che, però, nel caso di specie (in disparte la carenza di punti di contatto col diritto eurounitario), il testo, lungi dall'essere stato usato in senso parametrico, abbia funzionato, piuttosto, come più semplice ausilio ermeneutico, pare essere data conferma dal mancato richiamo a suo supporto degli artt. 11 e/o 117 della Costituzione (cfr., al riguardo, *infra*, il §9)⁵⁷.

Più in generale, ciò ci conduce a considerare come l'entrata in vigore del catalogo non paia essere valsa ad accantonare quell'uso della Carta che si è denominato “interpretativo *ad abundantiam*” (come del resto la Corte aveva avuto già avuto modo di dimostrare nella [sent. n. 93 del 2010](#)⁵⁸), teso ad avvalorare (e non a radicare), sovente dalle sole parti o dai giudici *a quibus*, l'esistenza di determinati principi fondamentali a livello sopranazionale (v., ad es., l'«effettiva parità fra donne e uomini» nella rappresentanza politica nella [sent. n. 4 del 2010](#); il “diritto di contrarre matrimonio” nelle ord. [n. 276 del 2010](#) e [n. 4 del 2011](#); il principio di non discriminazione nell'[ord. n. 55 del 2011](#)).

In una situazione tanto variegata, a dar prova del rischio di un certo disorientamento, da parte dei giudici comuni, nei modi d'impiego della Carta (anche in rapporto alle altre Carte) è stata la [sent. n. 271 del 2010](#) (concernente il sistema di elezione dei membri del Parlamento europeo spettanti all'Italia), per la cui messa a punto si è reso necessario un “*restyling*” da parte della Corte sia delle disposizioni parametriche evocate, sia delle norme della Carta di Strasburgo-Lisbona usate dai giudici⁵⁹, risultandone, infine, finalmente chiarito che le questioni di legittimità costituzionale poste (e decise poi nel senso dell'inammissibilità) si sarebbero dovute intendere come «sollevate, in riferimento agli artt. 1, 3, 48, 49, 51, 56, 57 e 97 della Costituzione, nonché agli artt. 10, 11 e 117 della Costituzione, in relazione all'art. 10 del Trattato sull'Unione europea [...] e agli artt. 10, 11, 39

⁵⁴ Di una tale decisione sono state date significativamente varie letture, talune delle quali ne hanno messo in rilievo i profili più innovativi (cfr., ad es., in tal senso, F. LICATA, *Il rito camerale di prevenzione di fronte ai diritti fondamentali*, in *Giur. cost.*, 2010, 1077 e 1082), mentre altre ne hanno considerato l'inadeguatezza a «prendere in considerazione il mutamento radicale dell'intero panorama posto a sfondo dei rapporti tra norme CEDU e norme interne che ha connotato il biennio 2008-2009» (così S. FURFARO - A. GAITO, *Consensi e dissensi sul ruolo e sulla funzione della pubblicità delle udienze penali*, in *Giur. cost.*, 2010, 1068).

⁵⁵ Una tale [pronuncia](#), si osserva, reca la stessa data di deposito della [sent. n. 80 del 2011](#), che esamineremo nel prossimo paragrafo.

⁵⁶ V. il ricorso per conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato n. 1 depositato in cancelleria l'11 agosto ed iscritto al n. 1 del registro conflitti tra poteri dello Stato 2010 (v. [G.U. Corte Costituzionale n. 39 del 29 settembre 2010](#)).

⁵⁷ Cfr., *amplius*, in argomento, ad es. AA.VV., *Riflessioni sulle sentenze 348-349/2007 della Corte Costituzionale*, a cura di C. Salazar - A. Spadaro, Giuffrè, Milano 2009, *passim*.

⁵⁸ In una tale pronuncia la Corte ebbe infatti ad osservare che l'“assenza di un esplicito richiamo in Costituzione non avrebbe scalfito il valore costituzionale del principio di pubblicità delle udienze giudiziarie”, dato che, un simile principio, oltre ad essere consacrato in vari strumenti internazionali (partic. l'art. 14 del Patto internazionale di New York) troverebbe «oggi ulteriore conferma nell'art. 47, paragrafo 2, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (cosiddetta Carta di Nizza), recepita dall'art. 6, paragrafo 1, del Trattato sull'Unione europea, nella versione consolidata derivante dalle modifiche ad esso apportate dal Trattato di Lisbona del 13 dicembre 2007 ed entrata in vigore il 1° dicembre 2009» (§7).

⁵⁹ V. i giudizi di legittimità costituzionale dell'art. 21, comma 1, n. 2 e n. 3, della legge 24 gennaio 1979, n. 18 (Elezione dei membri del Parlamento europeo spettanti all'Italia), promossi dal TAR del Lazio con ordinanze dell'11 del 14, del 15 dicembre 2009, dell'11 e del 14 dicembre 2009 rispettivamente iscritte ai nn. [22](#), [23](#), [28](#), [29](#), [30](#), [31](#), [32](#) e [33](#) del registro ordinanze 2010 e pubblicate nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica nn. 6 e 7, prima serie speciale, dell'anno 2010. In particolare, nell'occasione ci si riferì ad alcune norme della Convenzione EDU (e cioè gli artt. 10, 11, 39 e 40) probabilmente volendo invece richiamare i relativi articoli della Carta di Lisbona, e le si mise in relazione, con riguardo al profilo parametrico, agli artt. 10, 11 e 117, 1° comma, della Costituzione.

e 40 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea» e non, com'era stato invece erroneamente indicato, della Convenzione EDU).

7. *La Carta, per la Corte, nella [sent. n. 80 del 2011](#), anche nella prospettiva dell'adesione dell'Unione alla CEDU*

È necessario fare ora un passo indietro per osservare come, nella fase immediatamente precedente l'entrata in vigore della Carta addirittura la Corte di Cassazione⁶⁰ abbia dimostrato attenzione nei confronti di chi aveva messo in guardia dal rischio dell'acuirsi della “confusione” nell'ambito del sistema delle fonti⁶¹, facendosi, nel contempo, interprete della diffusa e pressante esigenza di chiarimento (specie tra i giudici comuni) dei rapporti tra Carte e Corti⁶²...col sollecitare la Corte costituzionale a nuovamente pronunciarsi (dopo le c.d. “sentenze gemelle”) in punto di tutela multilivello dei diritti.

In particolare, è stato (per stessa ammissione della Corte) su *input* della parte privata che, nel definire la questione con la [sent. n. 80 del 2011](#), la Consulta è stata motivata a ritenere che «[r]ispetto allo scrutinio del merito della questione» assumesse rilievo preliminare la questione della portata del catalogo, nel più ampio quadro «degli effetti della sopravvenuta entrata in vigore del Trattato di Lisbona» (§5). Su questa base, in un silenzioso ma significativo dialogo a distanza con Strasburgo e Lussemburgo, essa (si osservi, ancora una volta anticipando quanto sarebbe arrivata a dire la Corte di giustizia⁶³) ha escluso che potesse ragionarsi nei termini di una intervenuta «trattattizzazione» indiretta

⁶⁰ V., al proposito, *supra*, la nota 34.

⁶¹ V. esemplarmente, al riguardo, G. SILVESTRI, *Verso uno ius commune europeo dei diritti fondamentali*, in *Quad. cost.*, 2006, 13, il quale osserva, altresì, come un «rigoroso criterio positivistico-codificatorio» porterebbe «a bollare come lesiva della «certezza del diritto» una situazione normativa e istituzionale, come quella riscontrabile, all'epoca, nello spazio europeo, nella quale si affollavano norme costituzionali nazionali, “europeizzate” in quanto parti integranti delle tradizioni costituzionali comuni, norme della Convenzione europea dei diritti dell'uomo del 1950, norme della Carta di Nizza del 2000, pronunce giurisprudenziali delle Corti costituzionali (e supreme) nazionali, della Corte di Strasburgo e di quella di Lussemburgo. Cfr., inoltre, in argomento, F. SUCAMELI, *L'Europa e il dilemma della Costituzione. Norme, strategie e crisi del processo di integrazione*, Giuffrè, Milano 2007, 140. Sulla ricomposizione della dicotomia tra concezione prescrittiva e concezione cognitiva, nella valorizzazione della convergenza di essere e dover essere costituzionale, nel loro incessante oscillare tra il polo della distinzione e quello della integrazione, cfr., *amplius*, A. RUGGERI, *Idee sulla Costituzione tra teoria della fonti e teoria dell'interpretazione*, in *Rass. parl.*, 2005, 11 ss.

⁶² Così, ad es., come rileva dall'[ordinanza della Cassazione](#) (v., *supra*, la nota 34), ci si domandava se fosse a quel punto possibile procedere alla “non applicazione della norma interna contrastante con quella convenzionale”? (v. Corte Cass., sez. I civ., 26 febbraio 2008, n. 11279); o alla “diretta applicazione”, invece, delle disposizioni della Convenzione EDU? (v. Corte Cass., sez. I pen., 4 febbraio 2009, n. 13569); ancora, fino a che punto sarebbe stato possibile spingersi ad “un'interpretazione costituzionalmente orientata”? (Corte Cass., sez. II pen., 17 dicembre 2008 n. 46751); e, più in generale, come si sarebbe dovuto procedere in modo da evitare di incorrersi in pronunce di “manifesta infondatezza” da parte del giudice delle leggi, in quei casi in cui si fosse optato per la sollevazione della questione? (v. Corte Cass., sez. I civ., del 26 febbraio 2008, n. 14010).

⁶³ Anche a livello di Unione, infatti, la nuova previsione del 3° comma dell'art. 6 del Trattato UE – per cui i diritti fondamentali garantiti dalla Convenzione EDU e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, “fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali”, in luogo di quella che voleva che l'Unione “rispettasse” i diritti fondamentali quali sono garantiti dalla Convenzione, congiuntamente alla previsione della Carta dei diritti che impone di dare ai diritti in essa contemplati lo stesso significato e la stessa portata di quelli loro conferiti dalla suddetta Convenzione (ai sensi del 3° comma dell'art. 53) – ha suscitato dubbi sul fatto che a prescindere da una futura adesione dell'Unione alla Convenzione, questa avesse già acquistato un nuovo *status* nel diritto dell'Unione. Tanto che, a ripianare tale questione, è dovuta intervenire la Grande sezione della Corte, col chiarire, a più riprese, che la Convenzione «non costituisce, fintantoché l'Unione non vi abbia aderito, un atto giuridico formalmente integrato nell'ordinamento giuridico dell'Unione» sicché, allo stato, il diritto dell'Unione non disciplina i rapporti tra la Convenzione e gli ordinamenti giuridici degli Stati membri (v. Corte di giustizia, Gr. sez., [C-617/10, Hans Åkerberg Fransson](#), §44 e, nello stesso senso, le Conclusioni, del 12 giugno 2012, cit., §105; v., inoltre, Corte di giustizia, V sez., [C-501/11 P, Schindler](#), §32; e, in precedenza, Id., Gr. sez., sent. 24 aprile 2012, [C-571/10, Kamberaj](#), §62. In particolare, in quest'ultima pronuncia la Corte avrebbe chiarito che un tale rinvio alla Convenzione «non impone al giudice nazionale, in caso di conflitto tra una norma di diritto nazionale e detta convenzione, di applicare direttamente le disposizioni di quest'ultima, disapplicando la norma

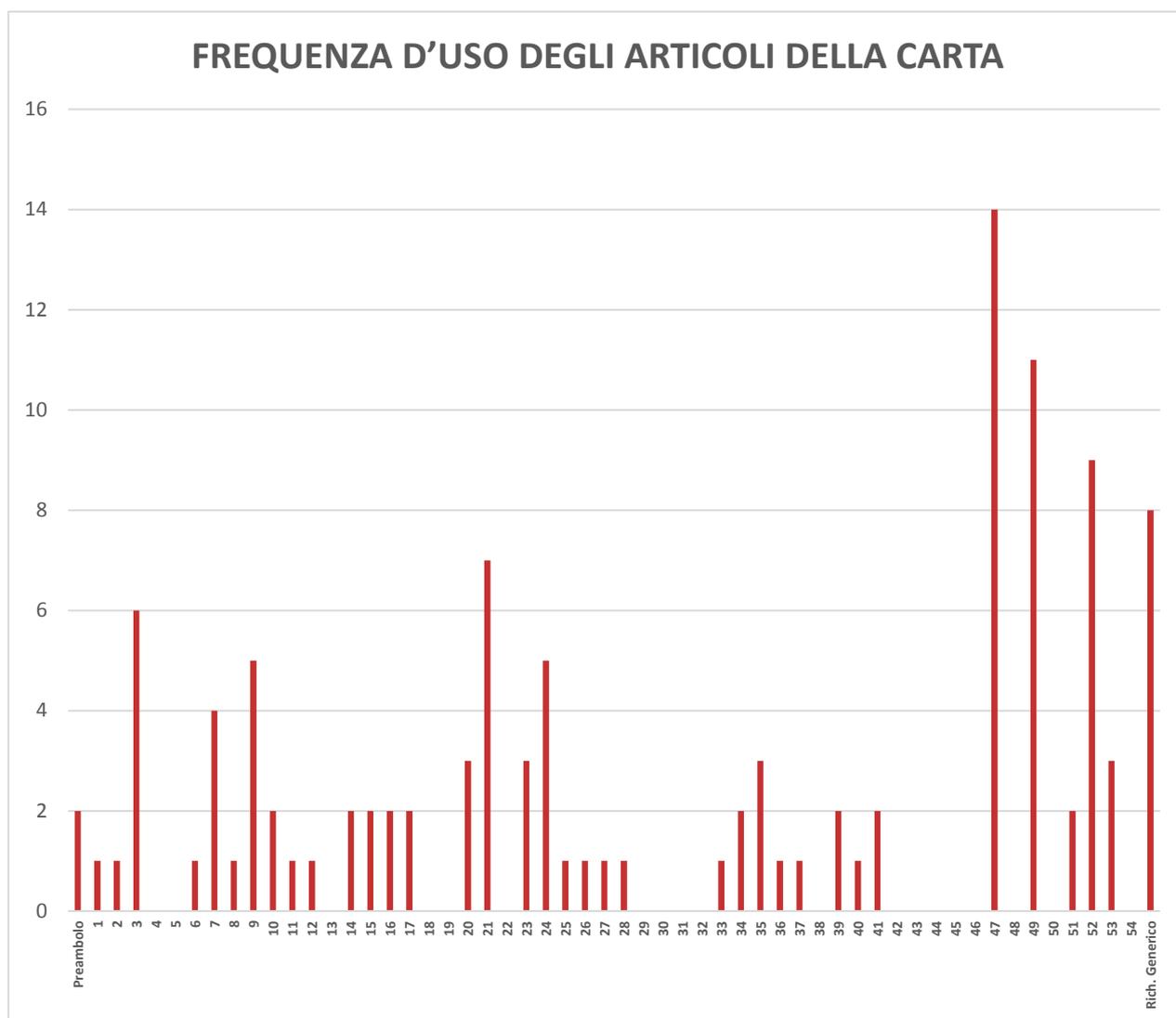
della Convenzione EDU per il tramite della “clausola di equivalenza/omogeneità” contenuta nel 3° comma dell’art. 52 della Carta... respingendo, con ciò stesso, altresì, l’idea dell’ammissibilità di interventi da parte dei giudici disapplicativi di norme interne ritenute incompatibili con la Convenzione EDU. Inoltre, l’occasione è stata propizia per evidenziare l’importanza e centralità della stessa Carta in «un sistema di protezione assai più complesso e articolato del precedente», con riguardo vuoi al piano formale, dato ora il suo «valore giuridico uguale a quello dei Trattati», sia su quello dei contenuti, considerandone l’obbiettivo ultimo di «migliorare la tutela dei diritti fondamentali nell’ambito del sistema dell’Unione, ancorandola a un testo scritto, preciso e articolato» (§5.2).

Più nello specifico, la Corte ha ritenuto che la tutela dei diritti fondamentali nell’ambito dell’Unione europea derivi – o, si noti, «deriverà» – «da tre fonti distinte», ovverosia «in primo luogo, dalla Carta dei diritti fondamentali (cosiddetta Carta di Nizza), che l’Unione «riconosce» e che «ha lo stesso valore giuridico dei trattati; in secondo luogo, dalla CEDU, come conseguenza dell’adesione ad essa dell’Unione; infine, dai «principi generali», che – secondo lo schema del previgente del Trattato (art. 6, 2° comma) – comprendono i diritti sanciti dalla stessa Convenzione EDU e quelli risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri» (§5.2)...sembrando dunque conferire un innovativo quanto inusitato ruolo “ancillare”, nei confronti della Carta, a quelle fonti (Convenzione EDU e principi generali del diritto dell’Unione), tradizionalmente epicentro, invece, del sistema europeo di tutela multilivello dei diritti⁶⁴.

Pertanto, se una siffatta ricostruzione del nostro Giudice costituzionale fosse stata e fosse valorizzata ne risulterebbe consolidato un tendenziale ribaltamento del ruolo della Carta: da ausilio “comune” alle norme costituzionali alla stregua di altre fonti, a sostegno “privilegiato” e, comunque, dotato di una valenza autonoma nei rapporti con le norme costituzionali, nei settori di competenza dell’Unione (anche, se del caso...) col supporto, ora, di altri strumenti di tutela dei diritti fondamentali (tra cui, per l’appunto, i principi generali e le norme contenute nella Convenzione EDU). In particolare, in un simile quadro, in cui «ciascuna delle componenti» dovrebbe essere chiamata ad assolvere «a una propria funzione» (§5.2), è dato di scorgere un “uso” dei menzionati strumenti di tutela dei diritti fondamentali di tipo tendenzialmente “sussidiario”...per cui, a stretto rigore, là dove si abbia a che fare con questioni di rilievo per il diritto dell’Unione europea ed il richiamo delle norme costituzionali di per sé solo non paia sufficiente a definire il caso (come invece avvenuto, ad es., nella [sent. n. 293 del 2011](#)), ci si dovrebbe rivolgere prima di tutto alla Carta; solo, poi, se strettamente utile e necessario si dovrebbero invocare i principi generali del diritto dell’Unione; e quindi ancora, in via residuale ed al di là della sfera eurounitaria ci si dovrebbe rivolgere alle norme convenzionali.

di diritto nazionale in contrasto con essa» (§63). Cfr., con specifico riguardo al caso italiano, ad es., I. CARLOTTO, *I giudici italiani e il divieto di applicazione diretta della Convenzione europea dei diritti dell’uomo dopo il Trattato di Lisbona*, in AA.VV., *Dove va il sistema italiano accentrato di controllo di costituzionalità? Ragionando intorno al libro di Víctor Ferreres Comella Constitutional Courts and Democratic Values*, a cura di L. Cappuccio - E. Lamarque, Editoriale Scientifica, Napoli 2013, 177 ss.).

⁶⁴ Cfr., *amplius*, in argomento, M. CODINANZI, *Diritti, principi e principi generali: portata ed effetti*, nel presente Volume; con riguardo, poi, anche, alle tradizioni costituzionali comuni, v. O. POLLICINO, *Servono ancora le “tradizioni costituzionali comuni” dopo la Carta di Nizza-Strasburgo?*, sempre nel presente Volume.



8. Segue: *L'ambito "competenziale" di applicazione (anche) per la Corte costituzionale*

Quanto da ultimo osservato giustifica, ci pare, il fatto che ci si intrattenga ancora sulla [sent. n. 80 del 2011](#) per evidenziare il rilievo riconosciuto (anche) dal nostro giudice delle leggi all'ambito "competenziale" di applicazione della Carta, considerandone, conformemente alla giurisprudenza eurounitaria⁶⁵, «presupposto di applicabilità» il fatto «che la fattispecie sottoposta all'esame del giudice» fosse (e sia) disciplinata dal diritto europeo «in quanto inerente ad atti dell'Unione, ad atti e comportamenti nazionali che danno attuazione al diritto dell'Unione, ovvero alle giustificazioni addotte da uno Stato membro per una misura nazionale altrimenti incompatibile con il diritto dell'Unione» e non già «da sole norme nazionali prive di ogni legame con tale diritto», ed escludendo, per questa strada, «con ogni evidenza, che la Carta costituisca uno strumento di tutela dei diritti fondamentali oltre le competenze dell'Unione europea» (§5.5).

Su questa base, specie a fronte di un uso piuttosto disinvolto del catalogo avviato, come si è visto, nella "fase entusiastica" (v. *supra* il §6), la Corte ha preso ad esibire un certo scrupolo nel considerare, comunque, per quanto di ragione, un simile aspetto. Ciò è quanto emerge, in particolare, nella citata [ord. n. 138 del 2011](#), in cui, dinnanzi ad una questione che di per se stessa aveva ben poco a che fare col diritto dell'Unione europea (il diritto di elettorato passivo ai Consigli degli ordini forensi ed agli

⁶⁵ Per la precisione, la Corte si richiamò, nell'occasione, alle sentenze della Corte di Giustizia 4 ottobre 1991, C-159/09, [Society for the Protection of Unborn Children Ireland](#) e 29 maggio 1998, C-299/05, [Kremzow](#).

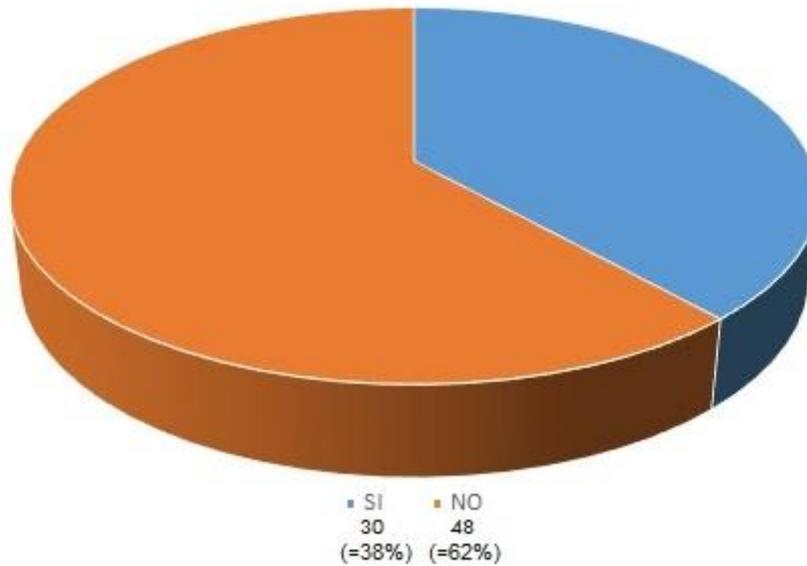
organi della Cassa di previdenza e di assistenza forense), pur senza rifarsi espressamente al termine “competenza”, ha ritenuto che in rapporto ai «parametri dedotti» fosse stato «incongruamente ricompreso, anche alla luce della [sent. n. 80 del 2011](#), quello di cui all’art. 52 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea».

Del resto, a ben vedere, un qualche segnale di una accresciuta attenzione per il profilo “competenziale” era già affiorato dalla menzionata [sent. n. 138 del 2010](#) (sul matrimonio omosessuale), dato che in essa la Corte pur rifacendosi, come si è visto (v. *supra*, il §6), alla Carta, aveva tenuto però a precisare di non ritenere necessario, per la definizione del giudizio, «affrontare i problemi che l’entrata in vigore del Trattato pone[va] nell’ambito dell’ordinamento dell’Unione e degli ordinamenti nazionali», specie con riguardo, proprio, «all’art. 51 della Carta, che ne disciplina l’ambito di applicazione» (§10). Tuttavia, cominciando a spostare lo sguardo verso il presente, è possibile pensare che, di norma, il nostro Giudice costituzionale, là dove ritenga evidente il non aversi a che fare con una qualche forma di attuazione del diritto dell’Unione (e dunque non necessario rivolgersi alla Corte di giustizia, per risolvere questo tipo di dubbio), si limiti a non dar seguito nelle parti motive delle proprie pronunce ai richiami della Carta fatti dai giudici *a quibus* e/o dalle parti. Richiami di cui dunque resta traccia nelle sole parti descrittive delle pronunce, secondo quell’uso della Carta come “manifesto” di cui s’è detto (*supra*, al §2), che però in casi del genere può talora apparire un “flash” di difficile decifrazione...

Volendo proporre un’elencazione di casi del genere, può pensarsi alla [sent. n. 245 del 2011](#), sulla “libertà di contrarre matrimonio”; alla [sent. n. 293 del 2011](#), in materia di indennizzo di soggetti lesi da vaccinazioni obbligatorie, trasfusioni e somministrazione di emoderivati; all’[ord. n. 47 del 2013](#) ed all’[ord. n. 100 del 2013](#), di definizione dell’età pensionabile dei giudici onorari di tribunale; alla [sent. n. 85 del 2013](#), sul c.d. “caso ILVA”; all’[ord. n. 136 del 2013](#), sulla procedura per la verifica dello stato di abbandono di minori; alla [sent. 279 del 2013](#), sul c.d. “sovraffollamento carcerario”; alla [sent. n. 302 del 2013](#), in materia di accesso ai corsi universitari; all’[ord. n. 322 del 2013](#), vertente sul procedimento disciplinare previsto dal Codice dell’ordinamento militare; alla [sent. n. 32 del 2014](#), in materia di sostanze stupefacenti; alla [sent. n. 106 del 2014](#), sul sistema sanzionatorio penale; all’[ord. n. 148 del 2014](#), in tema di decretazione d’urgenza; all’[ord. n. 200 del 2014](#), riguardante il processo tributario; all’[ord. n. 185 del 2014](#), nell’ambito, ancora una volta (v., *supra*, il §6) di un conflitto tra poteri sorto a seguito di una deliberazione di insindacabilità di un parlamentare italiano. Là dove è particolarmente dalla [sent. n. 110 del 2015](#) relativa (ancora una volta) al sistema di elezione dei membri del Parlamento europeo spettanti all’Italia, che rileva, in controluce, la perdurante centralità della Corte di giustizia nel definire la latitudine dell’ambito competenziale dell’Unione e, correlativamente, di applicabilità della Carta⁶⁶. Mentre la [sent. n. 56 del 2015](#), concernente gli aggiornamenti degli schemi-tipo di convenzioni accessive alle concessioni per l’esercizio e la raccolta “non a distanza dei giochi pubblici”, getta luce, ci pare, sul rischio di “banalizzare” – l’uso – della Carta, rifacendosi ai suoi contenuti in modo per così dire “sproporzionato” rispetto all’effettiva portata dei beni giuridici riguardati dal contenzioso.

⁶⁶ E’ stato, infatti, solo successivamente al deposito della [decisione](#) in questione che la Corte di giustizia ha chiarito che determinate norme nazionali poste «nel contesto dell’attuazione dell’obbligo [...] incombente, ai sensi degli articoli 14, paragrafo 3, TUE e 1, paragrafo 3, dell’atto del 1976» costituiscono “attuazione del diritto dell’Unione ai sensi dell’articolo 51, paragrafo 1, della Carta” (v. Corte di giustizia, Grande Sezione, sent. del 6 ottobre 2015, in C-650/13, [Thierry Delvigne](#), §24 e ss.)

USO DELLA CARTA NELLA PARTE MOTIVA DELLE DECISIONI



9. La Carta ed i giudizi di costituzionalità, nel quadro di tutela multilivello dei diritti.

Di un simile scenario è dunque importante che la nostra Corte costituzionale si dimostri disponibile a mantenere “la regia”, facendosi promotrice del buon uso della Carta (e delle Carte) nella sua giurisprudenza secondo “metodiche” (pre)definite e prevedibili, a beneficio sia del sistema delle fonti, sia, nel più lungo periodo, dell’intero sistema di giustizia costituzionale europea. In quest’ottica, da valutare positivamente è quanto essa sta facendo, all’atto, come si è visto, vuoi di operare in prima persona le necessarie “correzioni di rotta”, particolarmente, delle norme parametriche utilizzate dai giudici *a quibus* (v., *supra*, il §6); vuoi, più in generale, di spingere gli stessi verso un “buon uso” della Carta nelle proprie ordinanze di rimessione (v., *supra*, i §§ 5 e 8). Si pensi ancora, ad esempio, alla [sent. n. 70 del 2015](#) in cui la questione di legittimità costituzionale di una disposizione del decreto “per la crescita, l’equità ed il consolidamento dei conti pubblici”, sollevata, con riguardo (esclusivamente) all’art. 117, 1° comma, della Costituzione ed in relazione alla (sola) Convenzione EDU, è stata dalla Corte dichiarata inammissibile, constatata la carenza argomentativa dell’ordinanza «con riferimento alle modalità di incidenza della norma censurata sul parametro genericamente invocato», ed il richiamo della Convenzione EDU «nella sostanza, erroneo», essendo state indicate «erroneamente disposizioni normative afferenti al diritto primario dell’Unione europea» (essendosi confusa la Carta con la Convenzione EDU)⁶⁷.

In una precedente occasione, poi, in cui la Carta era stata utilizzata in modo parametrico, la questione «posta in riferimento all’art. 117, primo comma, Cost.» (§4.1), è stata dichiarata inammissibile «per carenza nella definizione del percorso logico seguito per ricondurre le norme impugnate al parametro costituzionale invocato» ([sent. n. 244 del 2012](#)). Inoltre, dalla giurisprudenza costituzionale rilevano casi in cui la Corte non ha dato seguito a richiami alla Carta non del tutto perspicui ([sent. n. 293 del 2011](#)); o in cui ha dimostrato di non condividere le «modalità della denuncia» da parte dei giudici *a quibus* «del contrasto delle disposizioni censurate» con le «norme

⁶⁷ In effetti, nelle due ordinanze della Corte dei Conti, sez. giurisdizionale per la Regione Emilia-Romagna, che hanno dato impulso alla [sent. n. 70 del 2015](#) (e cioè le ordd. n. 158 e n. 159 del 13 maggio 2014, pubblicate in G.U. Corte Cost. n. 41 del 1° ottobre 2014), la Carta di Strasburgo(-Lisbona) pare essere scambiata con «la Convenzione europea dei diritti dell’uomo (espressamente riconosciuta dall’Unione europea sulla base dell’art. 6 del Trattato sull’Unione europea), come interpretata dalla Corte di Strasburgo, avente natura di parametro interposto rispetto al citato art. 117, primo comma, Cost.».

del diritto dell'Unione europea» ([ord. n. 306 del 2011](#)); o, ancora, in cui ha concluso per l'inammissibilità delle questioni di legittimità costituzionale, anche in ragione della «assoluta genericità ed indeterminatezza delle censure proposte con riguardo alla pretesa violazione di principi comunitari, anch'essi genericamente invocati» (v., la [sent. n. 199 del 2012](#), §4.1 e la [sent. n. 251 del 2015](#), §3.4, con riguardo, rispettivamente, all'art. 36 ed all'art. 16 della Carta).

Nel proporre una ricostruzione delle schematiche decisorie adottate in materia, la «premessa» – per vero, ritenuta da parte di attenta dottrina «indimostrata e comunque discutibile⁶⁸», epperò sinora mai seriamente revocata in dubbio dalla Corte – continua a dover essere individuata, ci pare, nell'affermazione (messa a fuoco, tra l'altro, nelle ridette “sentenze gemelle”), secondo cui, nel caso dell'Unione europea, si avrebbe a che fare con un «‘ordinamento’ di natura sopranazionale» diverso rispetto al Consiglio d'Europa, al quale deve continuare a riconoscersi natura internazionale. Il fatto, poi, in particolare, che, come si è detto, a Lisbona, alla Carta sia stato conferito “lo stesso valore giuridico dei trattati (art. 6, 1° comma, TUE), comporta che ad essa debba essere riconosciuta (almeno) l'attitudine a funzionare alla stessa stregua delle norme contenute nelle fonti originarie dell'Unione europea, e che, sul versante interno agli Stati, pure ai suoi contenuti debba essere estesa una delle principali caratteristiche del diritto europolitano (che vale, per l'appunto, a distinguerlo da quello convenzionale): l'idoneità, cioè, alla produzione di norme aventi effetto diretto⁶⁹. Del resto, in alcuni casi è parso essere lo stesso nostro giudice costituzionale a confermare una tale attitudine delle norme del catalogo, col ritenere (v. la menzionata [sent. n. 111 del 2012](#)) che determinate censure fossero, prima ancora che infondate, inammissibili «per carenza di ogni motivazione sulla non diretta applicabilità della norma europea» (l'art. 47 della Carta di Nizza), ed, anzi, sembrando talora persino voler far assurgere la dimostrazione dell'insussistenza delle «condizioni per la disapplicazione della norma, ai sensi [...] della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea», ad ulteriore requisito per la sollevazione della questione di costituzionalità ([ord. n. 156 del 2013](#)).

Volendo mantenere l'attenzione sull'uso della Carta nei giudizi di costituzionalità, dallo schema indicato dalla Corte nell'importante [ord. n. 103 del 2008](#), si ricava che, in eventuali giudizi di costituzionalità in via principale su norme regionali per incompatibilità con disposizioni del catalogo, queste ultime possono funzionare come parametro “in senso stretto” (cfr., *infra*, il prossimo paragrafo, sul punto) in vista dell'eventuale declaratoria di illegittimità costituzionale con efficacia *erga omnes* «della norma regionale giudicata incompatibile con tali norme comunitarie». Anche se, a ben vedere, ciò ha maggiori probabilità di realizzazione nell'ambito di giudizi promossi dal Governo allorché vengano lamentate violazioni delle norme europolitane contenute nella Carta da parte di leggi regionali (al di là dei profili di competenza tra Stato e regioni sanciti dal dettato costituzionale). Per le regioni, infatti, il suddetto rilievo di ordine generale va considerato “al netto”, per così dire, di quella condizione di ammissibilità nel giudizio principale costituita dalla necessità (a pena della declaratoria di inammissibilità della questione) che si verta in un'ipotesi di *vindicatio potestatis*⁷⁰. In questo senso, dunque, solo se si riuscisse a dimostrare una qualche indiretta “ridondanza” della violazione della Carta sull'alterazione delle competenze tra Stato e regioni (eventualità, peraltro, improbabile, visto il suo tenore), si potrebbe parlare in senso tecnico di un uso dei contenuti del

⁶⁸ Così A. RUGGERI, [La CEDU alla ricerca di una nuova identità, tra prospettiva formale-astratta e prospettiva assiologico-sostanziale d'inquadramento sistematico \(a prima lettura di Corte cost. nn. 348 e 349 del 2007\)](#), in http://www.forumcostituzionale.it/wordpress/images/stories/pdf/documenti_forum/giurisprudenza/2007/0001_ruggeri_nota_348_349_2007.pdf, 3.

⁶⁹ In particolare, proprio l'attribuzione alla Carta “di uno specifico valore primario” comporta l'obbligatorietà dell'applicazione delle sue clausole “di per se stessa”, indipendentemente, “dall'eventuale loro carattere *self-executing*” (così, F. SORRENTINO, *Principi costituzionali e complessità delle fonti*, in *Dir. soc.*, 2013, 495).

⁷⁰ Com'è noto, infatti, la Corte è ferma nell'affermare (spec. *ex art. 127 Cost.*) «che le questioni di legittimità costituzionale prospettate da una Regione, nell'ambito di un giudizio in via principale, in ordine a parametri diversi da quelli riguardanti il riparto delle competenze legislative tra lo Stato e le Regioni, sono ammissibili soltanto se vi sia ridondanza delle asserite violazioni su tale riparto e il soggetto ricorrente abbia indicato le specifiche competenze ritenute lese e le ragioni della lamentata lesione» (v., ad es., [la sent. n. 13 del 2015](#), al § 2.1)

catalogo alla stregua di «norme interposte» (là dove, invece, in genere, a funzionare da parametro sono, per l'appunto, le norme della Costituzione sul riparto di competenze tra Stato e regioni).

Nei giudizi in via incidentale, poi, è la parimenti notoria [ord. n. 207 del 2013](#) ad illustrare la centralità del ruolo dei giudici comuni, quali “motori” del contenzioso, nonché, per quanto interessa, delle diverse strade che essi sono chiamati a seguire a seconda che venga ravvisato un contrasto con norme della Carta, secondo, peraltro, anche qui, quanto «accertato eventualmente mediante ricorso alla Corte di giustizia». Sicché, in presenza di sospette violazioni di contenuti del catalogo di portata specie programmatica da parte di norme nazionali, sarebbero gli stessi giudici, una volta rilevata l'impossibilità di risolvere il contrasto in via interpretativa, a dover portare la questione davanti alla Corte di Giustizia; laddove, nel caso in cui la disposizione del catalogo risultasse invece chiara, si dovrebbe procedere secondo le forme ormai collaudate dell'immediata disapplicazione⁷¹.

Come si vede, in base ad una siffatta metodica – che, almeno per il momento, risulta assodata – la centralità del “giudizio diffuso” svolto dai giudici comuni ed il legame pressoché biunivoco (almeno “in prima battuta”) da questi intrattenuto con Lussemburgo tendono a ridurre parecchio (se non addirittura completamente) non solo la possibilità che profili concernenti la Carta vengano portati al nostro giudice costituzionale, ma anche che questi ne faccia un uso parametrico “in senso stretto” (giungendo a declaratorie di incostituzionalità di norme di legge in contrasto coi contenuti della Carta), ferma, comunque, la possibilità di farne invece un impiego parametrico “in senso ampio” (*ad adiuvandum in abundantiam* o, a seconda dei casi, *ad adiuvandum* il parametro costituzionale, secondo le declinazioni che si son viste).

Sul piano teorico, è possibile osservare come il suddetto schema applicativo dia per presupposta e scontata una perfetta omogeneità fra Carta e gli altri atti eurounitari direttamente applicabili, poiché nella diversa prospettiva di una maggiore affinità fra Carta e, ad esempio, direttive, si potrebbe formulare una soluzione diversa. L'affinità a cui si allude dovrebbe essere tale da condurre a qualificare la Carta o parti di essa alla stessa stregua delle direttive, nel senso di esigere che un principio o una norma generale possa essere ulteriormente svolta o da un ulteriore atto attuativo, o in via interpretativa in sede giurisdizionale. In quest'ultimo senso, allora, si potrebbe ipotizzare che il giudice comune nella ritenuta impossibilità di esercitare adeguatamente questa funzione, possa sollevare la questione di costituzionalità della norma interna sospettata di contrasto con un principio della Carta, dato che, in questa ipotesi potrebbe ritenersi che non sia messa a repentaglio la caratteristica di diretta applicabilità della norma originaria eurounitaria.

Il fatto è che non si vede come la Corte, investita della questione – prima che di validità della norma interna – di interpretazione della Carta, possa evitare di rivolgersi in via pregiudiziale alla Corte di giustizia, talché, per un principio di economia processuale (a tacer d'altro) la conclusione logica sarebbe che a Lussemburgo si rivolgesse direttamente il giudice interessato. Per sfuggire a questa conclusione l'alternativa sarebbe che per la Corte costituzionale risultasse possibile, nella specie, “disinteressarsi” della Carta, potendo fare appello ad un principio o ad una norma della Costituzione conferente allo scopo, a costo, però, di riconfigurare il parametro rispetto all'ordinanza di rimessione...

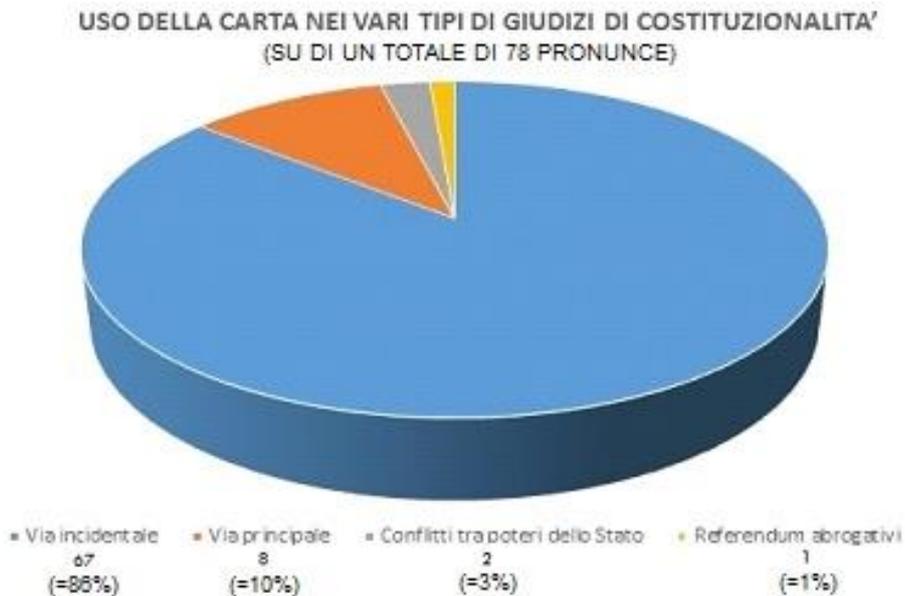
Volendo poi, per converso, interrogarsi su ipotesi di possibile “disinteressamento” della stessa Costituzione, ci si imbatte nel caso acutamente intravisto dell'uso della Carta che si è qui denominato “*ad definiendum*” delle e rispetto ad altre norme costituzionali...come una “superfetazione” addebitabile al postulato di “completezza” e di necessaria autosufficienza della Costituzione medesima⁷². Tipo di utilizzo che, tra l'altro, comporterebbe inutili complicazioni. Così, ad esempio,

⁷¹ V. i principi affermati dalla Corte di Giustizia nella sent. del 9 marzo 1978, [in causa C-106/77](#) (Simmenthal) e dalla successiva giurisprudenza della Corte costituzionale, segnatamente con la [sent. n. 170 del 1984](#) (Granital).

⁷² Più in generale, secondo un approccio incline all'apertura al diritto sovranazionale ed internazionale ed all'idea della “reciproca integrazione e compenetrazione nella interpretazione” di Costituzione e Carte dei diritti viene considerato limitativo e comunque problematico il fatto di doverci rifare pur sempre alle garanzie riconducibili alle disposizioni costituzionali, riconoscendosi, al più (come si tornerà a vedere nel prossimo paragrafo) alla Carta ed alle Carte la possibilità di essere impiegate ad ulteriore “supporto” alle tutele già (eventualmente) apprestate (o apprestabili) in ambito interno...trattandosi questa, a ben vedere, di una forma «di superbia costituzionale, che muove dall'assunto ([...]

nel caso dei dati di carattere personale (seguendosi questo approccio) ci si potrebbe domandare: se l'art. 8 della Carta prevede che "ogni individuo ha diritto alla protezione dei dati di carattere personale che lo riguardano" perché non applicarlo immediatamente, invece di usare tale disposto "ad definiendum" dell'art. 15 della Costituzione?

In ogni caso, la «struttura linguistica»⁷³ delle disposizioni del catalogo – e, particolarmente, il fatto che questo risulti scritto essenzialmente "per principi" e che, dunque, sulla loro esatta portata, sia verosimile che si avvii un dialogo nelle forme del rinvio pregiudiziale – potrà favorire un maggiore coinvolgimento nel quadro del più ampio "dialogo tra Corti".



10. Segue: *Le norme costituzionali di riferimento*

Quanto osservato conduce ora ad interrogarsi su quali siano esattamente le disposizioni costituzionali "di riferimento" in presenza di antinomie tra norme legislative nazionali e Carta. A tal fine, va considerato, in via più generale, come il fatto di rifarsi all'art. 11 o all'art. 117, 1° comma, della Costituzione paia dipendere (scommettendo sull'accuratezza e non sulla casualità nella scelta del parametro ...), in ampia parte, vuoi dalla disponibilità ad adottare un approccio monista o dualista nei riguardi del fenomeno eurounitario, vuoi, correlativamente, dalla lettura che si intenda dare dei daziani citati artt. 11 e 117, 1° comma della Costituzione. In particolare, in un'ottica rigorosamente monista, anche al cospetto di norme della Carta si è portati a dare una lettura del meccanismo di interposizione normativa, ovvero dell'obbligo del rispetto dei "vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario" (di cui all'art. 117, 1° comma), per così dire "assorbita" dal riconoscimento della limitazione della sovranità (*ex art. 11 della Costituzione*) e del primato delle norme comunitarie (sancito dai Trattati e fatto valere dalla Corte di giustizia). Il fatto, poi, che una tale schematica fosse

essenzialmente inesatto) che la nostra sia una sorta di "Costituzione-totale", che non contenga lacuna alcuna di previsione: una Costituzione perfetta, insomma, ultraterrena (se si conviene che la perfezione non è di questo mondo...)» (così A. RUGGERI, *Salvaguardia dei diritti fondamentali ed equilibri istituzionali in un ordinamento "intercostituzionale"*, cit., in *Rivista AIC*, n. 4 dell'8 novembre 2013, 6. Nello specifico, circa l'«uso a tutt'oggi inadeguato [...] rispetto a quello che invece potrebbe (e dovrebbe) farsi» della Carta dell'Unione. v., ancora, A. RUGGERI, *La Carta dei diritti dell'Unione europea e le altre Carte (ascendenze culturali e mutue implicazioni)*, nel presente Volume.

⁷³ Cfr., sul punto, prima dell'entrata in vigore della Carta, M. CARTABIA, *Le sentenze "gemelle": diritti fondamentali, fonti, giudici*, in *Giur. cost.*, 2007, 3566. Circa la previsione della distinzione, ai sensi dell'art. 52 del catalogo, tra "diritti e principi" sia consentito rinviare a L. TRUCCO, *Carta dei diritti fondamentali e costituzionalizzazione dell'Unione Europea*, cit. 95 ss.

applicata già prima della modifica dell'art. 117, 1° comma, potrebbe portare a ritenere l'attuale richiamo dell'art. 117, 1° comma, benché possibile, comunque non strettamente necessario, anche quando di mezzo ci siano i contenuti della Carta ..., a meno di non propendere per l'idea che il "nuovo" art. 117 della Costituzione abbia prodotto una sorta di perdita di ruolo dell'art. 11 della Costituzione, nel senso che gli elementi del binomio si invertirebbero, risultandone necessario il richiamo del solo art. 117 della Costituzione⁷⁴.

Seguendosi invece una prospettiva dualista "di ritorno" (indotta dalla "rifusione" della prospettiva eurounitaria con quella internazionalista nell'art. 117, 1° comma, Cost.), si è portati a mantenere (anche concettualmente) distinti il piano interno rispetto a quello eurounitario, dandosi particolare rilievo alle "novità" introdotte dal "nuovo" art. 117 della Costituzione. Più precisamente, anche in questo tipo approccio si sarebbe portati a non dubitare del primario rilievo dell'art. 11 della Costituzione con riguardo alla disapplicazione "in via diffusa" delle norme interne per contrasto con la Carta da parte dei giudici comuni, in quanto norma idonea a produrre quella vera e propria "compenetrazione" tra realtà ordinamentali di cui si diceva, ed a rendere nel contempo ragione dell'impatto "più intenso" nell'ordinamento nazionale, delle norme eurounitarie (anche contenute nella Carta) rispetto a quelle internazionali (particolarmente, alle norme convenzionali). Tuttavia, con riguardo a quei casi (*rectius*: in quei giudizi di costituzionalità) in cui dalla lamentata violazione delle norme eurounitarie (incluse quelle contenute nella Carta – qui vero e proprio parametro, ovvero parametro "in senso stretto" e non nel "senso ampio" di cui si diceva) potrebbero scaturire dichiarazioni di illegittimità costituzionale da parte della stessa Consulta, risulterebbe ora necessaria ed imprescindibile la messa in campo dell'art. 117, 1° comma, della Costituzione – e, particolarmente del "rinvio mobile alla norma eurounitaria di volta in volta conferente" e del connesso meccanismo di "interposizione normativa" (in senso tecnico considerato, ovvero, se si vuole, secondo il congegno enucleato, pur con tutte le differenze del caso, nelle c.d. "sentenze gemelle").

Osservando come ci si trovi solo agli esordi di un filone giurisprudenziale suscettibile di ulteriori sviluppi, si può comunque già rimarcare il fatto che il nostro giudice costituzionale sembri privilegiare l'adozione di un approccio dualista specie in quei casi in cui rilevi la parametricità "in senso stretto" della normativa eurounitaria. Così, nella stessa, summenzionata [ord. n. 103 del 2008](#) (e nell'affine [sent. n. 216 del 2010](#)), la Corte, nel predisporre quell'essenziale mezzo di "collegamento"⁷⁵ tra ordinamento nazionale ed eurounitario, qual è il rinvio pregiudiziale, parrebbe essersi posta in quest'ordine d'idee, all'atto di considerare come in casi «come quello di specie, in cui il giudizio pende davanti alla Corte costituzionale a séguito di ricorso proposto in via principale dallo Stato e ha ad oggetto la legittimità costituzionale di una norma regionale per incompatibilità con le norme comunitarie, queste ultime "fungono da norme interposte atte ad integrare il parametro per la valutazione di conformità della normativa regionale all'art. 117, primo comma, Cost." [...] o, più precisamente, rendono concretamente operativo il parametro costituito dall'art. 117, primo comma, Cost. (come chiarito, in generale, dalla [sentenza n. 348 del 2007](#)), con conseguente declaratoria di illegittimità costituzionale della norma regionale giudicata incompatibile con tali norme comunitarie».

Una tale giurisprudenza, unitamente alla constatazione della parsimonia con cui la Consulta tende a richiamarsi espressamente al meccanismo di "interposizione normativa" (tecnicamente inteso) avendo a che fare col diritto eurounitario, pare confermare la possibilità (che si è in parte anticipata) di guardare alla Carta alla stregua di "norma interposta" (in riferimento, al solo art. 117, 1° comma,

⁷⁴ Sulle «prospettive del sindacato di "eurounarietà" sulle norme interne a seguito della riforma del Titolo V della Costituzione» cfr., *amplius*, A. RUGGERI, *Le fonti europee e le fonti nazionali*, in *Lineamenti di diritto costituzionale dell'Unione europea*, cit. 313.

⁷⁵ Ancora più espressiva è l'immagine della «cerniera» proposta da P. COSTANZO, *Ordinamento giudiziario e giurisdizione costituzionale dell'Unione europea*, in *Lineamenti di diritto costituzionale dell'Unione europea*, cit. 360; cfr., inoltre, sul punto, S. BARTOLE, *Pregiudiziale comunitaria ed "integrazione" di ordinamenti*, in *Forum di Quad. cost.*, 29 settembre 2008, spec. 3. Per una puntuale ricostruzione del quadro giurisprudenziale in materia, si veda poi T. GIOVANNETTI, *L'ultimo passo del "cammino comunitario" conduce la Corte a Lussemburgo*, in *Rivista AIC*, 5 maggio 2009, 1 ss.

della Costituzione) particolarmente nei giudizi in cui, come quelli “in via principale”, resta ancora aperta la possibilità di addivenire a dichiarazioni di incostituzionalità della norma interna per contrasto diretto con la norma eurounitaria⁷⁶. Nell’ambito di giudizi in via incidentale, in casi del genere un tale richiamo dell’art. 117, 1° comma, sembrerebbe invece richiedere di accompagnarsi necessariamente con quello all’art. 11 della Costituzione. Ciò è quanto si ricava dalla richiamata [ord. n. 207 del 2013](#), dove si chiarisce che «quando davanti a questa Corte pende un giudizio di legittimità costituzionale per incompatibilità con le norme comunitarie, queste ultime, *se prive di effetto diretto*, rendono concretamente operativi i parametri di cui agli artt. 11 e 117, primo comma, Cost.⁷⁷» (corsivo nostro); nonché, ancora, dalla [sent. n. 28 del 2010](#), dove con riguardo a contrasti tra leggi interne e direttive comunitarie non munite di efficacia diretta si rammenta la possibilità dei giudici di «sollevare questione di legittimità costituzionale, per asserita violazione dell’art. 11 *ed oggi anche* dell’art. 117, primo comma, Cost.», reputandosi, del resto, ormai, in questi casi «il parametro interposto, rispetto agli artt. 11 e 117, primo comma, Cost., [...] sufficientemente definito nei suoi contenuti, ai fini del controllo di costituzionalità» (§§5 e 6, corsivo nostro)⁷⁸.

Più in generale, può ritenersi che sul terreno del giudizio in via incidentale – giocato, come si è visto, in ampia parte in via diffusa dai giudici comuni⁷⁹ – rilevi maggiormente “il peso” dell’art. 11 (rispetto all’art. 117, 1° comma) della Costituzione, e con esso l’adozione di un approccio più d’ispirazione “monista”. Al punto da potersi pensare che quando si faccia qui un uso di norme – segnatamente, della Carta – il riferimento all’art. 11 della Costituzione non possa mancare, come del resto è possibile dedurre dalla menzionata [sent. n. 70 del 2015](#), in cui la Consulta rimarca il fatto che il giudice *a quo* avesse richiamato nella propria [ordinanza](#) (solo) l’art. 117, 1° comma, della Costituzione, «atteso che esso risulta affiancato dal riferimento a disposizioni normative riconducibili alla Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea» (§3).

Proprio il fatto, peraltro, che ad un simile approccio sia consentito di esplicarsi (in modo monco ovvero) sul piano preponderantemente “interpretativo-culturale”⁸⁰ può dirsi nel contempo causa ed effetto del fatto che, come si diceva, qui la Carta risulti prestarsi al più ad un uso parametrico “in

⁷⁶ Peraltro, oltre a quanto si è considerato (*supra*, al §6) con riguardo alle pronunce di inammissibilità della Corte in presenza di richiami della Carta, anche in una prospettiva di tipo “competenziale” (quale quella qui adottata) si è portati a ritenere che, nella richiamata [sent. n. 235 del 2014](#) (sui meccanismi *standard* di quantificazione del danno per responsabilità civile per la circolazione dei veicoli obbligatoriamente assicurati) la Corte avrebbe probabilmente fatto meglio a non richiamare la Carta nel dispositivo della decisione, avendone opportunamente lasciato cadere la considerazione di “norma interposta” (avanzata dal giudice *a quo*).

⁷⁷ Si noti, peraltro, come la stessa necessità di un qualche riferimento all’art. 11 della Costituzione resti ancora da verificare anche con riguardo ai giudizi in via principale, dato che nella ridetta [ord. n. 207 del 2013](#) si afferma che «quando davanti a questa Corte pende un giudizio di legittimità costituzionale per incompatibilità con le norme comunitarie, queste ultime, *se prive di effetto diretto*, rendono concretamente operativi i parametri di cui agli artt. 11 e 117, primo comma, Cost.», lasciandosi intendere che un simile esito sarebbe già stato «rilevato nell’[ordinanza n. 103 del 2008](#)», quando invece, come si è visto, nell’[ord. n. 103 del 2008](#) non si fa alcuna menzione dell’art. 11 della Costituzione.

⁷⁸ Su di un tale “punto di contatto” tra l’[ord. n. 207 del 2013](#) e la [sent. n. 28 del 2010](#), cfr., altresì, v. B. GUASTAFERRO, [La Corte costituzionale ed il primo rinvio pregiudiziale in un giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale: riflessioni sull’ordinanza n. 207 del 2013](#), in [Forum di Quad. cost.](#), 5.

⁷⁹ Circa la complessità del “dialogo” tra Corte costituzionale e giudici comuni quando di mezzo vi siano questioni attinenti al diritto eurounitario cfr., ad es. L. PESOLE, [La Corte costituzionale ricorre per la prima volta al rinvio pregiudiziale. Spunti di riflessione sull’ordinanza n. 103 del 2008](#), in [Federalismi.it](#), 23 luglio 2008, 5.

⁸⁰ Da questo punto di vista, significativo è il fatto che i vari commenti all’[ord. n. 207 del 2013](#) hanno dato evidenza all’idoneità della pronuncia ad “aprire” al dialogo” ed in questo senso “ad avvicinare”, prima di tutto in senso giuridico-culturale, Corte costituzionale e Corte di giustizia (v., *ex multis*, U. ADAMO, [Nel dialogo con la Corte di giustizia la Corte costituzionale è un organo giurisdizionale nazionale anche nel giudizio in via incidentale. Note a caldo sull’ord. n. 207/2013](#), in [Forum di Quad. cost.](#), 24 luglio 2013, 2 e 4; M.P. IADICICCO, [Il precariato scolastico tra Giudici nazionali e Corte di Giustizia: osservazioni sul primo rinvio pregiudiziale della Corte costituzionale italiana nell’ambito di un giudizio di legittimità in via incidentale](#), in [Rivista AIC](#), Osservatorio, gennaio 2014 11; e L. UCCELLO BARRETTA, [La Corte costituzionale e il rinvio pregiudiziale nel giudizio in via incidentale](#), in [Rivista AIC](#), Osservatorio, novembre 2013, 1).

sensu lato⁸¹, secondo i moduli interpretativi di cui si è ragionato (e combinatamente, come si è visto, ad altre ed ulteriori – rispetto a quelle “di contatto” tra sfere ordinamentali – norme costituzionali chiamate, nella sostanza, a funzionare da parametro⁸²). Insomma, anche l’esame delle norme costituzionali di riferimento messe in campo nei giudizi in via indiretta sembrerebbe confermare l’idea della cautela della Corte costituzionale nell’uso della Carta, per cui si tratterà di vedere se, pure da questo punto di vista, in futuro una tale posizione verrà consolidata o se, invece, nel caso in cui la Corte dovesse dimostrare una maggiore disponibilità per un uso della Carta parametrico “in senso stretto”, lo farà attraverso un’estensione della portata applicativa dell’art. 11 della Costituzione (a cui comunque, pure in una prospettiva strenuamente monista, risulta difficile poter rinunciare), o di quella dell’art. 117, 1° comma della Costituzione o, secondo la prospettazione forse meglio in grado di cogliere i profili non solo di collegamento ma anche di integrazione che presenta il fenomeno eurounitario, valorizzandone il combinato disposto.

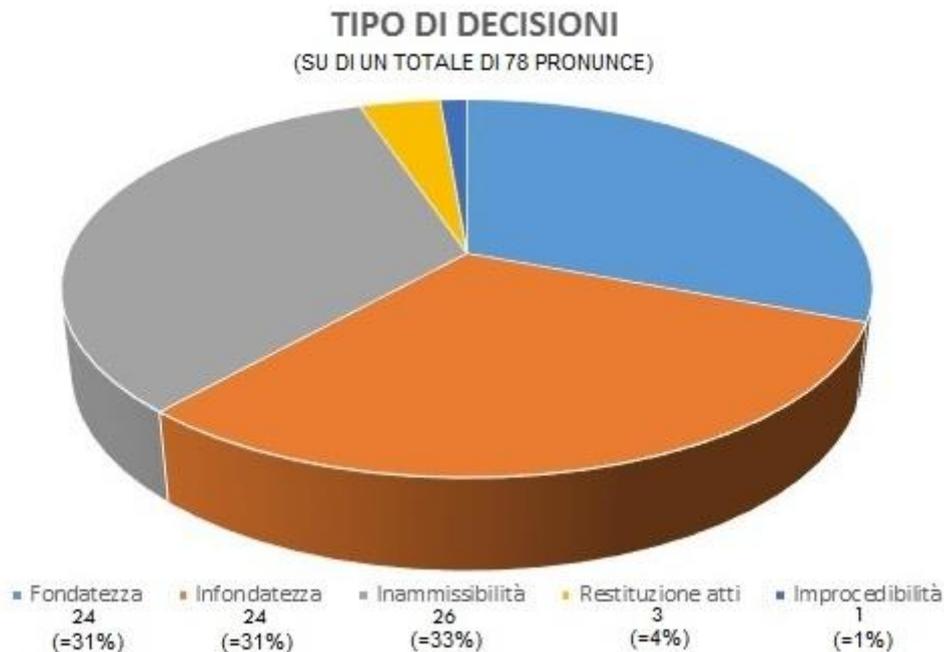
Ad ogni modo, tornando alla situazione attuale, il fatto che, pur sempre con riguardo ai giudizi in via incidentale, della Carta si faccia (o meno) un uso “in senso lato” parametrico, parrebbe rendere necessario operare ulteriori sotto-distinzioni delle norme costituzionali riguardate. In particolare, dalla giurisprudenza costituzionale emerge che in quei casi in cui pur facendosene menzione, in realtà non venga conferito al catalogo un qualche valore né “interpretativo” né tanto meno “in senso lato parametrico”, la sua citazione non risulta assortita col richiamo né all’art. 11, né all’art. 117 della Costituzione. Prova ne è data da quella giurisprudenza costituzionale in cui rileva una certa “lontananza” della materia rispetto alle competenze eurounitarie (v. la nota [sent. n. 83 del 2015](#), sulle c.d. “sigarette elettroniche”; l’[ord. n. 90 del 2015](#), in punto di sanzioni disciplinari; la [sent. n. 132 del 2015](#), in materia tributaria; e, da ultimo, la [sent. n. 178 del 2015](#), sul “diritto di negoziare e di concludere contratti collettivi”). Tuttavia, a ben vedere, lo stesso fenomeno si riscontra in quelle decisioni in cui il catalogo eurounitario viene sì accostato alla Convenzione EDU, ma solo quest’ultima svolge il ruolo di parametro, giustificandosi, in questo senso, il richiamo del solo 1° comma dell’art. 117 della Costituzione: in particolare, può proporsi questo tipo di lettura nella [sent. n. 168 del 2014](#), in materia di edilizia residenziale pubblica, in cui pur rifacendocisi al catalogo, si è poi arrivati a dichiarare l’illegittimità costituzionale della normativa indubbiata «per violazione dell’art. 3 e dell’art. 117, primo comma, Cost.», mettendosi questo secondo precetto in relazione a norme diverse rispetto a quelle contenute nella Carta; ma anche nella [sent. n. 150 del 2015](#), in cui la Carta si trova nel solo “*Ritenuto in fatto*” della decisione, in quanto menzionata dal giudice *a quo* (secondo, si noti, quell’uso come “catalogo manifesto” di cui si è riferito *supra*, al §2).

Si osserva per concludere sul punto, e pur sempre con la consapevolezza di aversi comunque a che fare con una giurisprudenza ancora non consolidata, che se quanto detto dovesse essere confermato, non sarebbe possibile individuare una modalità univoca di richiamo delle norme costituzionali

⁸¹ In una tale prospettiva si pongono, ci pare, la più generale considerazione di come, nella giurisprudenza costituzionale, per le Carte dei diritti risulti possibile solo, al più, «dare ulteriore testimonianza o conferma di una garanzia comunque validamente apprestata in ambito interno» (così A. RUGGERI, [Salvaguardia dei diritti fondamentali ed equilibri istituzionali in un ordinamento “intercostituzionale”](#), cit., 6; ed in senso analogo, ID., [CEDU, diritto “eurounitario” e diritto interno: alla ricerca del “sistema dei sistemi”](#), in [Consulta Online](#) del 19 aprile, 2013, 11 e ss.; cfr., inoltre, *supra*, la nota 72); ... tanto da risultare, un siffatto riferimento ai diritti dei cataloghi “di origine esterna” «poco più di un artificio retorico per rendere più ricca e convincente la motivazione della decisione» del giudice nazionale (così E. LAMARQUE, *Le relazioni tra l’ordinamento nazionale, sovranazionale e internazionale nella tutela dei diritti*, in *Dir. pubbl.*, 2013, 747).

⁸² In quest’ottica, la ridetta [sent. n. 28 del 2010](#) parrebbe acquisire una valenza di carattere più generale, avendo la Corte, nell’occasione – con riguardo qui alle norme aventi efficacia diretta contenute nell’art. 49 della Carta –, escluso che la sola evocazione dei «parametri di cui agli artt. 11 e 117 Cost., senza denunciare, né nel dispositivo né nella motivazione dell’atto introduttivo del [...] giudizio, la violazione dell’art. 3 Cost. e del principio di ragionevolezza intrinseca delle leggi» (§7) potesse bastare a porre (anche) un problema di conformità di norme legislative italiane col quadro normativo eurounitario (concernente, come si è visto *supra*, al §4, le norme penali di favore).

funzionali all'uso parametrico della Carta (un po' come avviene per la Convenzione EDU), ma ciò dipenderebbe di volta in volta dalle circostanze e dai diversi tipi di giudizio⁸³.



11. Alcune considerazioni conclusive

Ad oggi, è dunque possibile per la Corte costituzionale, anche in quanto «giurisdizione nazionale» ai sensi dell'art. 267, terzo comma, del TFUE, svolgere il proprio sindacato di costituzionalità utilizzando, in presenza di norme di attuazione del diritto dell'Unione europea, pure i contenuti della Carta, al più, “*ad definiendum in adiuvandum*” (le disposizioni costituzionali), per la via incidentale, ed invece a tutti gli effetti come parametro interposto per la “via principale”. Tuttavia, come si è visto, più uniche che rare restano le pronunce che ne vedono questo modo così “polarizzato” di impiego, mentre resta ancora in voga – indifferentemente nei vari tipi di giudizi – il vecchio e sperimentato “modulo” applicativo “*ad adiuvandum in abundantiam*”, con un uso interpretativo (ma non parametrico “in senso stretto”) della Carta, specie secondo le declinazioni, di cui si è ragionato, di tipo “citazionista” ([sent. n. 139 del 2011](#); [sent. n. 214 del 2013](#); [sent. n. 238 del 2014](#); [sent. n. 239 del 2014](#)) o confermativo ([sent. n. 31 del 2012](#); [sent. n. 7 del 2013](#); [ord. n. 247 del 2014](#)), peraltro, di difficile discernimento.

Sembra, dunque, essere stato con un certo paradosso che la [sent. n. 80 del 2011](#), all'atto di riflettere sulla collocazione della Carta nel quadro delle fonti europee – e, particolarmente di proporre la schematica di carattere “sussidiario” di cui si è detto, addirittura con la preoccupazione di fornire il

⁸³ È d'obbligo, per completezza, almeno rilevare, con la dottrina più sensibile a questi temi, il «silenzio» serbato, nella sostanza, almeno per il momento, “dai giudici costituzionali a riguardo della possibile protezione offerta, alle Carte dall'art. 2 della Costituzione” (tanto da dar corpo all'idea che un tale disposto costituzionale «potrebbe d'ora in poi essere invocato esclusivamente da diritti “nazionali”, s'intenda o no come “aperta” la clausola in esso contenuta (così A. RUGGERI, *La CEDU alla ricerca di una nuova identità*, cit., 5-6). Per diverso ma connesso profilo si osserva che solo all'art. 1 della Carta compare il concetto di inviolabilità, con riguardo alla dignità umana, per cui, a stretto rigore, gli altri diritti in essa contenuti potrebbero essere riconosciuti come “fondamentali” ma non “inviolabili” (v., ad es., in tal senso le considerazioni dell'Avv. gen. Melchior Wathelet, per cui «la Carta non istituisce una gerarchia tra i diritti fondamentali dalla stessa riconosciuti, fatta eccezione per la dignità umana che è inviolabile senza possibilità di deroghe», nelle Conclusioni presentate il 20 novembre 2014, in [C-170/13, Huawei Technologies Co. Ltd/ZTE Corp.](#), §67).

quadro multilivello di tutela che «deriverà» in un ancora ipotetico futuro... – abbia finito, invece, per avviarne una fase di utilizzo non meno controversa rispetto alle precedenti e che si protrae a tutt’oggi, risultando, tra l’altro, ancora incerto (dopo il noto [Parere della Corte di giustizia n. 2/13 del 18 dicembre 2014](#)) l’esito del processo di adesione dell’Unione alla Convenzione EDU .

In una situazione tanto complessa, in cui, come si è in parte anticipato, rilevano le varie “identità” della Carta nel tempo, nessuna delle quali sembra pronta ad essere accantonata, può essere utile indossare l’occhiale delle «tecniche astrattamente utilizzabili per comporre in sistema i diritti delle Carte coi diritti costituzionali⁸⁴». Vero è, peraltro, che l’assunzione di una prospettiva “formale- astratta” induce a ritenere “concreto” il pericolo di confusione tra piano delle fonti e piano dell’interpretazione, data, tra l’altro, la pratica insussistenza di confini tra l’uso della Carta vigente come “mezzo” per il reperimento (in via parametrica) di soluzioni giuridicamente necessitate ed il suo impiego, invece, come “fine”, in vista di avallare (in via interpretativa) scelte e soluzioni (pre)determinate; e che, d’altro canto, risulta difficile ritenersi appagati pure in un’ottica di tipo “assiologico-sostanziale”.

Tuttavia, è proprio dal reciproco alimentarsi di entrambi gli approcci testé menzionati, particolarmente della prosecuzione della messa a fuoco di solidi elementi di ordine formale, tali da fare da riferimento e supporto all’obbiettivo dell’arricchimento reciproco tra diritti fondamentali multilivello, che pare consentito trarre la fiducia sulla possibilità di ordinare in sistema “i diritti delle Carte coi diritti costituzionali”, in uno con la costruzione dello *ius commune* europeo.

DECISIONI DELLA CORTE COSTITUZIONALE IN CUI E’ FATTO USO DELLA CARTA DEI DIRITTI FONDAMENTALI DELL’UNIONE EUROPEA

- | | |
|------------------------------------|----------------------------------|
| 1. Sent. 135/2002 | pres. RUPERTO, rel. FLICK |
| 2. Sent. 445/2002 | pres. RUPERTO, rel. ONIDA |
| 3. Sent. 49/2003 | pres. CHIEPPA, rel. ONIDA |
| 4. Sent. 148/2003 | pres. CHIEPPA, rel. CHIEPPA |
| 5. Sent. 307/2003 | pres. CHIEPPA, rel. ONIDA |
| 6. Sent. 382/2004 | pres. ONIDA, rel. FLICK |
| 7. Sent. 45/2005 | pres. ONIDA, rel. BILE |
| 8. Ord. 154/2005 | pres. CONTRI, rel. CONTRI |
| 9. Sent. 345/2005 | pres. CAPOTOSTI, rel. VACCARELLA |
| 10. Ord. 464/2005 | pres. MARINI, rel. MAZZELLA |
| 11. Sent. 190/2006 | pres. MARINI, rel. CASSESE |
| 12. Sent. 393/2006 | pres. BILE, rel. FLICK |
| 13. Sent. 394/2006 | pres. BILE, rel. FLICK |
| 14. Ord. 93/2007 | pres. BILE, rel. QUARANTA |
| 15. Ord. 266/2007 | pres. BILE, rel. QUARANTA |
| 16. Sent. 349/2007 | pres. BILE, rel. TESAURO |
| 17. Sent. 72/2008 | pres. BILE, rel. FINOCCHIARO |
| 18. Sent. 182/2008 | pres. BILE, rel. CASSESE |
| 19. Sent. 251/2008 | pres. BILE, rel. QUARANTA |
| 20. Ord. 334/2008 | pres. BILE, rel. DE SIERVO |
| 21. Sent. 438/2008 | pres. FLICK, rel. SAULLE |
| 22. Sent. 86/2009 | pres. AMIRANTE, rel. FINOCCHIARO |
| 23. Sent. 236/2009 | pres. AMIRANTE, rel. CRISCUOLO |
| 24. Sent. 4/2010 | pres. AMIRANTE, rel. SILVESTRI |
| 25. Sent. 28/2010 | pres. AMIRANTE, rel. SILVESTRI |
| 26. Sent. 80/2010 | pres. AMIRANTE, rel. SAULLE |

⁸⁴ Il riferimento corre ad A. RUGGERI, *La CEDU alla ricerca di una nuova identità*, cit., 6.

27. [Sent. 93/2010](#)
28. [Sent. 138/2010](#)
29. [Ord. 237/2010](#)
30. [Sent. 271/2010](#)
31. [Ord. 276/2010](#)
32. [Ord. 374/2010](#)
33. [Ord. 4/2011](#)
34. [Ord. 55/2011](#)
35. [Sent. 80/2011](#)
36. [Sent. 82/2011](#)
37. [Ord. 138/2011](#)
38. [Ord. 139/2011](#)
39. [Sent. 236/2011](#)
40. [Sent. 245/2011](#)
41. [Sent. 293/2011](#)
42. [Ord. 306/2011](#)
43. [Ord. 314/2011](#)
44. [Sent. 31/2012](#)
45. [Sent. 111/2012](#)
46. [Sent. 199/2012](#)
47. [Sent. 244/2012](#)
48. [Sent. 7/2013](#)
49. [Ord. 47/2013](#)
50. [Sent. 85/2013](#)
51. [Ord. 100/2013](#)
52. [Ord. 136/2013](#)
53. [Ord. 156/2013](#)
54. [Sent. 210/2013](#)
55. [Sent. 214/2013](#)
56. [Sent. 279/2013](#)
57. [Sent. 302/2013](#)
58. [Ord. 322/2013](#)
59. [Sent. 32/2014](#)
60. [Sent. 106/2014](#)
61. [Ord. 148/2014](#)
62. [Sent. 168/2014](#)
63. [Ord. 185/2014](#)
64. [Sent. 200/2014](#)
65. [Sent. 235/2014](#)
66. [Sent. 238/2014](#)
67. [Sent. 239/2014](#)
68. [Ord. 247/2014](#)
69. [Sent. 56/2015](#)
70. [Sent. 70/2015](#)
71. [Sent. 83/2015](#)
72. [Ord. 90/2015](#)
73. [Sent. 110/2015](#)
74. [Sent. 132/2015](#)
75. [Sent. 150/2015](#)
76. [Sent. 178/2015](#)
77. [Sent. 251/2015](#)
78. [Sent. 269/2015](#)

pres. AMIRANTE, rel. FRIGO
pres. AMIRANTE, rel. CRISCUOLO
pres. AMIRANTE, rel. TESAURO
pres. AMIRANTE, rel. CASSESE
pres. AMIRANTE, rel. CRISCUOLO
pres. DE SIERVO, rel. TESAURO
pres. DE SIERVO, rel. CRISCUOLO
pres. DE SIERVO, rel. SILVESTRI
pres. DE SIERVO, rel. FRIGO
pres. DE SIERVO, rel. GROSSI
pres. DE SIERVO, rel. GROSSI
pres. DE SIERVO, rel. GROSSI
pres. QUARANTA, rel. LATTANZI
pres. QUARANTA, rel. QUARANTA
pres. QUARANTA, rel. CRISCUOLO
pres. QUARANTA, rel. TESAURO
pres. QUARANTA, rel. LATTANZI
pres. QUARANTA, rel. CRISCUOLO
pres. QUARANTA, rel. MORELLI
pres. QUARANTA, rel. TESAURO
pres. QUARANTA, rel. CAROSI
pres. QUARANTA, rel. GROSSI
pres. GALLO, rel. CAROSI
pres. GALLO, rel. SILVESTRI
pres. GALLO, rel. CAROSI
pres. GALLO, rel. GROSSI
pres. GALLO, rel. CRISCUOLO
pres. GALLO, rel. LATTANZI
pres. GALLO, rel. FRIGO
pres. SILVESTRI, rel. LATTANZI
pres. SILVESTRI, rel. CASSESE
pres. MAZZELLA, rel. GROSSI
pres. SILVESTRI, rel. CARTABIA
pres. SILVESTRI, rel. LATTANZI
pres. SILVESTRI, rel. CARTABIA
pres. SILVESTRI, rel. TESAURO
pres. SILVESTRI, rel. TESAURO
pres. CASSESE, rel. CORAGGIO
pres. TESAURO, rel. MORELLI
pres. TESAURO, rel. TESAURO
pres. TESAURO, rel. FRIGO
pres. NAPOLITANO, rel. FRIGO
pres. CRISCUOLO, rel. de PRETIS
pres. CRISCUOLO, rel. SCIARRA
pres. CRISCUOLO, rel. AMATO
pres. CRISCUOLO, rel. GROSSI
pres. CRISCUOLO, rel. de PRETIS
pres. CARTABIA, rel. de PRETIS
pres. CARTABIA, rel. SCIARRA
pres. CRISCUOLO, rel. SCIARRA
pres. CRISCUOLO, rel. GROSSI
pres. CRISCUOLO, rel. AMATO

Roberto Conti

L'uso fatto della Carta dei diritti dell'Unione da parte della Corte di Cassazione*

SOMMARIO: 1. Premesse. – 2. I precedenti sulla irrilevanza della Carta di Nizza-Strasburgo ‘fuori campo UE’. – 3. Il ruolo della Carta dei diritti fondamentali nella giurisprudenza della Cassazione. – 4. Qualche breve notazione sull'uso che la Cassazione ha fatto della Carta di Nizza-Strasburgo.

1. *Premesse*

Un approccio dell'interprete al tema dell'uso che il giudice di legittimità ha fatto della Carta di Nizza-Strasburgo nelle sue pronunzie potrebbe agganciarsi alla ricerca testuale sulle banche dati generalmente in uso nella comunità dei giuristi.

Si tratterebbe di un approccio fallace per ovvie ragioni rischiando il numero, certo consistente, di richiami alla stessa non idoneo a comprendere l'incidenza effettiva svolta da siffatto strumento nello *ius dicere* della Corte Suprema di Cassazione.

Si preferirà, allora, seguire un diverso metodo che, pur se anch'esso non compiutamente esaustivo, sembra essere meglio idoneo a fornire almeno qualche considerazione di sistema sull'argomento.

Per far ciò occorre muovere dal rilievo che la giurisprudenza della Cassazione rispetto alla rilevanza della Carta di Nizza-Strasburgo può schematicamente riassumersi in due distinti filoni.

Il primo e più consistente sembra essere quello che, sulla scia della giurisprudenza della Corte di Giustizia, mette *in chiaro* l'irrilevanza della Carta dei diritti fondamentali nei territori non regolati dal diritto UE. Il secondo, di più difficile identificazione, attiene al ruolo, precettivo, rafforzativo o argomentativo concretamente svolto dalla Carta UE all'interno del contenzioso esaminato dalla Cassazione.

2. *I precedenti sulla irrilevanza della Carta di Nizza-Strasburgo ‘fuori campo UE’*

Particolarmente lucida appare una recente pronunzia delle Sezioni Unite civili della Corte di Cassazione – sent.n.9595/2012 – che, chiamata a verificare il campo di applicazione della Carta, sotto il profilo dell'art.17 in tema di tutela del diritto di proprietà all'interno di una controversia relativa alla determinazione dell'indennizzo espropriativo, ha in modo caustico affermato che la prospettiva ventilata dalle parti private, rivolta ad affermare il principio dell'integrale ristoro sancito senza limitazioni dalla Carta, non poteva trovare alcuna condivisione. Ciò perché "... siffatta applicabilità diretta della Carta di Nizza sia predicabile solo per le ipotesi nelle quali la fattispecie sia disciplinata dal diritto europeo e non già, totalmente, da norme nazionali prive di alcun legame con il diritto dell'Unione Europea. Ebbene, appare evidente come non sia ravvisabile alcuna "disciplina" da parte delle norme dell'U.E. nella generica previsione, nell'art. 17 par. 1 della Carta, del diritto alla percezione di una "giusta indennità" da parte del soggetto privato della proprietà per "causa di pubblico interesse", trattandosi di disposizione che non è espressiva del regolamento di una materia di interesse comunitario ed è priva di attitudine regolatrice di situazioni indeterminate in quanto non inclusiva di alcun criterio o parametro determinativo"¹.

* Scritto destinato a L. D'Andrea - G. Moschella - A. Ruggeri - A. Saitta, La Carta dei diritti dell'Unione europea e le altre Carte (ascendenze culturali e mutue implicazioni), Giappichelli, 2016.

¹ Cfr., in senso omologo, Cass. S.U. n. 22772/2014, Cass. S.U. n. 23867/2014; Cass. S.U. n. 10130/2012; Cass. n. 17006/2014; Cass.11 luglio 2014 n.15940, a proposito dell'impossibilità di investire la Corte di Giustizia su una questione pregiudiziale relativa alla configurabilità del potere di autotutela in materia di tributo non armonizzato. Cass. pen., 17 ottobre 2014 n. 43453, in materia di riparazione da ingiusta detenzione, ha escluso di potere disapplicare la normativa

In questo ambito, che sembra costituire un vero e proprio *leitmotiv* della giurisprudenza della Cassazione, si inserisce la nota Cass. n. 4184/2012 che, nell'affrontare il tema della trascrivibilità del matrimonio fra persone dello stesso sesso contratto all'estero, ha escluso di potere utilizzare, quali parametri per la valutazione della normativa interna, i principi e diritti fondamentali previsti dalla Carta di Nizza proprio in ragione della natura meramente interna della fattispecie².

3. Il ruolo della Carta dei diritti fondamentali nella giurisprudenza della Cassazione

interna sulla base di un suo preteso contrasto con l'art.6 della Carta di Nizza-Strasburgo, proprio perché non veniva in discussione la normativa UE.V., ancora, Cass. n. 9026/2013: "...Va infine escluso che la Carta costituisca uno strumento di tutela dei diritti fondamentali oltre le competenze dell'Unione Europea; infatti presupposto di applicabilità della Carta di Nizza è che la fattispecie sottoposta all'esame del giudice sia disciplinata dal diritto europeo e non già da sole norme nazionali prive di ogni legame con tale diritto".

² Cfr. Cass. n. 4184/12: "... Dev'essere a questo punto ancora chiarito, in riferimento alla preliminare questione se l'art. 9 della Carta sia immediatamente applicabile nella specie, che la specifica fattispecie oggetto del presente giudizio – concernente la trascrivibilità, o no, nei registri dello stato civile italiano di un atto di matrimonio di cittadini italiani dello stesso sesso celebrato all'estero – è del tutto estranea alle materie attribuite alla competenza dell'Unione Europea ed inoltre è priva di qualsiasi legame, anche indiretto, con il diritto dell'Unione. Tale chiarimento si rende necessario perché i ricorrenti, con la memoria di cui all'art. 378 c.p.c., hanno formulato la richiesta di "valutare la sussistenza dei presupposti per il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia dell'Unione Europea, affinché ... chiarisca quale sia l'interpretazione più corretta da dare al disposto combinato degli artt. 9, 21, 51, 52, 53, 54 della Carta di Nizza, in considerazione del riflesso di tale interpretazione sul diritto di libertà di circolazione dei cittadini europei nell'ambito del territorio dell'Unione". Il senso di tale richiesta si basa sulla non del tutto esplicitata considerazione che due cittadini dello stesso sesso di uno degli Stati membri dell'Unione, i quali abbiano contratto matrimonio in uno di tali Stati che riconosca un matrimonio siffatto, non potrebbero stabilirsi, con il medesimo *status* di coniugi, in altro Stato membro che non riconosca invece il matrimonio omosessuale, con conseguente lesione della loro libertà di circolazione e di soggiorno nel territorio degli Stati membri, garantita dall'art. 21, paragrafo 1 (*ex art. 18, paragrafo 1, del TCE*), del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea (TFUE), come avvenuto nella specie. Al riguardo, deve sottolinearsi che la Corte costituzionale, proprio sulla base di un'articolata interpretazione dei su riportati artt. 6, paragrafo 1, comma 2, del TUE e dell'art. 51 della Carta – nonché del costante orientamento seguito dalla Corte di giustizia dell'Unione Europea sia anteriore che successivo all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona (cfr., *ex plurimis*, la sentenza 29 maggio 1997, nella causa C-299/95, *Kremzow*; l'ordinanza 6 ottobre 2005, nella causa C-328/04, *Attila Vajnai*; la sentenza 5 ottobre 2010, nella causa C-400/10, *Me B, L. E.*, nonché la più recente sentenza 15 novembre 2011, nella causa C-256/11, *Dereci*) – ha affermato il seguente principio: "Presupposto di applicabilità della Carta di Nizza è ... che la fattispecie sottoposta all'esame del giudice sia disciplinata dal diritto europeo – in quanto inerente ad atti dell'Unione, ad atti e comportamenti nazionali che danno attuazione al diritto dell'Unione, ovvero alle giustificazioni addotte da uno Stato membro per una misura nazionale altrimenti incompatibile con il diritto dell'Unione – e non già da sole norme nazionali prive di ogni legame con tale diritto"; con la conseguenza che tale principio esclude "che la Carta costituisca uno strumento di tutela dei diritti fondamentali oltre le competenze dell'Unione Europea" (n. 5.5. *cons. in dir.*; per un'applicazione esplicita di tale principio, cfr. la sentenza di questa Corte n. 22751 del 2010). Alla luce di tali consolidati principi, è del tutto evidente, perciò, che la su specificata fattispecie, oggetto del presente giudizio, risulta del tutto estranea alle materie attribuite alla competenza dell'Unione Europea, ed inoltre priva di qualsiasi legame, anche indiretto, con il diritto dell'Unione. Decisivo al riguardo è il rilievo che lo stesso art. 9 della Carta, nel riconoscere il "diritto di sposarsi e il diritto di costituire una famiglia", riserva tuttavia ai singoli Stati membri dell'Unione il compito di garantirli nei rispettivi ordinamenti "secondo le leggi nazionali che ne disciplinano l'esercizio", in tal modo esplicitamente chiarendo che la disciplina generale concernente la garanzia di tali diritti è "materia" attribuita alla competenza di ciascuno degli stessi Stati membri. Deve in ogni caso aggiungersi che, secondo la Corte di giustizia dell'Unione Europea, "Il diritto alla libera circolazione comprende sia il diritto per i cittadini dell'Unione Europea di entrare in uno Stato membro diverso da quello di cui sono originari, sia il diritto di lasciare quest'ultimo" (cfr. la sentenza 17 novembre 2011, nella causa C-434/10, *Aladzhev*), sicché appare chiaro che l'impedimento denunciato dai ricorrenti è di mero fatto, non implicando alcuna lesione della loro libertà di circolazione e di soggiorno (gli stessi ricorrenti hanno contratto matrimonio nel Regno dei Paesi Bassi e si sono poi stabiliti in Italia nel Comune di Latina) e dipendendo inoltre, si ribadisce, dalla attribuzione a ciascuno Stato membro dell'Unione della libera scelta di garantire o no il diritto al matrimonio omosessuale."

Un secondo filone, numericamente non molto consistente, si è occupato specificamente della Carta di Nizza e del suo valore, mostrando di non ritenere decisiva la circostanza che la fattispecie in esame rientrasse nell'ambito dell'ombrello UE ed invece mostrando aperto favore verso una sua piena recezione nell'ordinamento positivo, vuoi in funzione rafforzativa di altri valori fondamentali già esistenti, vuoi (anche se in rarissimi casi) come parametro precettivo capace di determinare, attraverso l'interpretazione conforme alla Carta, un risultato favorevole ad una delle parti altrimenti non ritenuto possibile.

In quest'ambito occupano un ruolo non marginale, almeno se riguardate in una prospettiva sistemica, due pronunzie della Corte, ormai non più recentissime, catalogabili nell'ambito del 'macro sistema' del danno non patrimoniale.

Cass. n. 5770/2010 e Cass. n. 2352/2010³ hanno cominciato ad evocare il diritto alla dignità umana tutelato dall'art.1 della Carta di Nizza-Strasburgo all'interno di procedimenti relativi ad azioni di risarcimento del danno non patrimoniale, nel primo caso ricomprendendo tale "super valore" attraverso la 'valvola' rappresentata dall'art. 2 Cost. e nel secondo addirittura imponendo al giudice del rinvio l'obbligo di ispirarsi «anche ai principi di cui all'art.1 della Carta che regola il valore della dignità umana (che include anche la dignità professionale) ed allo art. 15 che regola la libertà professionale come diritto inviolabile sotto il valore categoriale della libertà». Anzi, in questo caso, il giudice di legittimità ha ritenuto di dovere affermare la portata "retroattiva" della Carta di Nizza-Strasburgo, fino al punto di riconoscere che «la filonomachia della Corte di Cassazione include anche il processo interpretativo di conformazione dei diritti nazionali e costituzionali ai principi non collidenti ma promozionali del Trattato di Lisbona e della Carta di Nizza che esso pone a fondamento del diritto comune europeo»⁴.

In modo ancora più incisivo, Cass. n. 2847/2010, dopo avere riconosciuto l'esistenza del consenso informato come diritto della persona avente copertura costituzionale ha ricondotto siffatta prerogativa, non solo a parametri costituzionali, ma anche gli artt. 1 e 5 della Carta di Nizza-Strasburgo, ai quali viene attribuita capacità rafforzativa dei primi. A tale strumento, si dice esplicitamente, che occorre riferirsi "*... in relazione al caso in esame, non strettamente collegat[o] alla competenza tipica del diritto comunitario, come delimitato dai Trattati dell'Unione, ma come sfondo assiologico non solo di quelli, ma di tutti i diritti-doveri disciplinati e previsti negli ordinamenti degli Stati membri. Ne consegue che l'interprete è chiamato ad un suo preciso obbligo nello svolgimento della sua attività ermeneutica, ovvero di non poter più ignorare la soglia della tutela espansiva del principio supremo, contenuto nella Costituzione, della dignità umana, qualunque sia l'oggetto sottoposto al suo esame*" (corsivo aggiunto). Continuano, ancora, i giudici di legittimità ritenendo che "... nelle norme suindicate della Carta di Nizza, e precisamente sotto il titolo "dignità", si proclamano la inviolabilità della dignità umana, il diritto alla integrità fisica e psichica con alcune specificazioni relative alle applicazioni della medicina e della biologia...". Sulla base di tali presupposti il giudice di legittimità è giunto a ritenere l'illegittimità della decisione di appello che aveva escluso l'azione risarcitoria limitandosi a verificare la correttezza dell'intervento, senza indagare sull'omessa richiesta di consenso all'operazione.

Anche di recente non sono mancati i richiami diretti alla Carta di Nizza-Strasburgo ed alla tutela della dignità che in essa campeggia all'art.1 per 'giustificare' la necessità del principio di personalizzazione del danno non patrimoniale, marginalizzando l'utilizzo delle tabelle di liquidazione.

In particolare, Cass.n.26590/2014 ha ritenuto che "...soprattutto in tema di quantificazione dei danni non patrimoniali si possa evidenziare la necessità di una drastica riduzione dell'applicazione delle poste liquidatorie indicate nelle tabelle normative (di cui al D. Lgs. n. 38 del 2000, art. 13 e al

³ La fattispecie esaminata dal giudice di legittimità riguardava un caso di danno da demansionamento.

⁴ Su tale punto occorrerà tornare in seguito perché la Corte di giustizia è ferma nell'escludere la vincolatività giuridica della Carta per fatti anteriori alla sua piena entrata in vigore – 1.12.2009 – cfr. Corte giust., *Sabou*, causa C-276/12, 25 e Corte giust. 3 luglio 2014, C-129/13 e C-130/13, *Kamino International*, 29 –.

D. Lgs. n. 209 del 2005 e successive modifiche, artt. 138 e 139) o in quelle di diversa natura, come le tabelle del Tribunale di Milano, la cui applicabilità in giudizio ha trovato riconoscimento anche a livello di giurisprudenza di legittimità”. Si è così riconosciuto che “... *Le suddette considerazioni hanno indotto - specialmente in settori come quello giuslavoristico in cui non di rado si assiste alla lesione di diritti primari dei lavoratori aventi copertura costituzionale - ad auspicare un progressivo allargamento dell’area della risarcibilità dei danni non patrimoniali, quali quelli morali, ed alla formulazione di un catalogo di diritti inviolabili al fine di garantire una piena tutela della integrità sia fisica che morale della persona, che quale espressione primaria della dignità umana, viene tutelata dall’art. 2 Cost. e dall’art. 1 della Carta di Nizza (che antepone la dignità finanche alla vita) ed ora dal Trattato di Lisbona ratificato dall’Italia con la L. 2 agosto 2007, n. 290)*”⁵. Un ulteriore riferimento specifico alla dignità umana protetta dalla Carta UE si rinviene, ancora, in Cass. n. 23707/2012⁶.

Anche Cass. n. 21919/2014, ricordando Cass. n. 9231/2013, ribadisce che in caso di fatto illecito plurioffensivo, ciascun danneggiato – in forza di quanto previsto dagli artt. 2, 29, 30 e 31 Cost., nonché degli artt. 8 e 12 della Convenzione Europea dei diritti dell’uomo e dell’art. 1 della c.d. “Carta di Nizza” – è titolare di un autonomo diritto all’integrale risarcimento del pregiudizio subito, comprensivo, pertanto, sia del danno morale (da identificare nella sofferenza interiore soggettiva patita sul piano strettamente emotivo, non solo nell’immediatezza dell’illecito, ma anche in modo duraturo, pur senza protrarsi per tutta la vita) che di quello “dinamico-relazionale” (consistente nel peggioramento delle condizioni e abitudini, interne ed esterne, di vita quotidiana); ne consegue che, in caso di perdita definitiva del rapporto matrimoniale e parentale, ciascuno dei familiari superstiti ha diritto ad una liquidazione comprensiva di tutto il danno non patrimoniale subito, in proporzione alla durata e intensità del vissuto, nonché alla composizione del restante nucleo familiare in grado di prestare assistenza morale e materiale, avuto riguardo all’età della vittima e a quella dei familiari danneggiati, alla personalità individuale di costoro, alla loro capacità di reazione e sopportazione del trauma e ad ogni altra circostanza del caso concreto, da allegare e provare (anche presuntivamente, secondo nozioni di comune esperienza) da parte di chi agisce in giudizio, spettando alla controparte la prova contraria di situazioni che compromettono l’unità, la continuità e l’intensità del rapporto familiare.

Sempre con riguardo agli aspetti del danno alla persona Cass.n.19963/2013, dopo avere rappresentato le ragioni che deponevano per l’illegittimità della disciplina interna che negava l’indennizzo in favore del danneggiato in presenza di una clausola che ammetteva l’indennizzo solo in caso di guida del soggetto indicato in polizza – c.d. clausola di guida esclusiva – aggiungeva che

⁵ V. anche Cass. n. 1361/2014: La qualificazione del danno morale in termini di dignità o integrità morale, quale massima espressione della dignità umana, desumibile dall’art. 2 Cost. in relazione all’art. 1 della Carta di Nizza, contenuta nel Trattato di Lisbona (ratificato dall’Italia con L. 2 agosto 2008, n. 190), risulta peraltro già da tempo recepita (anche) dalla giurisprudenza di legittimità (v. Cass., 12/12/2008, n. 29191; Cass., 11/6/2009, n. 13530; Cass., 10/3/2010, n. 5770), che nel segnalare l’ontologica autonomia, in ragione della diversità del bene protetto, attinente alla sfera della dignità morale della persona, ha sottolineato la conseguente necessità di tenersene autonomamente conto, rispetto agli altri aspetti in cui si sostanzia la categoria del danno non patrimoniale, sul piano liquidatorio.

⁶ Cass. n. 23707/2012:”... È la dignità umana il valore fondamentale a base dei dettami riferiti e su di essa converge il coacervo delle fonti giuridiche interne e sovranazionali, rappresentate dagli artt. 2, 3 e 35 della Carta di Nizza dei diritti fondamentali dell’Unione Europea, vincolante dopo l’entrata in vigore del Trattato di Lisbona, dai principi di cui agli artt. 5, 9 e 21 della Convenzione di Oviedo che impongono di tener conto, a proposito di un intervento medico, dei desideri del paziente non in grado di esprimere la sua volontà, dall’art. 38 del Codice Deontologico nella formulazione del 2006, che impone al medico di tener conto di quanto precedentemente manifestato dal paziente in modo certo e documentato, dalla Risoluzione del Parlamento Europeo del 18 dicembre 2008 che reca raccomandazioni alla Commissione sulla protezione giuridica degli adulti, dal documento del Comitato Nazionale per la Bioetica sulle c.c. D.A.P. del 18 dicembre 2003 che ammette “sia preferibile far prevalere le indicazioni espresse dal malato quando in possesso delle sue facoltà”, dagli arresti giurisprudenziali della Cassazione n. 21748/2007 sul caso di Eluana Englaro, della Corte Costituzionale n. 438 del 2008 in materia di consenso informato, della CEDU del 29 aprile 2002, Pretty contro R.U. ricorso n. 2346/2002”.

“... Un terzo aspetto questa Corte aggiunge alla dottrina, ed è un effetto conformativo del diritto nazionale assicurativo al diritto comune europeo espresso dalle direttive in tema di *vulnus* al diritto inviolabile della salute, posto che l’art. 32 Cost. italiana trova collocazione nella Carta di Nizza sui diritti fondamentali sotto il valore universale e irrinunciabile della dignità umana, art. 1 della Carta, che nella sua formulazione riproduce la scelta referenziale della giurisprudenza italiana. Le direttive europee dunque esprimono la superiore *ratio legis Europae* in tema di solidarietà nella materia particolare della circolazione di veicoli, aerei e natanti, prevedendo una solidarietà tra gli autori del danno e le assicurazioni”.

Il parametro della Carta di Nizza-Strasburgo, d’altra parte, era stato parimenti evocato per giustificare il riconoscimento del danno tanatologico – Cass.n.17320/2012 –⁷, ma tale tentativo si è infranto per effetto della posizione di chiusura di recente espressa dalle Sezioni Unite-sent.n.15350/2015 –.

Un altro campo interessato dal processo di innervamento della Carta di Nizza-Strasburgo nel sistema interno è quello della tutela dello straniero e del minore⁸.

A proposito della portata dell’art.31 d.lgs.n.286/2001 e dei gravi motivi che la disposizione richiama ai fini dell’autorizzazione temporanea all’ingresso e alla permanenza del familiare straniero del minore che si trova in territorio italiano, Cass. n. 823/2010 – e prima di essa Cass. n. 22080/2009 – ha fondato la soluzione positiva in favore del familiare proprio sulla Carta UE. Indirizzo che, però, è stato successivamente superato dalle S.U. civili con la sentenza n. 21799/2010 che ha condiviso l’indirizzo più rigoroso espresso da altre pronunzie della stessa Corte di legittimità, correlate alla natura eccezionale delle circostanze che sole potevano legittimare l’ingresso o la permanenza del familiare. Le stesse S.U., tuttavia, nel tentativo di bilanciare i contrapposti interessi – quello all’unità familiare e gli altri, connessi ai fenomeni migratori e a discipline importante alla salvaguardia di esigenze di ordine pubblico – non hanno mancato di riconoscere, all’interno del primo interesse a esaminare, il rilievo rappresentato dagli artt.7 e 24 della Carta di Nizza, dedicati rispettivamente al rispetto della vita privata e familiare ad intrattenere regolari relazioni familiari con i genitori, salvo che ciò non risulti contrario al loro superiore interesse. In questo caso, è stato rilevato in dottrina, il riferimento alla Carta ha avuto una rilevanza particolare nell’individuazione dell’interesse protetto del minore⁹.

Non meno significativo risulta il riferimento alla Carta di Nizza-Strasburgo operato da Cass. S.U. n. 13332/2010 in una vicenda nel quale le Sezioni Unite sono state chiamate ad occuparsi di un ricorso proposto nell’interesse della legge dal Procuratore generale presso la Corte di Cassazione originato da un decreto di adozione internazionale del tribunale per i minorenni di Catania – non reclamato – nel quale si era recepita la scelta degli adottanti di non accogliere minori di una particolare etnia. In tale circostanza, il richiamo all’art. 24 della Carta di Nizza-Strasburgo viene operato per confermare l’esistenza del valore “interesse superiore del minore”, al quale viene attribuito il ruolo di “... criterio

⁷ Cfr. sent. cit. nel testo: “... questa sezione, con sentenza del 24 marzo 2011 n. 6754 ha negato la esistenza del danno biologico nel caso di agonia non cosciente nel breve lasso di sopravvivenza, sostenendo la natura riparatoria o consolatoria del risarcimento, che deve essere percepita dalla vittima stessa; conforme la successiva Cass. 17 luglio 2012 n. 12336. La ricognizione giurisprudenziale sembra essere condivisa da ampia dottrina, mentre una dottrina minoritaria ribadisce, alla luce dei principi espressi dalla CEDU e dalla Carta di Nizza, la primazia del diritto alla vita, come diritto esistenziale, ben distinto dal diritto alla salute, che ne è una componente, e di maggiori dimensioni perché attiene alla vita, alla libertà, al pensiero, alla integrità morale e psichica della persona stessa, di guisa che la lesione in sè reca il pregiudizio irreparabile, e non vi è limite di soglia, nè dal punto di vista biologico, nè dal punto di vista ontologico”.

⁸ Proprio alla materia dei diritti del minore, del resto, si deve il primo richiamo esplicito alla Carta di Nizza-Strasburgo, come ricorda puntualmente L. TRUCCO, in *L’uso fatto della Carta dei diritti dell’Unione nella giurisprudenza costituzionale (2000-2015)*, in questo volume, allorché le Sezioni Unite – sent. n. 6759/2004 – richiamarono «la “Carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea”, approvata a Nizza il 7 dicembre 2000 dove, nell’art. 24, dedicato ai “diritti del bambino”, nel paragrafo 2, viene prescritto che “in tutti gli atti relativi ai bambini, siano essi compiuti da autorità pubbliche o da istituzioni private, l’interesse superiore del bambino deve essere considerato preminente”».

⁹ M. MAURO, *L’incidenza della Carta di Nizza nella giurisprudenza della Cassazione civile. Rassegna giurisprudenziale*, in *Persona e Mercato*, 335.

guida cui deve uniformarsi ogni percorso decisionale relativo ai minori, sia esso di competenza delle istituzioni pubbliche e private di assistenza sociale o dei giudici, delle autorità amministrative o degli organi legislativi”. Elementi dai quali le S.U. hanno desunto il carattere sovraordinato di tale interesse rispetto a tutti quelli astrattamente confliggenti con esso, ivi compresi quelli fondati sui desideri degli adottanti, considerati sempre recessivi rispetto al primo. E sono state sempre le S.U. a riconoscere che il rilievo al pigmento della pelle che gli adottanti in sede di procedura di adozione internazionale avevano valorizzato e che era stato recepito dall’ autorità giudiziaria contrastava con plurimi strumenti nazionali e sovranazionali, in essi compresa la Carta dei diritti UE, che all’ art. 21 vieta ogni forma di discriminazione fondata per quel che rilevava sulla razza, il colore della pelle o l’ origine etnica o sociale.

Un cenno merita Cass. n. 2352/2010, avendo fatto riferimento all’ art.15 della Carta dei diritti UE per stigmatizzare l’ errore compiuto dal giudice di appello nel non avere riconosciuto il danno da demansionamento ad un aiuto primario di reparto ospedaliero di chirurgia pediatrica che nell’ arco di un quinquennio era stato di fatto estromesso da ogni attività di proficua collaborazione. Si afferma, così, che il sanitario era stato leso nel suo diritto soggettivo, costituzionalmente protetto, nascente dall’ attività professionale altamente qualificata ed esercitata nel campo della cardiocirurgia pediatrica, tutelato dagli artt. 1 e 4 Cost., art. 35 Cost. c. 1 “... secondo le teoria organicistiche e laburistiche anche europee (cfr.art.15 c.1 della Carta di Nizza) ...”.

È stato poi il tema della disabilità ad originare ulteriori riferimenti alla Carta di Nizza-Strasburgo nella decisioni della Corte di Cassazione.

Cass. n. 24723/2014, nell’ affrontare il contenzioso fra docente disabile e datore di lavoro concernente il diritto all’ assunzione con riserva ancorché il lavoratore avesse medio tempore fruito di un contratto precario e non versasse dunque in stato di disoccupazione, ha riconosciuto le ragioni della docente, ritenendo che il diritto all’ assunzione del disabile trovava riconoscimento, anche, nell’ art. 26 della Carta, secondo il quale l’ Unione riconosce e rispetta il diritto dei disabili di beneficiare di misure intese a garantirne l’ autonomia, l’ inserimento sociale e professionale e la partecipazione alla vita della comunità. “...Disposizione quest’ ultima che secondo la Corte costituzionale era dotata di “valore di ausilio interpretativo”. Si tratta di un indirizzo ormai risalente, trovandosi già espresso in Cass. nn. 17720/2011 e 17740/2011 che, interpretando la legge n.68/99 in tema di collocamento dei disabili nel mondo del lavoro e di riserva in loro favore realizzata mediante graduatorie, utilizza la Carta di Nizza per riconoscere alla disciplina interna non solo una valenza solidaristica, ma anche di precisa valorizzazione delle capacità lavorative del soggetto interessato, in modo da realizzare al meglio anche gli interessi dell’ impresa che lo accoglie. Ancora una volta la Corte, nel disattendere la questione di legittimità costituzionale proposta per contrasto con gli artt.3 e 97 Cost., ha richiamato testualmente il contenuto dell’ art. 26 della Carta di Nizza–Strasburgo, allo stesso riconoscendo valenza di ausilio interpretativo proprio perché espressivo di principi comuni agli ordinamenti europei.

Degna di rilievo è ancora Cass. n. 18378/2010 che ha riconosciuto il diritto di un parente di un disabile ad ottenere il rimborso delle somme versate ad una struttura pubblica per l’ assistenza socio sanitaria ad un proprio congiunto disabile successivamente ammesso alle provvidenze corrisposte dall’ amministrazione comunale. L’ assenza di un provvedimento autorizzatorio di ammissione del disabile relativo al periodo durante il quale il congiunto aveva pagato le somme dovute alla struttura non elideva il buon diritto dello stesso ad ottenere il rimborso di quanto versato, innestandosi tale dovere nella necessità di tutelare il principio della tutela della persona del disabile¹⁰.

¹⁰ Secondo la Cassazione il giudice di merito che aveva rigettato la richiesta aveva ommesso di considerare che la normativa, statale e regionale, andava inquadrata e interpretata alla luce degli artt. 2 e 32 Cost., che nel loro combinato disposto impongono al giudice, così come alla P.A. di interpretare le norme ordinarie secondo i criteri di solidarietà sociale e della protezione del diritto alla salute come diritto fondamentale. “...Vale a dire che queste norme costituzionali

Particolarmente rilevante è apparsa una recente pronuncia delle Sezioni Unite della Cassazione che, modificando il proprio indirizzo giurisprudenziale, ha riconosciuto la giurisdizione del giudice ordinario rispetto alla controversia relativa alla mancata attribuzione delle ore di sostegno determinate dal piano educativo individualizzato in favore del disabile.

Cass. S.U. n. 25011/2014 ha riconosciuto che il diritto all'istruzione del disabile costituisce un parametro fondamentale disciplinato in varie disposizioni della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea – artt.14, 20, 21 e 26 –. La Corte si è interrogata sulla competenza giurisdizionale riguardo la mancata attribuzione delle ore di sostegno all'alunno con disabilità grave, propendendo per la competenza del giudice ordinario allorché il monte ore previsto nel piano educativo individualizzato non viene rispettato in pieno da parte dell'Amministrazione scolastica.

Altre volte il riferimento alla Carta di Nizza-Strasburgo compare all'interno di una motivazione già solida e articolata del giudice di legittimità, nel quale il parametro della Carta sembra evocato a conferma della rilevanza degli interessi che la soluzione offerta al caso di specie ha inteso tutelare.

È questo il caso affrontato da Cass. n. 2945/2011 che, nel confermare la nullità del contratto atipico di vitalizio avente ad oggetto la cessione della nuda proprietà di un immobile in cambio della prestazione di assistenza 'vita natural durante' in favore di persona con speranza di vita inesistente all'atto della conclusione dell'atto negoziale, ha evocato l'art.25 della Carta anzidetta e i diritti degli anziani ivi protetti con norma "precettiva e non solo programmatica e orientativa per i giudici nazionali quando, come nel caso di specie, considerano i contratti con garanzia di protezione per gli anziani".

Una spazio rilevante è stato offerto anche all'art. 34 c. 3 della Carta di Nizza-Strasburgo che, sotto la rubrica "sicurezza sociale e assistenza sociale", prevede che "... al fine di lottare contro l'esclusione sociale e la povertà, l'Unione riconosce e rispetta il diritto all'assistenza sociale e all'assistenza abitativa volte a garantire un'esistenza dignitosa a tutti coloro che non dispongono di risorse sufficienti". Cass. n. 6548/2011 attribuisce a tale disposizione l'idoneità a giustificare il rilievo imperioso di una causa di impignorabilità della pensione, ritenendo che l'intervento giudiziale attua la protezione di un interesse superiore di natura pubblica direttamente collegato al criterio della solidarietà sociale già salvaguardato dall'art. 38 Cost.

L'ambito lavoristico si dimostra particolarmente aperto alla osmosi fra sistema di protezione interno e Carta di Nizza¹¹.

non possono non investire anche l'approccio interpretativo delle norme ordinarie, altrimenti esse avrebbero solo una caratura "programmatica" che è ormai respinta sia dalla giurisprudenza che dalla dottrina. In altre parole, il diritto all'assistenza socio sanitaria del disabile, è un diritto assoluto ed inviolabile che non può trovare impedimento o disgregarsi nell'attesa della conclusione del relativo procedimento di accertamento e di valutazione da parte dell'ente competente, in specie quando esso necessita di immediati sostegni o terapie. 5. Ciò detto, se è pienamente da condividere l'argomentare del giudice dell'appello che tale diritto, anche nei suoi risvolti economici, non è soggetto ad automatismo, ma necessita di un provvedimento amministrativo che solo stabilisca la legittimità della richiesta dell'interessato, è altresì, incontestabile che l'impegno e le conseguenti obbligazioni *ex lege* a carico dell'ente competente sono fondate e traggono il loro *ubi consistam* dal dovere di solidarietà sociale da realizzare in concreto e non in astratto... Tale impostazione si ricava anche dalla Carta di Nizza del 7 dicembre 2000 richiamata, *ratione temporis*, dal Trattato di Lisbona e che attualmente ha pieno valore giuridico essendo il Trattato in oggetto entrato pienamente in vigore dal 1 dicembre 2009. Infatti, la Carta, sia al capo 3^a – rubricato Uguaglianza – con l'art. 26 riconosce e rispetta i diritti dei disabili di beneficiare di misure intese a garantire l'autonomia, l'inserimento sociale e la partecipazione alla vita della comunità sia al capo 4^a – rubricato Solidarietà – tratta della protezione della salute, per la quale si afferma che nella definizione e nell'attuazione di tutte le politiche ed attività dell'Unione è garantito un alto livello di protezione della salute umana. Il che conferma, se ci fosse bisogno, che ormai la solidarietà è un principio immanente, anche a livello europeo, nella interpretazione della normativa di specie...".

¹¹ V. di recente, Cass. n. 26514/13; Cass. n. 26205/13. Su tutti, in dottrina, G. BRONZINI, *Rapporto di lavoro, diritti sociali e Carte europee dei diritti. Regole di ingaggio, livello di protezione, rapporti tra le due Carte, Rapporto di lavoro, diritti sociali e Carte europee dei diritti*, in *Centre for the Study of European Labour Law "Massimo D'Antona"*, in <http://csdle.lex.unict.it/workingpapers.aspx> (21.04.2015).

In diverse occasioni si è sottolineato, a proposito della tutela contro il licenziamento ingiustificato, come tale diritto sociale fondamentale sia riconosciuto dall'art. 30 della Carta di Nizza, "... certamente non direttamente applicabile alla fattispecie ex art. 51 della stessa Carta (non investendo la presente controversia una questione di diritto dell'Unione), ma che può certamente operare come fonte di libera interpretazione anche del dato normativo nazionale, stante il suo "carattere espressivo di principi comuni agli ordinamenti europei" (Corte cost. n. 135/2002) e, quindi, in linea generale, operanti anche nei sistemi nazionali". Ciò determina, peraltro, prosegue la Corte, la necessità di collegare il ricordato art. 30 con l'art. 47 della stessa Carta che stabilisce il principio del "diritto ad un ricorso effettivo" cioè ad una tutela giurisdizionale piena ed efficace che verrebbe frustrata dall'apposizione (sull'art. 30 della Carta, cfr. Cass. n. 15519/2012).

Non è nemmeno mancato il richiamo concentrico alle Carte dei diritti – e fra queste a quella di Nizza-Strasburgo¹² – che compare anche in Cass. S.U. n. 16380/2014, allorchè il giudice di legittimità è stato chiamato ad individuare il concetto di "convivenza"¹³.

¹² Cass. S.U. n. 22612/2014: il Collegio riafferma che il diritto al ricongiungimento familiare è diritto fondamentale della persona, come più volte affermato dalla Corte EDU (art. 8, 1, della CEDU, secondo cui "Ogni persona ha diritto al rispetto della sua vita privata e familiare" e art. 7 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, secondo cui "Ogni persona ha diritto al rispetto della propria vita privata e familiare", cosiddetta "Carta di Nizza" che, com'è noto, "ha lo stesso valore giuridico dei trattati": art. 6, 1, TUE), dalla Corte costituzionale e da questa stessa Corte; che, infatti, la Corte costituzionale ha già da tempo affermato che "la garanzia della convivenza del nucleo familiare si radica nelle norme costituzionali che assicurano protezione alla famiglia e in particolare, nell'ambito di questa, ai figli minori", e che "il diritto e il dovere di mantenere, istruire ed educare i figli, e perciò di tenerli con sè, e il diritto dei genitori e dei figli minori ad una vita comune nel segno dell'unità della famiglia, sono ... diritti fondamentali della persona" (cfr. le sentenze n. 28 del 1995, n. 4. *cons. in dir.*, n. 203 del 1997, n. 4. *cons. in dir.*, n. 376 del 2000, n. 6. *cons. in dir.*), e più recentemente – ma nella medesima prospettiva – ha dichiarato l'illegittimità costituzionale di norme che arrecano "un irragionevole pregiudizio ai rapporti familiari, che dovrebbero ricevere una protezione privilegiata ai sensi degli artt. 29, 30 e 31 Cost. e che la Repubblica è vincolata a sostenere, anche con specifiche agevolazioni e provvidenze, in base alle suddette previsioni costituzionali" (così, la sentenza n. 202 del 2013, n. 4.4. *cons. in dir.*), concludendo che "Una simile attenzione alla situazione concreta dello straniero e dei suoi congiunti, garantita dall'art. 8 della CEDU, come applicato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, esprime un livello di tutela dei rapporti familiari equivalente ... alla protezione accordata alla famiglia nel nostro ordinamento costituzionale" (n. 5 *cons. in dir.*).

¹³ Cfr. Cass. S.U. n. 16380/2014: "... ritenendosi indispensabile fare riferimento innanzitutto alla Costituzione, ed anche alle carte europee dei diritti... La Corte costituzionale ha già da tempo affermato che la garanzia della "convivenza del nucleo familiare" si radica "nelle norme costituzionali che assicurano protezione alla famiglia e in particolare, nell'ambito di questa, ai figli minori", e che "il diritto e il dovere di mantenere, istruire ed educare i figli, e perciò di tenerli con sè, e il diritto dei genitori e dei figli minori ad una vita comune nel segno dell'unità della famiglia, sono ... diritti fondamentali della persona ... E più recentemente – ma nella medesima prospettiva – il Giudice delle leggi ha dichiarato l'illegittimità costituzionale di norme che arrecano un irragionevole pregiudizio ai rapporti familiari, che dovrebbero ricevere una protezione privilegiata ai sensi degli artt. 29, 30 e 31 Cost. e che la Repubblica è vincolata a sostenere, anche con specifiche agevolazioni e provvidenze, in base alle suddette previsioni costituzionali (così, la sentenza n. 202 del 2013, n. 4.4. *cons. in dir.*). In questa stessa sentenza – con la quale è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale, per violazione degli artt. 2, 3, 29, 30 e 31, nonché dell'art. 117 Cost., comma 1, in relazione all'art. 8 della CEDU, del D. Lgs. 25 luglio 1998, n. 286, art. 5, comma 5 ..., nella parte in cui prevede che la valutazione discrezionale in esso stabilita si applichi solo allo straniero che "ha esercitato il diritto al ricongiungimento familiare" o al "familiare ricongiunto", e non anche allo straniero "che abbia legami familiari nel territorio dello Stato" –, la Corte ha istituito un raffronto ... tra la tutela garantita dalle su menzionate norme della Costituzione e quella garantita dall'art. 8, par. 1, della CEDU e dall'art. 7 Carta di Nizza-Strasburgo. In particolare, la Corte - nel rammentare che "...La Corte di Strasburgo ha.... sempre affermato (*ex plurimis* pronuncia 7 aprile 2009, *Cherif e altri c. Italia*) che, quando nel Paese dove lo straniero intende soggiornare vivono i membri stretti della sua famiglia, occorre bilanciare in modo proporzionato il diritto alla vita familiare del ricorrente e dei suoi congiunti con il bene giuridico della pubblica sicurezza e con l'esigenza di prevenire minacce all'ordine pubblico, ex art. 8, par. 1, della CEDU, e che la ragionevolezza e la proporzione del bilanciamento richiesto dall'art. 8 della CEDU implicano, secondo la Corte europea, ... la possibilità di valutare una serie di elementi desumibili dall'attenta osservazione in concreto di ciascun caso, quali, ad esempio, ... la situazione familiare del ricorrente, e segnatamente, all'occorrenza, la durata del suo matrimonio ed altri fattori che testimonino l'effettività di una vita familiare in seno alla coppia - ha affermato che "...Una simile attenzione alla situazione concreta dello straniero e dei suoi congiunti, garantita dall'art. 8 della CEDU, come applicato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, esprime

Altra volta le S.U. della Cassazione si sono occupate della Carta di Nizza-Strasburgo in quanto evocata da un soggetto che assumeva di avere diritto ad una provvidenza – denominata reddito di cittadinanza – riconosciuta a livello regionale e successivamente limitata ai soggetti inseriti in una graduatoria appositamente definita a livello amministrativo. Cass. S.U. n. 12645/2014 – *idem*, sent. n. 12180/2015 - ha così ritenuto insindacabile la scelta della Regione Campania di adottare una soluzione che, chiarendo la portata del precedente e controverso quadro normativo, ha ritenuto di prescegliere quella ritenuta più idonea a conferire effettività e consistenza economica all'erogazione in questione, confermando la funzione di quella “graduatoria” (non mero elenco) d'ambito, indicata nell'art. 5, comma 3 del regolamento di attuazione n. 1 del 2004, che altrimenti non avrebbe avuto alcun senso¹⁴.

un livello di tutela dei rapporti familiari equivalente, per quanto rileva nel caso in esame, alla protezione accordata alla famiglia nel nostro ordinamento costituzionale (n. 5 *cons. in dir.*). Sotto altri profili e in fattispecie diverse, la stessa Corte costituzionale ha comunque osservato che ... l'istituto del matrimonio civile, come previsto nel vigente ordinamento italiano, si riferisce soltanto all'unione stabile tra un uomo e una donna ..., e che peraltro nella nozione di formazione sociale, di cui all'art. 2 Cost., è da annoverare anche l'unione omosessuale, intesa come stabile convivenza tra due persone dello stesso sesso (sentenza n. 138 del 2010, nn. 6. e 8 *cons. in dir.*; si veda anche la recente sentenza n. 170 del 2014, nn. 5.5 e 5.6 *cons. in dir.*). A sua volta, la Corte EDU ha, innanzitutto, affermato più volte che: a) se l'art. 8 ha essenzialmente per oggetto la tutela dell'individuo dalle ingerenze arbitrarie dei poteri pubblici, esso non si limita ad ordinare allo Stato di astenersi da tali ingerenze: a tale obbligo negativo possono aggiungersi obblighi positivi attinenti ad un effettivo rispetto della vita privata o familiare i quali possono implicare l'adozione di misure finalizzate al rispetto della vita familiare, incluse le relazioni reciproche fra individui, e la predisposizione di strumenti giuridici adeguati e sufficienti ad assicurare i legittimi diritti degli interessati, nonché il rispetto delle decisioni giudiziarie ovvero di misure specifiche appropriate (cfr., *ex plurimis*, la sentenza, Seconda Sezione, 29 gennaio 2013, *Lombardo c. Italia*, n. 80, e la sentenza della Grande Camera 3 novembre 2011, *S. H. ed altri c. Austria*, n. 87); b) la nozione di famiglia in base a questa disposizione l'art. 8 non è limitata alle relazioni basate sul matrimonio e può comprendere altri legami “familiari” di fatto, se le parti convivono fuori dal vincolo del matrimonio ... con una stabile relazione di fatto idonea ad instaurare una relazione durevole fra i conviventi (cfr., *ex plurimis*, la sentenza della Grande Camera 24 giugno 2010, *Schalk e Kopf c. Austria*, 91 e segg.); c) la questione dell'esistenza o dell'assenza di una “vita familiare” è anzitutto una questione di fatto, che dipende dall'esistenza di legami personali stretti (cfr., *ex plurimis*, la sentenza 27 aprile 2010 *Moretti e Benedetti c. Italia*, n. 44). Quanto, in particolare, alla coppia sposata, ... l'espressione “vie familiare” implique normalmente la cohabitation. L'article 12 della CEDU, che garantisce il diritto di sposarsi e di fondare una famiglia, “le confirme car le droit de fonder une famille ne se conçoit guère sans celui de vivre ensemble (Grande Camera, sentenza 28 maggio 1985, *Abdulaziz, Cabales et Balkandali c. Regno Unito*, n. 62), anche se – come già sottolineato – non vi è solo un modo o una scelta per condurre la propria vita familiare o privata garantite dall'art. 8, par. 1, della CEDU (cfr. la già citata sentenza della Grande Camera 7 novembre 2013, *Vallianatos ed altri contro Grecia*, n. 84). Infine, occorre sottolineare che, secondo il suo consolidato orientamento, la Corte di giustizia dell'Unione europea afferma che l'art. 7 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea ..., relativo al diritto al rispetto alla vita privata e familiare, contiene diritti corrispondenti a quelli garantiti dall'art. 8, n. 1, della CEDU e che pertanto occorre attribuire all'art. 7 della Carta lo stesso significato e la stessa portata attribuiti all'art. 8, n. 1, della CEDU, nell'interpretazione datane dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo (così, *ex plurimis* e fra le ultime, la sentenza della Grande Sezione 15 novembre 2011, causa C- 256/11). Dall'analisi della richiamata giurisprudenza emerge, quindi, che la Corte EDU individua come vita familiare, garantita dall'art. 8, par. 1, della CEDU, quella connotata - nell'ambito del, o fuori dal, matrimonio - da una coabitazione o da una convivenza (nozioni che, in tale giurisprudenza, che peraltro utilizza in prevalenza la seconda espressione, tendono sostanzialmente a coincidere) “stabili” e comunque “non transitorie”, o da rapporti affettivi “significativi e duraturi” (i menzionati legami personali stretti o legami familiari), o ancora dalla presenza di figli concepiti secondo un “progetto procreativo comune”. Resta così confermato, anche alla luce delle significative convergenze della giurisprudenza costituzionale, della Corte EDU e della Corte di giustizia UE, che la “convivenza” – e, dunque, non la sola e mera “coabitazione” – dei coniugi o “come coniugi” – cioè, la consuetudine di vita comune, il vivere insieme – stabilmente e con continuità nel corso del tempo o per un tempo significativo tale da costituire legami familiari, nei sensi dianzi specificati – integra un aspetto essenziale e costitutivo del matrimonio-rapporto, caratterizzandosi al pari di questo, secondo il paradigma dell'art. 2 Cost., come manifestazione di una pluralità di diritti inviolabili, di doveri inderogabili, di responsabilità anche genitoriali in presenza di figli, di “aspettative legittime” e di “legittimi affidamenti” degli stessi coniugi e dei figli, sia come singoli sia nelle reciproche relazioni familiari ...”.

¹⁴ Secondo le S.U. non si potevano ravvisare “... profili di illegittimità costituzionale, in relazione all'obbligo *ex art.* 117 Cost., comma 1, di osservanza delle norme sovranazionali, con riferimento sia all'art. 6, par. 1, della CEDU, sia alla

In altra occasione la Cassazione, chiamata a verificare la fondatezza del c.d. foro esclusivo del consumatore, si è limitata ad un richiamo generale alla Carta dei diritti UE e alla disposizione che, al suo interno, riconosce la protezione del consumatore¹⁵.

Altre volte il richiamo alla Carta di Nizza è stato davvero “telegrafico”. Cass. n. 21589/2013, definendo un regolamento di giurisdizione concernente una controversia promossa da un soggetto che aveva acquistato da un istituto bancario bond argentini, ha riconosciuto che “... La prevalenza della specifica disciplina in tema di deroga alla giurisdizione, così come sancita dall’art. 17 del citato Regolamento – che ammette la legittimità della deroga *de qua* solo se pattuita posteriormente alle regole di competenza stabilite dal precedente art. 16, nel cui ambito è la competenza del domicilio dell’attore/consumatore – impone, pertanto, la declaratoria di giurisdizione del giudice italiano. Tanto è a dirsi, inoltre, anche alla luce delle disposizioni della Carta di Nizza (trasfusa nel Trattato di Lisbona, entrato in vigore in Italia il primo dicembre 2009), il cui art. 38, in particolare, dispone e garantisce “un alto livello di protezione dei consumatori”.

normativa comunitaria, segnatamente all’art. 34, comma 3, della c.d. “Carta di Nizza” (che a seguito del Trattato di Lisbona è stata recepita nel tessuto normativo fondativo dell’Unione Europea), secondo cui “alfine di lottare contro l’esclusione sociale e la povertà, l’unione riconosce e rispetta il diritto all’assistenza sociale ... a tutti coloro che non dispongono di risorse sufficienti secondo le modalità stabilite dal diritto comunitario e le legislazioni e prassi nazionali”. Sotto quest’ultimo profilo, è agevole osservare come la norma lasciando un largo margine discrezionale agli stati aderenti, non preveda direttamente quali siano i criteri per l’individuazione dei soggetti destinatari degli interventi in questione. Da tanto consegue che una disposizione come quella in esame, che dopo l’istituzione del beneficio non lo ha del tutto abolito (come invece avvenuto con la L.R. n. 16 del 2010, art. 19, comma 2) provvedendo soltanto a chiarirne la portata applicativa, per il periodo in cui era stato in vigore, peraltro “in via sperimentale”, non contrasta con il principio ispiratore di tale adozione, mirando soltanto a conferire, nell’esercizio dei sopra evidenziati ampi spazi discrezionali conferiti dalla norma sovranazionale, chiarezza ed effettività (con l’attribuzione di una somma mensile di una certa consistenza) alla provvidenza economica, nel senso di adottare un criterio di maggiore aderenza agli intenti perseguiti, consistenti nell’individuare, nell’ambito delle varie comunità locali e sulla scorta di quelle “graduatorie” previste dall’art. 5, comma 4 del regolamento attuativo, i nuclei familiari più bisognosi tra quelli in possesso dei requisiti di accesso al beneficio, così utilizzando fino all’esaurimento i relativi (e necessariamente limitati) stanziamenti destinati ai rispettivi ambiti territoriali, anziché provvedere ad una ripartizione eccessivamente parcellizzante delle relative risorse finanziarie, tale da degradare le erogazioni a livelli di mera beneficenza.”

¹⁵ In tale prospettiva si è ritenuto che “... i diritti del consumatore – i quali, pur non essendo direttamente previsti dalla Costituzione repubblicana, sono tuttavia al centro di numerose norme dell’Unione europea, a partire dal Trattato di Roma del 25 marzo 1957, che individua nella protezione del consumatore uno degli obiettivi primari dell’Unione (artt. 4, 12, 114 e 169), fino alla Carta di Nizza che all’art. 38 ne ribadisce la rilevanza – hanno trovato tutela, nel nostro ordinamento, in una serie di leggi che, a partire dagli anni 80, si sono succedute in ordine sparso ...”. Secondo la Corte “... siffatte esigenze di tutela (non a caso costantemente valorizzate nella giurisprudenza del Giudice delle leggi: cfr. Corte cost. sentt. n. 180 del 2009, n. 372 del 2008 e ord. n. 428 del 2000), non potevano non avere una sponda anche sul terreno processuale, attraverso la previsione di un foro comodo per l’utente, essendo di intuitiva evidenza che l’obbligo di sostenere il giudizio in una località diversa da quella di residenza o di domicilio, limiterebbe fortemente il diritto del consumatore di agire in giudizio, in special modo quando, come il più delle volte accade, a fronte degli alti costi, economici e non, implicati da un processo che si svolga a notevole distanza da quei luoghi, la controversia sia di esiguo valore monetario. Peraltro, proprio la stretta connessione funzionale della agevole accessibilità del giudice competente a conoscere di questo genere di cause alla effettività della protezione riconosciuta dall’ordinamento, marca la necessità di connotare quel foro come foro esclusivo e tendenzialmente preminente, posto che, in caso contrario, esso sarebbe destinato a essere agevolmente spazzato via attraverso la previsione, non importa se contrattuale o legale, di un foro vantaggioso per la controparte professionale. 6. In tale contesto, si colgono allora le ragioni dell’affermazione di questa Corte allorché, ragionando con riferimento alla disposizione contenuta nell’art. 1469-*bis* cod. civ., n. 19 disse che, se è vessatoria la clausola che stabilisce il foro competente in una località diversa da quella della sede del consumatore, “si deve dire che il foro competente non può essere stabilito in nessun altro luogo che sia diverso da quello in cui il consumatore ha sede”, con l’ulteriore corollario di considerare *tout court* derogate le norme sulla competenza stabilite dal codice di procedura civile; inoperante, *in parte qua*, la generica previsione di salvezza delle clausole che riproducono norme di legge, dettata nell’art. 1469 ter cod. civ., comma 3 e conseguentemente vessatoria anche la clausola che stabilisca come foro competente, se il consumatore non vi ha sede, uno di quelli che avrebbero potuto risultare individuati in base al funzionamento dei vari criteri di collegamento stabiliti dal codice di procedura civile (cfr. Cass. civ. sez. un. 1 ottobre 2003, n. 14669)”.

Cass. n. 11822/2012 ha preso in esame l'art. 47 della Carta di Nizza-Strasburgo, scrutinando un ricorso nel quale si poneva in discussione la legittimità della normativa interna in tema di astensione e ricusazione del giudice, implicitamente riconoscendo rilevanza a tale disposizione anche in un contesto estraneo alla diretta applicazione del diritto UE. Si è tuttavia escluso ogni contrasto tra siffatta disposizione e la disciplina interna nella parte in cui rimette alla parte processuale la possibilità di rimuovere il giudice che si assume parziale o non indipendente per essersi già occupato di controversia omogenea. Si è così ritenuto che “... *La legittimità costituzionale di questa disposizione, che assicura il giusto processo, sotto il profilo del carattere terzo e imparziale del giudice, attraverso gli istituti dell'astensione e della ricusazione, è stata già riconosciuta dalla Corte costituzionale. La ricorrente, ignorando questo tema, peraltro decisivo nel presente giudizio, non illustra le ragioni per le quali l'art. 47 della Carta di Nizza, laddove stabilisce che ogni individuo “ha diritto” a che la sua causa sia esaminata da un giudice indipendente e imparziale, precostituito per legge, vieterebbe di rimettere all'iniziativa dello stesso titolare del diritto lo strumento per farlo valere*”.

Si tratta di una decisione che precede Cass. n. 13603/2011, nella quale la Corte di Cassazione aveva escluso la violazione dell'art.47 della Carta di Nizza-Strasburgo evocata da una parte che si era vista decidere la lita in grado di appello da uno dei componenti del collegio che aveva già trattato altra controversia nella quale si era discusso dell'indennizzo assicurativo di altra polizza vita stipulata dal medesimo soggetto. In tale occasione la Corte ha ritenuto che le norme interne in tema di astensione e ricusazione “... non stridono con l'art. 6 CEDU né con l'art. 47 della Carta di Nizza-Strasburgo¹⁶, ma, in virtù dell'art. 111 Cost. c.1 hanno ricevuto un rafforzamento costituzionale, caratterizzato dalla ricezione materiale del diritto di difesa (art. 24 Cost.) nella sua espansione e rilevanza internazionale al punto che le rendono pienamente compatibili con la tutela a livello europeo del diritto fondamentale ad un processo equo”. Si coglie, semmai, in tale decisione, la preoccupazione che il parametro evocato dalla parte potesse essere neutralizzato in relazione alla natura non comunitaria della questione. Preoccupazione che nasce dall'esistenza di posizioni diverse in materia e che, tuttavia, non hanno impedito al giudice di legittimità di disattendere la richiesta di rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia in relazione alla natura chiara della questione, inerente gli aspetti processuali la regolazione dei quali è riservata all'ordinamento interno, fatto salvo il rispetto dei principi di effettività e di equivalenza.

5. Qualche breve notazione sull'uso che la Cassazione ha fatto della Carta di Nizza-Strasburgo

Il primo filone che si riscontra nella giurisprudenza della Cassazione qui sintetizzato sembra persuasivo.

Con questo si vuol dire che l'efficacia giuridica della Carta di Nizza-Strasburgo non può essere che quella che i Trattati e essa stessa si attribuisce. Il *corpus* dal quale proviene è quello e solo quello.

Ciò significa che gli Stati contraenti potrebbero, modificando i Trattati, certamente decidere di ampliare la portata della Carta anche alle situazioni puramente interne.

E vuol dire, altresì, che i singoli Stati potrebbero, nell'esercizio delle prerogative che competono ai singoli legislatori nazionali, operare un “rinvio diretto e incondizionato” alla Carta, prevedendo che la stessa si applichi alle situazioni puramente interne. Ciò in relazione alla riconosciuta possibilità che essi hanno di ampliare la portata del diritto UE anche a territori non toccati dal diritto UE e *purché* il rinvio ai principi dell'ordinamento dell'Unione – nel caso di specie la Carta dei diritti – sia effettivamente volto ad assicurare un trattamento identico alle situazioni interne e a quelle disciplinate dal diritto dell'Unione¹⁷.

De iure condito, però, i tentativi di accrescere la portata della Carta vanno presi e realizzati con le

¹⁶ V., ad es., Cass. n. 11564/2015.

¹⁷ Corte giust. 7 novembre 2013, causa C-313/12, *Romeo*, 31.

pinze.

Se sono vere tali premesse, la posizione espressa dalla Corte di Cassazione nel primo filone del quale si è più sopra detto a me pare assai persuasiva.

Si tratta di una posizione che costituisce la naturale prosecuzione di quell'indirizzo, pure patrocinato dai giudici di Lussemburgo, rivolto a "confinare" l'incidenza del diritto UE rispetto alla controversia posta al vaglio del giudice nazionale, escludendone la rilevanza al di fuori delle competenze riservate all'Unione europea¹⁸.

Ciò in piena sintonia con quanto previsto dalla Carta UE (art.51) e dal TUE¹⁹ – art. 5 par. 2, art. 6 par.1 –.

Posizione divenuta, nel tempo, univoca²⁰ nella giurisprudenza di Lussemburgo, evidenziandosi che la Carta anzidetta non trova applicazione quando il diritto UE non *entra in gioco*. Peraltro, la stessa Corte di Giustizia ha fornito una lettura della sentenza *Åklagaren Fransson* – che sembrava avere aperto scenari in parte nuovi²¹ – in piena linea di continuità con il proprio indirizzo²².

¹⁸ Corte giust., 13 giugno 1996, n. C-144/95, *Jean-Louis Maurin*; Corte giust., 29 maggio 1997, n. C-299/95 *Kremzow*; Corte giust., 24 giugno 2004, C-328/04 *Attila Vajnai*; Corte giust. 18 dicembre 1997, n. C-309/96, *Daniele Annibaldi c sindaco del Comune di Guidonia e Presidente Regione Lazio*. Solo a talune condizioni il carattere puramente interno della situazione in parola non osta a che la Corte risponda a una questione a lei sottoposta ai sensi dell'articolo 267 TFUE. Ciò può avvenire, in particolare, nell'ipotesi in cui il diritto nazionale imponga al giudice del rinvio di riconoscere a un cittadino dello Stato membro di cui fa parte tale giudice gli stessi diritti di cui il cittadino di un altro Stato membro, nella stessa situazione, beneficerebbe in forza del diritto dell'Unione (Corte giust. 5 dicembre 2000, *Guimont*, n.C-448/98, punto 23; Corte giust., 30 marzo 2006, *Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti*, n. C-451/03, punto 29, nonché Corte giust. 5 dicembre 2006, *Cipolla e a.*, C-94/04 e C-202/04, punto 30), o se la domanda di pronuncia pregiudiziale verte su disposizioni del diritto dell'Unione alle quali il diritto nazionale di uno Stato membro rinvia per determinare le norme da applicare ad una situazione puramente interna a tale Stato (Corte giust., 18 ottobre 1990, *Dzodzi*, C-297/88 e C-197/89, punto 36; Corte giust., 16 marzo 2006, *Poseidon Chartering*, C-3/04, punto 15, Corte giust., 7 novembre 2013, *Romeo*, C-313/12, punto 21; Corte giust. 20 marzo 2014, C-139/12, *Caixa d'Estalvis i Pensions de Barcelona*, 43).

¹⁹ Sul punto ci siamo già soffermati in R. CONTI, *Gerarchia fra Corte di Giustizia e Carta di Nizza-Strasburgo? Il giudice nazionale (doganiere e ariete) alla ricerca dei "confini" fra le Carte dei diritti dopo Corte Giust., Grande Sezione, 26 febbraio 2013, causa C – 617/10*, in www.diritticomparati.it, 6 marzo 2013.

²⁰ Corte giust. 17 marzo 2009, causa C-217/08, *Mariano*. Conf., Corte giust. 26 marzo 2009, C-535/08, *Pignataro*; Corte Giust., 3 ottobre 2008, C-287/08, *Crocefissa Savia*; Corte Giust., 23 settembre 2008, C-427/06, *Birgit Bartsch*; Corte Giust. 5 ottobre 2010, C-400/10 PPU, *J. McB*, 51; Corte Giust. 12 novembre 2010, C-339/10, *Asparuhov Estov e a.*, 12 e ss.; Corte Giust. 1° marzo 2011, C-457/09, *Chartry*, 25; Corte Giust. 15 novembre 2011, C-256/11, *Dereci e a.*, 71 ss. –.

²¹ R. CONTI, *Dalla Fransson alla Siragusa. Prove tecniche di definizione dei "confini" fra diritto UE e diritti nazionali dopo Corte giust. 6 marzo, causa C-206/13, Cruciano Siragusa*, in *Consulta OnLine*, 10 marzo 2014.

²² Corte giust., 28 novembre 2013, causa C-258/13, *Sociedade Agrícola e Imobiliária da Quinta de S. Paio Lda*, 18: "... A tale riguardo, occorre ricordare che l'ambito di applicazione della Carta, per quanto riguarda l'operato degli Stati membri, è definito all'articolo 51, paragrafo 1, della medesima, ai sensi del quale le disposizioni della Carta si applicano agli Stati membri esclusivamente nell'attuazione del diritto dell'Unione (sentenza del 26 febbraio 2013, *Åkerberg Fransson*, C-617/10, punto 17). Tale disposizione conferma pertanto la costante giurisprudenza secondo la quale i diritti fondamentali garantiti nell'ordinamento giuridico dell'Unione si applicano in tutte le situazioni disciplinate dal diritto dell'Unione, ma non al di fuori di esse (v., in questo senso, ordinanza del 14 dicembre 2011, *Boncea e a.*, C-483/11 e C-484/11, punto 29, nonché sentenza *Åkerberg Fransson*, cit., punto 19 e giurisprudenza ivi citata). Ove una situazione giuridica non rientri nella sfera d'applicazione del diritto dell'Unione, la Corte non è competente al riguardo e le disposizioni della Carta eventualmente richiamate non possono giustificare, di per sé, tale competenza (v., in tal senso, ordinanza del 12 luglio 2012, *Currà e a.*, C-466/11, punto 26 [a proposito del contenzioso che ha preso luogo dalla sentenza *Ferrini* della Corte di Cassazione in tema di azione risarcitoria dei superstiti ed eredi per crimini di guerra contro la Germania, appena conclusa dalla sentenza n. 238/2014 – depositata il 22 ottobre 2014 - dalla Corte costituzionale che ha accolto la questione di legittimità costituzionale sollevata dal Tribunale di Firenze (21 gennaio 2014 -n.d.r. -], nonché sentenza *Åkerberg Fransson*, cit., punto 22)". V. anche Corte giust., 8 maggio 2013, causa C-73/13, T., 11: "... L'articolo 51, paragrafo 1, della Carta stabilisce che le disposizioni della medesima si applicano «agli Stati membri esclusivamente nell'attuazione del diritto dell'Unione». Al punto 24 dell'ordinanza del 1° marzo 2011, *Chartry* (C-457/09), la Corte ha rilevato che tale limite non è stato modificato per effetto dell'entrata in vigore, il 1° dicembre 2009, del Trattato di Lisbona, momento a partire dal quale, ai sensi dell'articolo 6, paragrafo 1, TUE, la Carta ha lo stesso valore giuridico dei

Se dunque la Corte di Giustizia non può interloquire su questione puramente interna, ad eccezione delle ipotesi di rinvio diretto e incondizionato del diritto interno alla Carta stessa²³, ovvero di pericolo di discriminazioni alla rovescia²⁴, si comprende come l'affermazione diretta della Carta *extra moenia* finirebbe col realizzare effetti distorsivi all'interno dei Paesi membri dell'Unione. Si pensi, a questo proposito, all'affermazione circa la portata della Carta nel tempo che pure la nostra Cassazione ha mostrato di considerare in modo diametralmente opposto rispetto alla Corte di Giustizia nella sentenza *Kamino International*. E ciò, d'altra parte, determinerebbe una perdita di armonizzazione che invece il passaggio dai principi generali del diritto comunitario alla Carta scritta aveva inteso favorire, rimasto in parte senza esiti peraltro come ci ha detto Oreste Pollicino nel suo intervento assai intenso.

La prospettiva qui caldeggiata non pare poter subire significativi scostamenti se si guarda alla Carta come ad un trattato internazionale, sganciandola dall'U.E. Essa, contenendo al suo interno precisi indici normativi già ricordati questa mattina circa la portata e l'ambito della stessa e al suo articolo 52, non mi pare possa essere elisa.

Se si volesse ragionare diversamente rispetto a quanto qui sostenuto l'idea di ampliare l'ambito della Carta a territori "extra UE" dovrebbe indirizzare, per ragioni di coerenza, verso la conclusione che la norma interna contrastante con la Carta dei diritti – *recte* con uno dei diritti che trova immediata tutela al suo interno e non può classificarsi come mero "principio" – in una situazione puramente

Trattati. Tale articolo precisa, infatti, che le disposizioni della Carta non estendono in alcun modo le competenze dell'Unione definite nei Trattati". Cfr., infine, Corte giust. 14 marzo 2013, C-555/12, *Loreti*, 15. Ancora di recente, Corte giust. 30 gennaio 2014, causa C-122/13, *Paola C. c. Presidenza del Consiglio dei Ministri*, in tema di indennizzi per le vittime di reati intenzionali violenti, per cui v., volendo, R. CONTI, *Nell'attesa di una legge, capolinea per gli indennizzi statali alle vittime da reato*, in *Corr. giur.*, 6/2014, 756 ss.; ID., *La Corte di Giustizia chiude le porte ai danni contro lo Stato per i reati intenzionali violenti*, in www.questionegiustiziaonline.it; ID., *Vittime di reato e obbligo di risarcimento a carico dello Stato: really?*, in *Corr. giur.*, 2/2011, 248, spec. 252 ss.; ID., *Vittime di reato intenzionale violento e responsabilità dello Stato. Non è ancora tutto chiaro, ibidem*, 5/2012, 668 ss.; ID., *Sulle vittime di reato la parola passa alla Corte di giustizia, che forse ha già deciso, ibidem*, 11/2013, 1389 ss.

²³ Corte giust. 21 dicembre 2011, *Cicala*, C-482/10, ha dichiarato irricevibile una questione pregiudiziale per la mancanza di un «rinvio diretto e incondizionato» al diritto dell'Unione da parte della norma nazionale in questione affermando che «...un'interpretazione, da parte della Corte, di disposizioni del diritto dell'Unione in situazioni puramente interne si giustifica per il fatto che esse sono state rese applicabili dal diritto nazionale in modo diretto e incondizionato». Infine, tale requisito è stato ribadito nella recente causa *Nolan*, – Corte giust., 18 ottobre 2012, C-583/10 – in cui la Corte si è dichiarata incompetente a motivo della mancanza di un rinvio espresso e preciso al diritto dell'Unione a partire dall'ordinamento giuridico nazionale. Si vuol dire, altresì, che i singoli Stati potrebbero, nell'esercizio delle prerogative che competono ai singoli legislatori nazionali, operare un "rinvio diretto e incondizionato" alla Carta, prevedendo che la stessa si applichi alle situazioni interne. Ciò a proposito della riconosciuta possibilità che essi hanno di ampliare la portata del diritto UE anche a territori non toccati dal diritto UE e purchè il rinvio ai principi dell'ordinamento dell'Unione – nel caso di specie la Carta dei diritti – sia effettivamente volto ad assicurare un trattamento identico alle situazioni interne e a quelle disciplinate dal diritto dell'Unione – Corte giust. 7 novembre 2013, causa C-313/12, *Romeo*, 31 –.

²⁴ V. Corte giust. 21 febbraio 2013, C-111/12, 35: "... occorre ricordare che, indubbiamente, la Corte non è competente a rispondere a una questione pregiudiziale quando è manifesto che la disposizione di diritto dell'Unione sottoposta alla sua interpretazione non può trovare applicazione, come, ad esempio, nel caso di situazioni puramente interne. Tuttavia, anche in una simile situazione, la Corte può procedere all'interpretazione richiesta nell'ipotesi in cui il diritto nazionale imponga al giudice del rinvio, in procedimenti come quello principale, di riconoscere a un cittadino nazionale gli stessi diritti di cui il cittadino di un altro Stato membro, nella stessa situazione, beneficerebbe in forza del diritto dell'Unione ... Sussiste quindi un interesse certo dell'Unione a che la Corte proceda all'interpretazione della disposizione del diritto dell'Unione di cui trattasi". Cfr. Corte giust. 3 luglio 2014, C-92/14, cit., 39, secondo cui il carattere puramente interno della controversia non osta a che la Corte risponda a una questione posta ai sensi dell'articolo 267 TFUE: "... quando il diritto nazionale impone al giudice del rinvio di far beneficiare un cittadino dello Stato membro a cui tale giudice appartiene degli stessi diritti concessi a un cittadino di un altro Stato membro in virtù del diritto dell'Unione nella stessa situazione (v., in tal senso, sentenze *Guimont*, C-448/98, punto 23; *Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti*, C-451/03, punto 29, nonché *Cipolla e a.*, C-94/04 e C-202/04, EU:C:2006:758, punto 30), oppure se la domanda di pronuncia pregiudiziale verte su disposizioni di diritto dell'Unione alle quali il diritto nazionale di uno Stato membro rinvia per stabilire le regole applicabili a una situazione puramente interna a tale Stato.

interna deve essere disapplicata.

Tale conclusione sarebbe obbligata, non potendosi certo prendersi la Carta “a pezzi” e omettere di considerare che essa è, prima di tutto, diritto dell’UE – da lì traendo la sua origine – e che, dunque, deve sempre operare secondo le “regole” di quel sistema ordinamentale.

Le considerazioni qui espresse e già in passato accennate²⁵ abbiamo ora trovato piena conferma nella recente pronuncia delle Sezioni Unite civili in materia di c.d. contraddittorio endoprocedimentale – sent. n. 24823/2015 del 9.12.2015 –. In tale circostanza è stato chiarito che “... Differentemente dal diritto dell’Unione europea, il diritto nazionale, allo stato della legislazione, non pone in capo all’Amministrazione fiscale che si accinga ad adottare un provvedimento lesivo dei diritti del contribuente, in assenza di specifica prescrizione, un generalizzato obbligo di contraddittorio endoprocedimentale, comportante, in caso di violazione, l’invalidità dell’atto. Ne consegue che, in tema di tributi “non armonizzati”, l’obbligo dell’Amministrazione di attivare il contraddittorio endoprocedimentale, pena l’invalidità dell’atto, sussiste esclusivamente in relazione alle ipotesi, per le quali siffatto obbligo risulti specificamente sancito; mentre in tema di tributi “armonizzati”, avendo luogo la diretta applicazione del diritto dell’Unione, la violazione dell’obbligo del contraddittorio endoprocedimentale da parte dell’Amministrazione comporta in ogni caso, anche in campo tributario, l’invalidità dell’atto, purché, in giudizio, il contribuente assolva l’onere di enunciare in concreto le ragioni che avrebbe potuto far valere, qualora il contraddittorio fosse stato tempestivamente attivato, e che l’opposizione di dette ragioni (valutate con riferimento al momento del mancato contraddittorio), si riveli non puramente pretestuosa e tale da configurare, in relazione al canone generale di correttezza e buona fede ed al principio di lealtà processuale, sviamento dello strumento difensivo rispetto alla finalità di corretta tutela dell’interesse sostanziale, per le quali è stato predisposto”. Sulla base di tali affermazioni la Corte ha quindi nettamente operato sulla base del criterio della ‘competenza’ in qualche modo ridimensionando le affermazioni tese a considerare la valenza generalizzante del principio fondamentale del contraddittorio in materia UE che avevano espresso Cass. S.U. 18 settembre 2014, nn. 19667 e 19668. Così facendo, d’altra parte, le Sezioni Unite risolvono un problema in modo coerente, demandando al legislatore il problema della diversità di disciplina fra tributi armonizzati e non²⁶ ma...ne aprono un altro, proprio correlato al deficit di ragionevolezza correlata ad una diversità di disciplina che investe il medesimo contribuente, attinto spesso da un’unica verifica fiscale, che potrà avvalersi della tutela del principio del contraddittorio ‘a scomparsa’, sostenendo l’invalidità dell’accertamento c.d. a tavolino per i tributi ‘armonizzati’ senza potere però lamentare un deficit di protezione rispetto agli accertamenti di quelli ‘non armonizzati’²⁷.

Dell’altro va forse detto a proposito dell’uso della Carta di Nizza-Strasburgo nei precedenti passati qui in rassegna. Il richiamo alla Carta appare, il più delle volte, o *ad abundantiam*, affiancandosi a parametri costituzionali e/o convenzionali ovvero meramente *testuale*, riferendosi al contenuto dell’articolo che viene in esame, nemmeno a volte interrogandosi la Corte sulla natura di diritto o di principio del canone evocato; canone al quale non si affianca, talvolta, alcun richiamo al diritto vivente della Corte di Giustizia.

Tale ultima circostanza mi pare sia degna di attenzione perché dimostra quanto debba essere accorto l’uso della Carta UE “fuori distretto”.

Ed infatti, le norme di quel *Bill of Rights*, a ben vedere, vivono anche e soprattutto nell’interpretazione della Corte di Giustizia che prima della sua introduzione ha individuato il contenuto dei principi generali del diritto comunitario poi trasfusi nella Carta di Nizza-Strasburgo o

²⁵ V., volendo, R. CONTI, *Il rinvio pregiudiziale alla Corte UE: risorsa, problema e principio fondamentale di cooperazione al servizio di una nomofilachia europea*, in www.cortedicassazione.it.

²⁶ Cfr. Cass.S.U. n.24823/2015, cit.: “...L’assorbimento della dicotomia non può, dunque, che attendersi dal Legislatore, il quale del resto, nei contenuti della L. n. 23 del 2014, di delega al Governo per la riforma del sistema fiscale, dimostra, per parte sua (v. sopra, sub 4[^] – 3), di essere consapevole della questione e di intendere farsene carico”.

²⁷ Aporie delle quali si è prontamente fatto carico, all’indomani di Cass. S.U. n. 24823/2015, il giudice tributario che ha proposto una nuova questione di legittimità costituzionale con riferimento all’art.12 c.7 l.n.212/2000 –CTR Toscana, ord. n.736/1/15, depositata il 10 gennaio 2016 - in riferimento agli artt.3, 24, 53, 111, 117 Cost. .

che si è direttamente pronunciata sul contenuto della Carta stessa, per lo più attraverso i rinvii pregiudiziali sollevati dai giudici nazionali che ne chiedono l'interpretazione rispetto ad una normativa riguardante comunque il diritto comunitario. Con l'ulteriore non marginale circostanza che la risposta offerta dalla Corte europea, quando perviene, muove da precise premesse normative e va ad innestarsi in quello stesso tessuto connettivo, al cui interno realizza bilanciamenti necessariamente correlati alla tipologia della materia esaminata.

In definitiva, il richiamo meramente testuale ad una disposizione della Carta non risulta particolarmente persuasivo se lo stesso non si affianca al significato che quella disposizione assume presso il giudice comunitario o almeno all'interno delle Carte dei diritti alle quali il parametro della Carta UE si riferisce, come spesso accade e come ci ricordano le Spiegazioni. Il che ovviamente richiederebbe di evocare ed esaminare il 'diritto vivente' eventualmente reso dalle Corti sovranazionali che hanno fatto applicazione del parametro coincidente con quello della Carta UE e, in definitiva, di rimettere in discussione il risultato stesso che si voleva ottenere operando il richiamo alla Carta di Nizza-Strasburgo.

In conclusione, l'utilizzazione diretta della Carta di Nizza-Strasburgo *extra districtum* non entusiasma poiché essa talvolta sembra *muta* e non accompagnata da un approfondimento di ordine sistematico capace di superare il mero richiamo letterale al principio e alla norma che lo contiene.

Per l'un verso in alcuni dei casi esaminati l'uso 'a rinforzo' o *ad abundantiam* della Carta serve ad abbellire la decisione, a renderla adeguata ai tempi, ma non sembra avere un concreto significato dal punto di vista della tutela dei diritti. La decontestualizzazione della Carta dal suo interprete privilegiato agisce, a me pare, negativamente sulla persuasività della decisione rendendola, alla lunga, poco idonea a costituire un precedente capace di perpetuare nel tempo i propri effetti. Una ragione in più, questa, per accostarsi in modo più articolato alla Carta UE ed alla protezione che essa offre ai diritti fondamentali.

Marco Bassini

Prescrizione e principio di legalità nell'ordine costituzionale europeo. Note critiche alla [sentenza Taricco](#)

SOMMARIO: 1. *Il principio di legalità nella triangolazione fra ordine costituzionale, Corte di giustizia e Corte europea dei diritti dell'uomo: dialogo, monologo o diktat?* – 2. *La Corte di giustizia nella metamorfosi “da giudice garante al giudice disapplicatore delle garanzie”.* – 3. *Il post-Taricco: l'incidente di legittimità costituzionale e la sentenza della terza sezione della Cassazione.* – 4. *Principio di legalità e ordinamento eurounitario.* – 5. *“Se non ora, quando?”. Conclusioni (gioco-forza) prospettiche, confidando nei controlimiti.*

1. Il principio di legalità nella triangolazione fra ordine costituzionale, Corte di giustizia e Corte europea dei diritti dell'uomo: dialogo, monologo o diktat?

Non c'è concordia tra i commentatori quando si dibatte sull'effettiva comunanza di visioni che i diversi sistemi e documenti, nazionali e sovranazionali, al servizio dei diritti fondamentali esprimerebbero.

«Abbiamo tre ordinamenti con rispettive “carte dei diritti”, tre Corti preposte alla loro tutela, tre diverse *Weltanschauung*. [...] Che le valutazioni di ciascun organo in merito alle precedenze tra i diritti possano divergere è, non un rischio, ma una certezza»¹. Così scrive, per esempio, Roberto Bin, commentando lo scenario europeo che vede Corte di giustizia, Corte europea e Corte costituzionale custodi del rispettivo sistema assiologico incorporato, nell'ordine, nella Carta di Nizza-Strasburgo, nella Convenzione europea e nella Costituzione².

E, prosegue l'Autore, «si cerca di nascondere questa complessità potenzialmente conflittuale tessendo un mantello irenico con i fili del “dialogo”, dell'integrazione e del perseguimento del livello più elevato di tutela dei diritti»³.

Questa giustificazione, tuttavia, ad avviso di Bin, corrisponde a una «pietosa menzogna». E di questo scenario, l'interpretazione conforme può attenuare ma non guarire la «schizofrenia» che ne è caratteristica.

Diversi autori, così, argomentano come la coesistenza e l'intersecarsi, a livello europeo, dei vari ordinamenti destinati a sovrapporsi determinino problematiche di non poco momento, che a dispetto

* Contributo destinato a L. D'ANDREA-G. MOSCHELLA-A. RUGGERI-A. SAIITA (curr.), *La Carta dei diritti dell'Unione europea e le altre Carte (ascendenze verticali e mutue implicazioni)*, Giappichelli, Torino, 2016.

¹ R. BIN, *L'interpretazione conforme. Due o tre cose che so di lei*, in [Rivista AIC](#), 1/2015, 9 gennaio 2015, 1 ss., spec. 11-12.

² Sul tema la letteratura è assai estesa e propone, naturalmente, interpretazioni anche molto diverse. Una visione di segno tendenzialmente opposto a quella descritta, che non a caso si è voluta richiamare a monte dell'analisi della [sentenza Taricco](#), si ritrova, per esempio, nei diversi scritti di A. RUGGERI, *Interpretazione conforme e tutela dei diritti fondamentali, tra internazionalizzazione (ed “europeizzazione”) della Costituzione, e costituzionalizzazione del diritto internazionale e del diritto eurounitario*, in [Rivista AIC](#), 2 luglio 2010; ID., *Dal legislatore al giudice, sovranazionale e nazionale: la scrittura delle norme in progress, al servizio dei diritti fondamentali*, in [Forum di Quaderni Costituzionali](#), 29 novembre 2014; ID., *Rapporti tra Corte costituzionale e Corti europee, bilanciamenti interordinamentali e “controlimiti” mobili, a garanzia dei diritti fondamentali*, in [Rivista AIC](#), 1/2011; ID., *Trattato costituzionale, europeizzazione dei “controlimiti” e tecniche di risoluzione delle antinomie tra diritto comunitario e diritto interno (profili problematici)*, in S. STAIANO (cur.), *Giurisprudenza costituzionale e principi fondamentali*, Giappichelli, Torino, 2006, 827 ss.

³ Ancora R. BIN, *op. cit.*, 12.

dell'apparenza, che promette un elevamento della tutela dei diritti, alimentano invece un rischio di cortocircuito⁴.

Se i giudici costituzionali, infatti, sono ormai usciti dalla solitudine che li vedeva protagonisti fino a pochi decenni fa, divenendo parte di un sistema corale⁵ nel quale non rivestono più la prerogativa dell'ultima parola, si sostiene però che almeno con riguardo alla tutela dei diritti fondamentali, e adottando una prospettiva di sistema, a questa moltiplicazione dei centri di "tutela" non è sempre corrisposto un complessivo avanzamento e, in definitiva, un progresso nel livello di protezione dei diritti⁶.

Sembra resistere, infatti, un fisiologico difetto di comunicazione, o piuttosto di comunicabilità tra sistemi che esprimono una visione giocoforza differente. È in questo contesto, forse, volendo interpretare il paradosso illustrato da Maria Rosaria Ferrarese⁷, che i giudici costituzionali, esposti al rischio di una marginalizzazione nel rapporto tra Corte di giustizia e Corte europea, da un lato, e giudici comuni, dall'altro, possono insperatamente recuperare la loro rinnovata funzione di apertura del sistema verso l'esterno.

Di queste e altre problematiche sembra farsi testimone la recente pronuncia della Corte di giustizia nel [caso Taricco](#)⁸ che appare destinata⁹ a segnare un momento di profonda frattura e di

⁴ Così, guardando soprattutto alla prospettiva del diritto penale, V. MANES, *Metodo e limiti dell'interpretazione conforme alle fonti sovranazionali in materia penale*, in [Diritto Penale Contemporaneo](#), 9 luglio 2012, 4 «Proprio diritti e libertà fondamentali, alla stregua degli altri "principi" [...] campeggiano trasversalmente sullo sfondo di questa realtà già così policroma, affacciandosi nei singoli contesti (e nei singoli casi) con "geometrie e geografie variabili": Grundnormen (e spesso Grundwerten) formalmente "a-topiche" e purtuttavia "ubiquitarie", menzionate da Carte e Corti che si sovrappongono (ma che quasi mai accettano di veder ridotte le proprie statuizioni al ruolo di mero *restatement of law*), sollecitate dal dinamismo tipico delle ricostruzioni *multilevel*, che le espone a bilanciamenti sempre nuovi e sempre più complessi, alla loro affermazione secondo diversi livelli di astrazione (di "specificità" o di "generalità"), e, per quella via, al rischio sempre alto di un'iper-integrazione o, viceversa, di una dis-integrazione, a seconda del *milieu culturale* in cui vengono calati». Dalla medesima prospettiva, si v. A. BERNARDI, *Interpretazione conforme al diritto UE e costituzionalizzazione dell'Unione europea*, in L. CAMALDO (cur.), *L'istituzione del procuratore europeo e la tutela penale degli interessi finanziari dell'Unione europea*, Giappichelli, Torino, 2014, 41 ss.

⁵ Illuminante, al riguardo, S. CASSESE, *Fine della solitudine delle corti costituzionali, ovvero il dilemma del porcospino*, Prolusione per la cerimonia inaugurale del 232° anno accademico, Accademia delle Scienze, Torino, 10 novembre 2014.

⁶ Appare rilevante, in questo senso, la disamina di A. GUAZZAROTTI, *La CEDU e l'Italia: sui rischi dell'ibridazione delle tutele giurisdizionali*, in *Giur. Cost.*, 4/2013, 3657 ss.

⁷ Cfr. M.R. FERRARESE, *Dal «verbo» legislativo a chi dice «l'ultima parola»: le Corti costituzionali e la rete giudiziaria*, in *Annuario di diritto comparato e di studi legislativi*, 2011, 63 ss.

⁸ [Corte giust., 8 settembre 2015, causa C-105/14, Ivo Taricco e altri.](#)

⁹ Per i primi commenti, non limitati all'ambito penalistico, cfr. C. AMALFITANO, *Da un'impunità di fatto a una imprescrittibilità di fatto della frode in materia di imposta sul valore aggiunto?*, in [SIDIBlog](#), 15 settembre 2015; A. CIAMPI, *Il caso Taricco trasforma la Corte di giustizia da giudice garante a giudice disapplicatore delle garanzie: un problema di rapporti fra fonti e di tutela dei diritti fondamentali, non solo di diritto processuale internazionale*, in *Int'l Lis: supplemento di documentazione e discussione sul diritto giudiziario transnazionale*, in corso di pubblicazione; S. MANACORDA, *La prescrizione sulle frodi gravi in materia di IVA: note minime sulla sentenza Taricco*, in *Archivio pen.*, 3/2015, 1 ss.; G. CIVELLO, *La sentenza "Taricco" della Corte di giustizia UE: contraria al Trattato la disciplina italiana in tema di interruzione della prescrizione del reato*, *ivi*, 3/2015, 1 ss.; A. DELLO RUSSO, *Disorientamento sulla prescrizione dei reati fiscali a rilievo europeo tra Corte di Giustizia, Corte di cassazione e giudici di merito*, *ivi*, 3/2015, 1 ss.; F. VIGANÒ, *Disapplicare le norme vigenti sulla prescrizione nelle frodi in materia di Iva. Primato del diritto UE e nullum crimen sine lege in una importante sentenza della Corte di giustizia (sent. 8 settembre 2015 (Grande Sezione), Taricco, causa C-105/14)*, in [Diritto Penale Contemporaneo](#), 14 settembre 2015; A. VENEGONI, *La sentenza Taricco: una ulteriore lettura sotto il profilo dei riflessi sulla potestà legislativa dell'Unione in diritto penale nell'area della lotta alle frodi*, *ivi*, 29 ottobre 2015; L. EUSEBI, *Nemmeno la Corte di giustizia dell'Unione europea può erigere il giudice a legislatore*, *ivi*, 10 dicembre 2015; S. PEERS, *The Italian Job: the CJEU strengthens criminal law protection of the EU's finances*, in [EU Law Analysis](#), 22 settembre 2015; M. SERRAINO, *Non ogni giorno che passa è un giorno che si aggiunge al libro dell'oblio. La Corte di giustizia disvela la doppiezza della disciplina interna in materia di prescrizione*, in [La legislazione penale](#), 26 ottobre 2015; M. LASSALLE, *Taricco kills two birds with one stone for the sake of the PIF*, in [European Law Blog](#), 27 ottobre 2015.

rottura dell'armonia di sistema tra Costituzione italiana e Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (di seguito, anche la "Carta").

Vale la pena, prima di concentrarsi sul portato della decisione della Corte di Lussemburgo, sul suo seguito e sulle rispettive implicazioni critiche, segnalare come tale pronuncia sembri far emergere con straordinaria efficacia i problemi di comunicabilità che insistono sul terreno delle garanzie a tutela dei diritti fondamentali. Laddove, come si dirà, il tema controverso si appuntava sulla idoneità di quella che, di fatto, risulta un'applicazione retroattiva *in peius* delle norme in tema di prescrizione a incidere sul principio di legalità in materia penale¹⁰. Principio soggetto a tutela tanto nell'ordinamento costituzionale quanto nella Carta, così come nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo (di seguito, anche "CEDU"); ma il cui ambito di concreta applicazione, nella fattispecie, è risultato controverso in funzione della diversa qualificazione delle norme giuridiche in tema di prescrizione¹¹. Di qui, una medesima situazione cui l'ordinamento nazionale e l'ordinamento dell'Unione europea sembrano guardare con lenti diverse, rendendo necessario valutare il ricorso allo strumento dei controlimiti come baluardo della legalità penale, almeno per come essa è concepita (pacificamente) dall'ordine costituzionale interno¹².

2. La Corte di giustizia nella metamorfosi "da giudice garante al giudice disapplicatore delle garanzie"¹³.

Volendo ripercorrere con approccio critico gli accadimenti, la [vicenda Taricco](#) ha preso origine da un procedimento penale per reati di associazione a delinquere e frodi in materia di IVA pendente davanti al Tribunale di Cuneo. Al centro delle indagini, si collocava un sistema di "frodi carosello", realizzate secondo uno schema ricorrente e collaudato, nel quale le transazioni e le relative operazioni di fatturazione venivano incanalate all'estero con il deliberato obiettivo di conseguire un illegittimo risparmio d'imposta.

¹⁰ Su tutti, valga il rinvio a F. BRICOLA, *Commento all'art. 25 commi 2 e 3*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di Branca, Zanichelli, Bologna, 1981, 234 ss. Il tema che qui rileva concerne l'applicabilità alle disposizioni in materia di prescrizione del principio di irretroattività delle norme penali di sfavore. La risposta a tale interrogativo dipende dalla riconduzione della prescrizione nell'alveo degli istituti di diritto sostanziale ovvero di diritto processuale, giacché solo ai primi è applicabile il principio del *favor rei* in caso di successione di leggi nel tempo. In dottrina, la questione è per lungo tempo rimasta controversa, e il dibattito ha opposto gli autori che contemplavano un'assimilazione della prescrizione agli istituti di natura sostanziale a quelli che diversamente ne ritenevano la valenza meramente processuale. Così, in ipotesi di allungamento del termine prescrizionale (non ancora decorso), per i procedimenti ancora in fase di pendenza, per gli uni opererebbe la *lex mitior* previgente, per gli altri si applicherebbe il nuovo termine meno favorevole in ossequio al principio *tempus regit actum*. Il dibattito è efficacemente riassunto da F. GIUNTA-D. MICHELETTI, *Tempori cedere. Prescrizione del reato e funzione della pena nello scenario della ragionevole durata del processo*, Giappichelli, Torino, 2003. Sul tema della successione intertemporale di norme penali, per una prospettiva più ampia, cfr. V. VALENTINI, *Diritto penale intertemporale. Logiche continentali ed ermeneutica europea*, Giuffrè, Milano, 2012.

¹¹ Più recentemente, sul tema è tornato D. PULITANÒ. *Il nodo della prescrizione*, in *Riv. trim. di Dir. Pen. Contemporaneo*, 1/2015, 20 ss.

¹² La soluzione cui la Corte costituzionale è addivenuta in tempi recenti è nel senso che le norme che regolano l'istituto della prescrizione rivestano natura sostanziale. Così già nella [sentenza n. 275/1990](#), sebbene incidentalmente, ma soprattutto nella più recente [pronuncia n. 393/2006](#), laddove il tema controverso era invero speculare, concernendo l'applicabilità retroattiva della *lex mitior* (segnatamente, il caso riguardato la declaratoria di incostituzionalità della norma transitoria che regolava l'entrata in vigore dei nuovi termini previsti dalla l. 5 dicembre 2005, n. 251 (cd. ex Cirielli). Questo orientamento ha trovato supporto e conferma anche nella giurisprudenza di legittimità (su tutte, cfr. Cass., sez. un., n. 21833/2007). La Corte costituzionale, quindi, non ha esitato ad affermare che la copertura del principio di legalità si estende alle norme in tema di prescrizione: così, più di recente, nella [sent. n. 324/2008](#).

¹³ Riprendo e faccio mio, nella titolazione di questo paragrafo, il tema del convegno "Dal giudice garante al giudice disapplicatore delle garanzie: i nuovi scenari della soggezione al diritto dell'UE. A proposito della sentenza CG Taricco", organizzato dall'Unione delle Camere penali e tenutosi a Firenze il 30 ottobre 2015.

Il Giudice dell'udienza preliminare, temendo che i termini di prescrizione non permettessero la definizione del giudizio prima del sopraggiungere dell'estinzione del reato, sollevava un rinvio pregiudiziale davanti alla Corte di giustizia¹⁴ per verificare la compatibilità con il diritto dell'Unione delle norme del codice penale, segnatamente l'art. 160, u.c., e 161, c. 2, c.p. che limitano a un quarto l'aumento massimo del termine di prescrizione in caso di eventi interruttivi del suo decorso¹⁵. Con un'ordinanza assai singolare, si doleva che la previsione di un termine di durata ritenuto esiguo a fronte di procedimenti penali caratterizzati da accertamenti di notevole complessità comportasse, di fatto, l'impossibilità di addivenire a un giudicato, precludendo al giudice la pronuncia di una sentenza definitiva prima dello spirare del termine prescrizionale e della conseguente estinzione del reato. Di conseguenza, poiché parte del gettito IVA è destinata all'Unione europea, il giudice si domandava se le norme a tutela degli interessi finanziari comunitari previste sia dal diritto primario che dal diritto derivato dell'Unione costituissero una base giuridica idonea e sufficiente a comportare la disapplicazione delle disposizioni codicistiche che limitano la durata massima della prescrizione in caso di eventi interruttivi. Il giudice del rinvio indicava impropriamente¹⁶ quali parametri gli artt. 101, 107 e 119 del TFUE nonché l'art. 158 della direttiva 2006/112/CE ("direttiva IVA") e si chiedeva, tra l'altro, se tali disposizioni ostassero alle norme che contemplano un prolungamento del termine prescrizionale di appena un quarto a seguito di interruzione¹⁷.

Non è questa la sede per soffermarsi diffusamente sul ragionamento seguito dall'Avvocato generale Kokott nelle sue Conclusioni¹⁸, che tuttavia si segnalano per una curiosa opera di manipolazione del parametro di giudizio e per una sostanziale rimodulazione del quesito sollevato in via pregiudiziale, cui la Corte di giustizia ha aderito senza esitazione, rivelando così la non felice impostazione alla radice del provvedimento di rinvio¹⁹.

La Corte di Lussemburgo non ha fatto propria soltanto la struttura argomentativa dell'Avvocato generale, ma anche l'esito da questi raggiunto. Il perno su cui si regge la decisione della Corte di

¹⁴ Trib. Cuneo, GUP, ord. 17 gennaio 2014. Cfr. il commento di F. ROSSI DAL POZZO, *La prescrizione nel processo penale al vaglio della Corte di giustizia?*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 7 febbraio 2014.

¹⁵ Così dispone, segnatamente, l'art. 160, u.c., c.p.: «La prescrizione interrotta comincia nuovamente a decorrere dal giorno della interruzione. Se più sono gli atti interruttivi, la prescrizione decorre dall'ultimo di essi; ma in nessun caso i termini stabiliti nell'articolo 157 possono essere prolungati oltre i termini di cui all'articolo 161, secondo comma, fatta eccezione per i reati di cui all'articolo 51, commi 3 *bis* e 3 *quater*, del codice di procedura penale». L'art. 161, c. 2, c.p. stabilisce che «Salvo che si proceda per i reati di cui all'articolo 51, commi 3 *bis* e 3 *quater*, del codice di procedura penale, in nessun caso l'interruzione della prescrizione può comportare l'aumento di più di un quarto del tempo necessario a prescrivere, della metà nei casi di cui all'articolo 99, secondo comma, di due terzi nel caso di cui all'articolo 99, quarto comma, e del doppio nei casi di cui agli articoli 102, 103 e 105».

¹⁶ La Corte di giustizia ha avuto gioco facile a negare che l'applicabilità del regime di prescrizione potesse essere valutato in base alle norme dedotte dal giudice del procedimento principale come parametro rilevante. In questo, i giudici di Lussemburgo hanno tratto giovamento dalle Conclusioni dell'Avvocato generale Kokott, laddove si evidenziava come nessuna delle disposizioni richiamate dal giudice del rinvio potesse considerarsi ostativa all'applicabilità del regime di prescrizione previsto dall'ordinamento italiano. Così, l'Avvocato generale riconosceva, con un'operazione non certo neutrale quanto ai suoi effetti, come il quesito sollevato dal giudice di Cuneo ne sottendesse uno implicito e supplementare in merito alla compatibilità della normativa italiana con gli obblighi di matrice europea inerenti all'adozione di sanzioni contro le irregolarità in ambito IVA.

¹⁷ I parametri utilizzati dalla Corte, in seguito anche al "riorientamento" operato dall'Avvocato generale Kokott nelle sue Conclusioni, sono invece l'art. 325 TFUE, gli artt. 1 e 2 della Convenzione relativa alla tutela degli interessi finanziari delle Comunità europee ("Convenzione PIF"), gli artt. 131 e 138 della direttiva 2006/112/CE (direttiva IVA) e l'art. 2 della decisione 2007/436/CE sul sistema delle risorse proprie delle Comunità europee.

¹⁸ Conclusioni dell'Avvocato generale Kokott, 30 aprile 2015, causa C-105/14, *Ivo Taricco e altri*.

¹⁹ Così anche A. CIAMPI, *La sentenza Taricco tra diritto penale e diritto dell'UE: quali rapporti, quali garanzie*, relazione al convegno "Dal giudice garante al giudice disapplicatore delle garanzie: i nuovi scenari della soggezione al diritto dell'UE. A proposito della sentenza CG Taricco", Firenze, 30 ottobre 2015.

giustizia è rappresentato dall'art. 325 TFUE²⁰. Norma che, da un lato, impone agli Stati membri di adottare misure dissuasive e tali da permettere una protezione efficace degli interessi finanziari dell'Unione europea; e, dall'altro, vincola gli Stati ad adottare, a tal fine, le stesse misure che impiegano per la tutela degli interessi finanziari nazionali.

Tralasciando le considerazioni di carattere generale, la Corte di giustizia si sofferma sullo specifico aspetto su cui si appunta il rinvio formulato dal GUP di Cuneo: la compatibilità con l'art. 325 TFUE delle norme che stabiliscono, in ipotesi di eventi interruttivi, un'estensione massima del termine di prescrizione fino a un quarto, nella misura in cui detta previsione abbia l'effetto di impedire la pronuncia di una sentenza definitiva.

La Corte di Lussemburgo affida ai giudici nazionali una valutazione che rischia di rivelarsi assai insidiosa, in un ambito delicato come quello penale, e attenta così a una moltitudine di interessi costituzionalmente tutelati, non circoscritti al principio di legalità²¹: secondo la Corte, i giudici nazionali dovranno valutare se dall'applicazione delle disposizioni interne derivi, in un numero considerevole di casi, l'impunità penale a fronte di condotte costitutive una frode grave perché tali fatti risulteranno prescritti prima che la sanzione prevista dalla legge possa essere inflitta con sentenza definitiva. In caso di risposta affermativa, secondo la Corte, le sanzioni previste dallo Stato membro non potranno essere considerate effettive e dissuasive come esige l'art. 325 TFUE.

La seconda valutazione deferita ai giudici nazionali riguarda l'equivalenza dalla tutela penale offerta nei casi di reati che attentano agli interessi finanziari dell'Unione europea rispetto alle frodi che siano lesive, invece, degli interessi finanziari dello Stato. In tal senso, il giudice nazionale dovrà verificare che l'ordinamento non stabilisca, in quest'ultimo caso, termini di prescrizione più lunghi rispetto a quelli previsti per i reati che incidono sugli interessi finanziari comunitari.

Si tratta senz'altro di un passaggio che genera criticità non indifferenti sul piano applicativo. La Corte di giustizia non solo legittima il giudice nazionale a disapplicare le disposizioni che concernono la durata massima del termine di prescrizione in caso di eventi interruttivi, ma individua fondamenta tutt'altro che solide alla base di questa opzione interpretativa. Nello specifico, l'apprezzamento da condursi da parte del giudice dovrà incentrarsi sull'esistenza di un problema di ordine sistemico, da verificare "in un numero considerevole di casi": a quale soglia si può dire "considerevole" il numero di procedimenti destinati a una declaratoria di estinzione del reato? E

²⁰ Così l'art. 325 TFUE, ai parr. 1 e 2: «1. L'Unione e gli Stati membri combattono contro la frode e le altre attività illegali che ledono gli interessi finanziari dell'Unione stessa mediante misure adottate a norma del presente articolo, che siano dissuasive e tali da permettere una protezione efficace negli Stati membri e nelle istituzioni, organi e organismi dell'Unione.

2. Gli Stati membri adottano, per combattere contro la frode che lede gli interessi finanziari dell'Unione, le stesse misure che adottano per combattere contro la frode che lede i loro interessi finanziari».

²¹ Non è peraltro peregrino, ad avviso di chi scrive, chiedersi se una modifica *in peius* come quella imposta dalla Corte di giustizia non recherebbe nocumento a un altro interesse che gode di tutela costituzionale, ossia il principio della ragionevole durata del processo, così come codificato dall'art. 111 Cost. Non a caso rileva S. MANACORDA, *La prescrizione sulle frodi gravi in materia di IVA*, cit., 7: «Alle Corti – tra cui la Consulta – potrà inoltre essere chiesto, con modalità diverse, di pronunciarsi sul tema, non affrontato dai giudici del Lussemburgo relativo alla ragionevole durata dei processi di cui all'art. 47, co. 2, della Carta, 6, co. 1, della CEDU e 111, co. 2, Cost. A differenza della Grande Chambre, l'Avvocato Generale non ha mancato di rilevare che «sotto il profilo del diritto dell'Unione occorre unicamente aver cura che la soluzione accolta venga trovata nell'ambito di un procedimento equo» (art. 47, § 2, Carta dei diritti fondamentali e art. 6, § 1, prima frase, CEDU) in maniera non discriminatoria, e che la stessa poggi su criteri chiari, comprensibili, nonché generalmente applicabili (§§ 124 e 127 delle conclusioni). La complessità delle indagini (invocata dal giudice del rinvio: § 24) e la lunghezza dei processi costituiscono motivo per affievolire la portata di tale principio di garanzia e quali esiti applicativi si dischiudono ogni qualvolta un reato appaia di difficile accertamento, magari per carenze degli organi di indagine?». Osserva anche G. TARLI BARBIERI, *Il sindacato di costituzionalità sull'obbligo di disapplicazione. Verso un conflitto tra le Corti?*, relazione al convegno "Dal giudice garante al giudice disapplicatore delle garanzie: i nuovi scenari della soggezione al diritto dell'UE. A proposito della sentenza CG Taricco", Firenze, 30 ottobre 2015, come la via di ricorso alla Corte europea sarebbe probabilmente quella offerta dall'art. 6 CEDU.

ancora, l'accertamento dovrà concernere le frodi "gravi": è carente, nella sentenza, qualsiasi indicazione sui criteri su cui fondare la valutazione di gravità, e non si comprende come dovrebbe il giudice apprezzare il concreto disvalore della condotta (se non ricorrendo, forse, a un indicatore quantitativo). A margine, non si deve trascurare che la valutazione richiesta al giudice sembra possedere carattere anche prognostico: il giudice dovrà appagarsi nell'esame di una serie di casi in cui il reato sia stato dichiarato estinto per decorso del termine di prescrizione o dovrà formulare un giudizio sullo *status quo*? Oltretutto, ogni giudice potrà raggiungere, confidando nell'osservazione dell'*id quod plerumque accidit*, un risultato opposto, con conseguenze gravissime sul piano della certezza del diritto e della sua uniforme applicazione.

Tutti temi delicatissimi, in una sentenza che riverbera i suoi effetti sul terreno penale²².

L'elemento forse più controverso del ragionamento della Corte di giustizia coincide però con la seconda parte della sentenza, laddove ci si interroga sulla compatibilità della disapplicazione degli artt. 160, u.c., e 161, c. 2, c.p. con l'art. 49 della Carta, che tutela il principio di legalità e di proporzionalità dei reati e delle pene.

Dopo aver precisato che l'art. 325 TFUE è norma di diritto primario che pone a carico degli Stati membri un obbligo di risultato preciso e incondizionato, produttiva di effetti diretti e che dunque qualunque disposizione contrastante sarà *ipso iure* inapplicabile²³, la Corte di giustizia ricorda che occorrerà parimenti tutelare i diritti fondamentali degli interessati. Il riferimento corre, naturalmente, all'art. 49 della Carta.

Sembra aprirsi una breccia per riaffermare la portata del principio di legalità: è un'aspettativa che viene subito delusa. In modo abbastanza sorprendente, infatti, i giudici di Lussemburgo risolvono sbrigativamente il punto, concludendo che la disapplicazione delle disposizioni nazionali non violerebbe i diritti degli imputati, ma avrebbe solo l'effetto di non limitare la durata del termine di prescrizione, consentendo il perseguimento dei reati contestati.

A monte di questo approdo interpretativo, vi è l'adesione a una versione "laica" e "temperata" del principio di legalità. Infatti, la Corte osserva che i fatti contestati agli imputati integravano già, alla data di consumazione, specifiche fattispecie di reato; e che la loro violazione era assistita dalla previsione di sanzioni penali tuttora previste dall'ordinamento²⁴.

La disapplicazione delle disposizioni interne, in altri termini, non produrrebbe un'imputazione per condotte non costituenti reato al momento della loro commissione né tantomeno sortirebbe

²² Tra i primi commenti, si segnalano sul punto L. EUSEBI, *op. cit.*, 4, il quale nota come il recepimento della sentenza [Taricco](#) produrrebbe conseguenze che sarebbero inaccettabili anche se previste da una norma interna, come affidare alla magistratura un potere di disapplicazione di norme penali qualora non siano ritenute consone al soddisfacimento delle esigenze preventive. Effetto, questo, cui si lega l'ulteriore problematica dell'individuazione del regime giuridico operante (circostanza non estranea allo stesso caso [Taricco](#), in cui la Cassazione ha optato per un nuovo ricalcolo *in toto* del termine di prescrizione in ipotesi di eventi interruttivi) in luogo di quello oggetto di disapplicazione.

²³ Il punto è decisivo e come ben evidenziato da C. AMALFITANO, *op. cit.*, § 5, se non è certo singolare che si riconoscano effetti diretti a una fonte pattizia che riveste il rango di diritto primario, e che tali effetti possano essere invocati anche nei confronti di privati (si vedrà *infra*, invece, quale approccio abbia tenuto la Corte di giustizia con riguardo alle incriminazioni dipendenti dal contenuto di atti di diritto derivato quali direttive o decisioni quadro), è invece assai peculiare che si ripetano, da tali effetti, conseguenze per gli individui del tutto inedite, in un ambito come quello penale. Così, come sottolinea sempre C. AMALFITANO, *ivi*, gli imputati deriverebbero degli effetti sfavorevoli (consistenti nel prolungamento del termine prescrizione) per effetto di una violazione (dell'art. 325 TFUE) addebitabile allo Stato membro.

²⁴ Ancora C. AMALFITANO, *ivi*, § 5, argomentando molto finemente, rileva come, a ben vedere, la Corte di giustizia cada probabilmente in contraddizione nel negare che le norme sulla prescrizione siano soggette al principio di legalità: se questa circostanza tradisce, evidentemente, una considerazione squisitamente processuale di queste disposizioni, tale qualificazione sarebbe in realtà smentita osservando, come fa la Corte, che la disapplicazione dei termini di prolungamento della prescrizione costituisce la condizione essenziale per permettere l'irrogazione delle sanzioni penali e dare così effettività all'art. 325 TFUE. Implicitamente, la Corte ammetterebbe quindi l'inerenza dell'istituto alla punibilità in concreto del reo (ciò che vale ad assimilarlo, probabilmente, alle norme di natura sostanziale).

l'irrogazione di pene allora non contemplate, ma renderebbe perseguibile per un maggior lasso di tempo le frodi carosello.

L'impostazione della [sentenza Taricco](#) rivela un atteggiamento non condivisibile al riguardo: più che un tentativo di collegarsi all'approccio della Corte europea, in quella che potrebbe essere interpretata come una forma di legittimo *judicial borrowing*²⁵, la scarna argomentazione della Corte di giustizia sembra prestare il fianco a una recezione in prevalenza passiva dell'approccio adottato a Strasburgo sul tema del rapporto tra modifiche alle norme sulla prescrizione e principio di legalità.

E, infatti, la Corte di Lussemburgo giunge a escludere che la disapplicazione degli artt. 160, u.c., e 161, c. 2, c.p. possa essere in contrasto con l'art. 49 della Carta per il tramite di un rinvio che sembra "in bianco" e tendenzialmente acritico alla giurisprudenza dell'omologa di Strasburgo formatasi in relazione all'art. 7 della CEDU. L'atteggiamento della Corte di giustizia appare alquanto superficiale, nel momento in cui liquida la questione rinviando semplicemente a una pronuncia della Corte europea, nel caso *Coëme c. Belgio*²⁶, che aveva escluso che un allungamento del termine prescrizione postumo alla consumazione del reato potesse determinare un *vulnus* rispetto al principio tutelato all'art. 7 CEDU.

La Corte di giustizia sembra dimenticarsi, in questo frangente, della ben più complessa architettura su cui si basa l'ordine comunitario, oltre che dell'esistenza di numerosi elementi di raccordo (come le tradizioni costituzionali comuni) che consentono di rendere permeabile questo terreno rispetto alla sensibilità sviluppata negli ordinamenti costituzionali degli Stati membri. Così, aderendo, implicitamente, in modo alquanto disinvolto a una qualificazione processuale dell'istituto della prescrizione (diffusa in molti degli Stati membri²⁷), la Corte esclude che qualunque modifica *in peius* possa attingere il principio di legalità. Colpendone così il nucleo fondante, così come interpretato dalla giurisprudenza costituzionale italiana.

Criticabile è la sbrigatività con cui la Corte di giustizia si è appagata del riferimento alla sentenza *Coëme c. Belgio* per giustificare l'esclusione di un contrasto con l'art. 49 della Carta. Vero è che, secondo l'art. 53 della Carta i diritti che sono tutelati anche dalla CEDU devono essere interpretati in conformità alla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo. Tuttavia, due rilievi si impongono come necessari: il primo attiene all'interpretazione data dalla Corte di Strasburgo nella sentenza richiamata; il secondo riguarda l'esistenza, comunque, di un controlimite opponibile all'ingresso del diritto, anche giurisprudenziale, europeo, quale che sia l'interpretazione offerta alle disposizioni rilevanti dalle rispettive corti.

Con riguardo al primo fattore, si deve osservare che la sentenza *Coëme c. Belgio* è più cauta di quanto lasci intendere la Corte di Lussemburgo nel suo frettoloso ragionamento. In particolare, la Corte di Strasburgo aveva rilevato che «la soluzione adottata dalla Corte di cassazione si fonda sulla sua giurisprudenza secondo la quale le leggi che modificano la disciplina della prescrizione sono ormai considerate, *in Belgio* [il corsivo è aggiunto], leggi di competenza e di procedura. Pertanto, si ispira al principio generalmente riconosciuto secondo il quale, salvo espresse disposizioni in senso contrario, le leggi di procedura sono di applicazione immediata ai procedimenti in corso»²⁸. È in

²⁵ Devo a Oreste Pollicino questa preziosa chiave di lettura.

²⁶ Corte eur. dei diritti dell'uomo, 18 ottobre 2010, *Coëme c. Belgio*, ricc. 2492/96, 32547/96, 32548/96, 33209/96 e 33210/96.

²⁷ Non si può negare in questa sede come l'istituto della prescrizione conosca (laddove esistente, e secondo modelli comparabili) una diffusa veste processuale (e non già sostanziale) nella maggior parte degli ordinamenti degli Stati membri. Così è, per esempio, in Germania, laddove il *Bundesverfassungsgericht* ha fatto propria l'interpretazione che attribuisce natura processuale alle regole sulla prescrizione, sottraendole –per l'effetto– al principio di irretroattività della legge più sfavorevole racchiuso nell'art. 103, par. 2, del *Grundgesetz*. Un altro esempio utile giunge dalla Francia, in cui la prescrizione ha natura e disciplina eminentemente processuale.

²⁸ Cfr. il p.to 148 della traduzione di M. DE SALVIA-V. ZAGREBELSKY, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali. La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e della Corte di giustizia delle Comunità europee*, Giuffrè, Milano, 2007, 221.

base a questa premessa, che esplicita lo scenario di riferimento nell'ordinamento belga, che la Corte precisa, poi, che la proroga del termine di prescrizione e la sua immediata applicazione, sfavorevole ai ricorrenti, «non implica[no] tuttavia una violazione dei diritti garantiti dall'art. 7 perché non si può interpretare tale disposizione nel senso che impedisce, per effetto dell'applicazione immediata di una legge di procedura, un allungamento dei termini di prescrizione quando i fatti contestati non sono mai stati prescritti»²⁹. E qui giunge poi una precisazione di grande momento, che già vale –da sola- a smontare parte dell'impianto della decisione della Corte di giustizia: «la questione di una eventuale violazione dell'art. 7 da parte di una disposizione che avrebbe l'effetto di far rivivere la possibilità di sanzionare i fatti divenuti non punibili per effetto dell'intervenuta prescrizione è estranea al caso di specie [...] [i] ricorrenti, che non potevano ignorare che i fatti contestati potevano comportare la loro responsabilità penale, sono stati condannati per atti per i quali l'azione penale non si era mai estinta per prescrizione. Tali atti costituivano reato nel momento in cui sono stati commessi e le pene irrogate non sono più severe di quelle applicabili al momento dei fatti»³⁰.

La Corte di Strasburgo, dunque, ha affermato qualcosa di diverso e più complesso della semplice natura processuale delle norme sulla prescrizione e della radicale estraneità di queste al principio di legalità.

Il secondo rilievo va collegato a un ridimensionamento della portata dell'art. 52, c. 3, della Carta che, come ricordato, richiede di interpretare le disposizioni che tutelino gli stessi diritti protetti dalla CEDU in conformità al significato e alla portata attribuiti dalla Corte di Strasburgo. Tuttavia, come è stato rilevato³¹, l'art. 53 prevede che nessuna disposizione della Carta possa essere interpretata come limitativa o lesiva dei diritti e delle libertà fondamentali riconosciuti, tra gli altri, dalle costituzioni degli Stati membri. Questa disposizione sembra costruire, seppure involontariamente, lo spazio affinché le corti nazionali e le corti costituzionali in particolare possano attivare i controlimiti per contrastare un'indiscriminata prevalenza del diritto comunitario. Uno spazio che occorrerebbe sfruttare soprattutto quando emerga una frattura tra le diverse interpretazioni del medesimo principio offerte dalle corti europee e dalle corti nazionali, così come -nel caso di specie- con riguardo al principio di legalità³². Un interstizio, forse, più che uno spazio, alla luce dell'interpretazione dell'art. 53 che la Corte di giustizia ha restituito in occasione della sentenza [Melloni](#)³³, su cui si tornerà fra non molto.

3. *Il post-Taricco: l'incidente di legittimità costituzionale e la sentenza della terza sezione della Cassazione.*

La sentenza della Corte di giustizia ha destato da subito grandi preoccupazioni, non solo fra i cultori del diritto penale, e ha partorito, nei mesi successivi alla sua pronuncia, due risultati incoerenti.

Dapprima, con [ordinanza del 18 settembre](#), la seconda sezione penale della Corte d'appello di Milano ha sollevato una questione di legittimità costituzionale alla Consulta per supposta violazione dell'art. 25, c. 2, Cost.³⁴. Poi, il 20 gennaio scorso, la Corte di Cassazione ha depositato le motivazioni di una decisione in cui ha fatto pedissequa applicazione della [sentenza Taricco](#), una

²⁹ *Ivi*, p.to 149.

³⁰ *Ivi*, p.ti 149-150.

³¹ Mi riferisco al commento di F. CAPOTORTI, *Verso un revirement della Corte di giustizia in materia di prescrizione? Le conclusioni dell'avvocato generale nella causa Taricco e a.*, in [Eurojus.it](#), 20 luglio 2015.

³² *Ivi*.

³³ [Corte giust., 26 febbraio 2013, causa C-399/11, Stefano Melloni c. Ministero Fiscal.](#)

³⁴ [App. Milano, sez. II penale, ord. 18 settembre 2015.](#) A commento, v. F. VIGANÒ, *Prescrizione e reati lesivi degli interessi finanziari dell'UE: la Corte d'appello di Milano sollecita la Corte costituzionale ad azionare i 'controlimiti'*, in [Diritto Penale Contemporaneo](#), 21 settembre 2015.

[decisione](#) che risale al giorno precedente all'ordinanza di rimessione, il 17 settembre³⁵. Va detto che il Supremo Collegio ha implicitamente respinto i dubbi avanzati dalla Corte d'appello di Milano, ritenendo irrilevante adire la Corte costituzionale come invece ha fatto la seconda sezione.

Lo scenario, che pareva rischiararsi dopo il rinvio alla Consulta, pare ora nebuloso dopo il [pronunciamento della Cassazione](#), che sembra condurre all'erosione, se non a uno svuotamento, dei presidi garantistici voluti dal legislatore in materia penale.

Partiamo dalle luci, passeremo poi alle ombre. La Corte d'appello di Milano ha chiesto alla Corte costituzionale di attivare la categoria dei controlimiti, formulando un incidente di costituzionalità che investe la legge di esecuzione del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea nella parte in cui, imponendo di applicare l'art. 325 TFUE secondo l'interpretazione offerta dalla [sentenza Taricco](#), produca la disapplicazione degli artt. 160, u.c., c.p. e 161, c. 2, c.p. anche nei casi in cui derivino effetti sfavorevoli per l'imputato. Così facendo, secondo il giudice rimettente, la legge di esecuzione violerebbe l'art. 25, c. 2, Cost.

Nell'ordinanza, la Corte d'appello critica la sbrigativa valutazione della Corte di giustizia circa l'assenza di profili di incompatibilità con l'art. 49 della Carta: anche il giudice *a quo* evidenzia come si tratti di un ragionamento imperniato unicamente sull'interpretazione dell'art. 7 CEDU offerta dalla Corte di Strasburgo e come il riferimento, che la Corte di giustizia pretende risolutivo, alla sentenza *Coëme c. Belgio* non sia in realtà affatto pertinente. Si evidenzia, in particolare, come la sentenza in parola riguardasse un caso in cui la violazione dell'art. 7 era stata esclusa in quanto in termine di prescrizione oggetto di prolungamento non era ancora spirato al momento della modifica *in peius*. Diversamente, nel caso sottoposto alla Corte d'appello (così come in altri casi astrattamente pronosticabili), i reati ascritti agli imputati risultavano già estinti prima che la [sentenza Taricco](#) autorizzasse i giudici nazionali a disapplicare le previsioni sui termini massimi di estensione della prescrizione. Coticché, laddove la Corte avrebbe dovuto dichiarare l'estinzione del reato, si assisterebbe a una sorta di singolare e inaccettabile riviviscenza dell'azione processuale³⁶.

Ma l'argomento invero centrale nella critica a una supina recezione della [sentenza Taricco](#) riposa sull'identificazione dell'effettivo ambito di applicazione del principio di legalità. In questo passaggio emerge in modo prepotente il significato di una distinzione –quella tra norme sostanziali e processuali– che si ritiene di dover da subito dichiarare rilevante più per il senso di politica criminale che racchiude che per la sua vena formalistica. È infatti granitica la giurisprudenza, non solo costituzionale, che qualifica la prescrizione come istituto di diritto sostanziale e non meramente processuale. Così da evincerne la certa copertura che il principio di legalità offre anche per le norme che la disciplinano, che sarebbero altrimenti soggette al principio *tempus regit actum* al pari dell'intero settore processuale. La riserva di legge non è limitata, infatti, alle fattispecie

³⁵ [Cass. pen., sez. III, 17 settembre 2015](#). A commento della pronuncia del Supremo Collegio, cfr. F. VIGANÒ, *La prima sentenza della Cassazione post Taricco: depositate le motivazioni della sentenza della Terza Sezione che disapplica una prescrizione già maturata in materia di frodi IVA*, in [Diritto Penale Contemporaneo](#), 22 gennaio 2016.

³⁶ Se non a una vera e propria imprescrittibilità di fatto, come paventato da C. AMALFITANO, *op. cit.*, § 6. Si è infatti dibattuto sugli effetti dell'eventuale disapplicazione da parte del giudice nazionale delle norme che limitano a un quarto il prolungamento della prescrizione in ipotesi di interruzione. Varie, a tal riguardo, le opzioni prospettate, che vanno dalla sostanziale imprescrittibilità dei reati in questione all'applicazione del regime prescrizione previsto per le corrispondenti fattispecie incriminatrici che attentano agli interessi finanziari dello Stato (per ipotesi, sempre C. AMALFITANO, *ivi*, individua l'art. 291-*quater* del D.P.R. n. 43/1973). La Corte di Cassazione, invece, nella sentenza di cui sono state da poco depositate le motivazioni, ha individuato la conseguenza della disapplicazione nel decorso *ex novo* del termine di prescrizione nella sua integrità. Vi è da chiedersi se una soluzione siffatta, a prescindere dalle implicazioni che riguardano l'applicazione retroattiva di una legge sfavorevole, non sacrifichi eccessivamente l'interesse costituzionalmente tutelato alla ragionevole durata del processo, di cui all'art. 111 Cost. e all'art. 6 della CEDU. In precedenza, si era argomentato anche riguardo a una possibile, ma più problematica riviviscenza della disciplina *ante* riforma ex Cirielli, ovvero in merito all'estensione, tramite l'applicazione dell'art. 157 c.p., della disciplina meno favorevole prevista per l'area di eccezione nella quale l'allungamento è fissato nella metà del termine prescrizione. Cfr. in proposito anche S. MANACORDA, *La prescrizione sulle frodi gravi in materia di IVA*, cit., 6.

incriminatrici e alla definizione del trattamento sanzionatorio, ma si estende anche agli altri fattori che incidono in concreto sulla punibilità del reo, quali ad esempio l'istituto della prescrizione.

Così, ogni modifica *in malam partem* sulle disposizioni che regolano la prescrizione (come la non applicazione dei più favorevoli termini di prolungamento in caso di interruzione prevista dalla [sentenza Taricco](#)) sarebbe sottratta a un'applicazione retroattiva, potendosi unicamente impiegare per l'avvenire.

Dunque, è il contrasto tra l'art. 325 TFUE, così come interpretato dalla [sentenza Taricco](#), asseritamente estraneo a una violazione dell'art. 49 della Carta, e l'art. 25, c. 2, Cost., nella lettura estensiva data dalla Corte costituzionale italiana, a suggerire l'opponibilità dei controlimiti alla prevalenza del diritto dell'Unione.

Veniamo alle ombre. La Corte di Cassazione, con una [pronuncia](#) tutt'altro che convincente, si è invece affrettata a tacere ogni dubbio con una pronuncia che anche cronologicamente giunge a distanza di pochi giorni, praticamente a ridosso, della sentenza della Corte di giustizia. E che rappresenta, forse più della decisione della Corte di Lussemburgo, un'arma contundente, per almeno due ragioni. La prima è legata all'autorevolezza della fonte da cui la sentenza promana, ossia il massimo grado di giurisdizione dell'ordinamento. Non solo la Cassazione vincola verosimilmente i giudici comuni che dovranno fare applicazione del *diktat* della [sentenza Taricco](#), negando –peraltro, nella sua interpretazione- la sussistenza di profili di incostituzionalità che deriverebbero dall'attuazione di questa decisione. Ma la Corte compie anche una valutazione di fatto, presupposto indefettibile per raggiungere questa conclusione³⁷: ossia quell'apprezzamento delle condizioni che giustificano, da parte del giudice nazionale, una disapplicazione delle disposizioni in tema di prescrizione. Ed è difficile congetturare che un giudice di merito potrà in futuro dissociarsi dalla valutazione del Supremo Collegio, nel breve termine: a meno che, ovviamente, la Consulta si pronunci nel senso della contrarietà della disapplicazione imposta da Lussemburgo con l'art. 25, c. 2, Cost.

La seconda ragione risiede nel merito: la Corte di cassazione, per prima, esplora il terreno e non oppone alcun ostacolo all'applicazione della [sentenza Taricco](#).

Larga parte del ragionamento della Cassazione è imperniato sul richiamo alla [sentenza n. 236/2011](#) della Consulta, che avrebbe riconosciuto l'assenza di una copertura costituzionale rispetto alla pretesa irretroattività di disposizioni modificative dei termini di prescrizione in senso sfavorevole.

L'impianto che la Cassazione pretende di derivare dalla pronuncia della Corte costituzionale è assai criticabile. La Cassazione, infatti, sembra voler richiamare la pronuncia in parola per indicare che la Costituzione non osterebbe all'applicazione retroattiva di norme che emendino in senso sfavorevole al reo i termini prescrizionali. Il ragionamento della Corte costituzionale nella [sentenza n. 236/2011](#) si muoveva tuttavia nelle maglie di un percorso del tutto peculiare e diverso: nella fattispecie, il Giudice delle leggi era stato chiamato a vagliare la legittimità costituzionale del regime transitorio introdotto dalla legge c.d. ex Cirielli, inteso a precludere l'applicazione

³⁷ Per comprendere questa affermazione sembra utile rinviare al commento di S. MANACORDA, *La prescrizione sulle frodi gravi in materia di IVA*, cit., 3 sulla scelta della Corte di rimettere al giudice nazionale la valutazione sulle condizioni che legittimano la disapplicazione: «Affidare al giudice del caso concreto siffatto compito valutativo tradisce la consapevolezza da parte del massimo organo giurisdizionale dell'Unione degli effetti dirompenti destinati ad emergere da una decisione che incide su un istituto di parte generale così delicato come quello della prescrizione. Se concepita in astratto, con riferimento all'integralità dei procedimenti pendenti dinanzi alle autorità giudiziarie italiane, tale indicazione sembra investire il singolo giudice di un potere-dovere di apprezzamento generalizzato circa gli effetti della normativa espliciti dall'interruzione, che esorbita dalla sua cognizione, tranne forse nel caso in cui a pronunciarsi sia la Cassazione investita da un numero cospicuo di ricorsi in casi simili». Invece, prosegue l'A., 3-4: «Se concepito in concreto, come indicazione per il singolo giudice in relazione alla fattispecie oggetto del proprio giudizio, il riferimento ad un numero considerevole di casi gravi restringe la disapplicazione all'ipotesi di un numero elevato di frodi IVA, il più delle volte strutturate come reati-fine di un'associazione».

retroattiva di norme di maggior favore in tema di prescrizione. Per rispondere a questo interrogativo, i giudici si erano concentrati sul fondamento costituzionale del principio di retroattività della *lex mitior*, a ben vedere differente rispetto a quello di irretroattività dello *ius superveniens* di sfavore. Derivandolo, oltre che –come confermato dalla giurisprudenza costituzionale- da alcune norme come l’art. 3, dall’interpretazione offerta dalla Corte europea dei diritti dell’uomo all’art. 7 CEDU, da considerarsi alla stregua di un parametro interposto ai sensi dell’art. 117, c. 1, Cost. La Consulta, in particolare, si riferiva alla lettura estensiva operata dalla Corte di Strasburgo nella [sentenza Scoppola c. Italia](#)³⁸, che aveva condotto all’affermazione del principio di retroattività della *lex mitior*, sebbene la lettera della norma si esprima solo in merito all’irretroattività delle norme di sfavore. A questa interpretazione la Corte costituzionale si ricollegava per rilevare che il principio di retroattività della *lex mitior* così enunciato fosse comunque da concepirsi non in modo rigido come lo speculare principio di irretroattività, e così giustificarne –in consonanza a quanto già affermato dalla giurisprudenza costituzionale su un piano meramente interno- possibili deroghe, al ricorrere di circostanze giustificative.

Ebbene, la Corte costituzionale, in questo percorso argomentativo, finalizzato ad ammettere la possibilità –utilizzata dalla legge ex Cirielli- di non applicare necessariamente in maniera retroattiva le norme modificative della prescrizione che risultino favorevoli al reo, giunge a soffermarsi sull’ambito di applicazione del principio ricondotto all’art. 7 CEDU. E, *a contrario*, appoggiandosi alla sentenza *Coëme c. Belgio*, ne inferisce che –sia che si tratti di norme favorevoli che di norme sfavorevoli- tale principio non riguarderebbe le modifiche inerenti alla prescrizione, essendo piuttosto circoscritto alle disposizioni che descrivono fattispecie incriminatrici e ne individuano la pena. Conclusione che, rimarca la Consulta, la Corte di Strasburgo avrebbe raggiunto indipendentemente dalla qualificazione delle norme in tema di prescrizione come aventi natura sostanziale ovvero processuale³⁹.

Una smentita dell’argomento utilizzato dalla Corte di Cassazione nell’aderire alla pronuncia dei giudici di Lussemburgo si può ricavare, nondimeno, da un precedente assai significativo, che aveva riguardato un caso avente ad oggetto analogo problema⁴⁰. La vicenda interessava, segnatamente, la presunta illegittimità costituzionale proprio degli artt. 160, u.c., e 161, c. 2, c.p. come risultanti all’esito della legge ex Cirielli, per asserita violazione dell’art. 117, c. 1, Cost. per il tramite del parametro interposto dell’art. 6 della Convenzione OCSE sulla lotta alla corruzione di pubblici ufficiali stranieri nelle operazioni economiche internazionali fatta a Parigi il 17 dicembre 1997.

La fattispecie era strutturalmente speculare alla questione prospettata nel [caso Taricco](#): si dibatteva se l’ordinamento italiano, prevenendo limiti massimi all’aumento del tempo necessario alla prescrizione, contravvenisse alla norma di fonte internazionale che esige un termine di decorso della prescrizione adeguato per le indagini e il perseguimento del reato. A questo proposito, la Procura della Repubblica presso il Tribunale di Milano, con provvedimento del 2 febbraio 2012, chiedeva

³⁸ [Corte eur. dei diritti dell’uomo, 17 settembre 2009, Scoppola c. Italia, ric. 10249/03.](#)

³⁹ Lo stesso F. VIGANÒ, *La prima sentenza della Cassazione post Taricco*, cit., § 8, tra i meno critici rispetto alla pronuncia della Corte di giustizia, censura il ragionamento della Cassazione nella parte in cui importa le argomentazioni utilizzate dalla Corte costituzionale nella [sentenza n. 236/2011](#) per dedurne l’estraneità della prescrizione alla garanzia di cui all’art. 25, c. 2, Cost. Egli sostiene che la Cassazione avrebbe frainteso la logica utilizzata dalla Consulta in occasione di quella pronuncia, «la quale negò la 'copertura' convenzionale sotto l'ombrello dell'art. 7 CEDU della materia della prescrizione, allo specifico scopo di evitare la conseguenza - altrimenti inevitabile - della estensione anche a tale materia del principio di retroattività della legge penale più favorevole, che la Corte EDU aveva enunciato a chiare lettere nella sentenza Scoppola c. Italia del 2009. [...] La Corte costituzionale non aveva in quell'occasione, proprio alcuna necessità di azionare i controlimiti, dal momento che - stante l'estraneità della materia della prescrizione al *nullum crimen* convenzionale - le fonti sovranazionali pertinenti erano del tutto irrilevanti rispetto alla soluzione della questione allora sottoposta alla sua attenzione».

⁴⁰ Cfr. Procura della Repubblica di Milano, 2 febbraio 2012 (P.M. Dott. De Pasquale e Dott. Spadaro).

alla quarta sezione penale del tribunale ambrosiano, valutata la non manifesta infondatezza della questione, di investire la Corte costituzionale⁴¹.

La ricostruzione operata dal Pubblico Ministero, intesa a ottenere il medesimo risultato pratico ora imposto dalla [sentenza Taricco](#), assumeva che la prescrizione rivestisse natura meramente processuale, richiamandosi proprio alla [sentenza n. 236/2011](#) della Corte costituzionale e all'interpretazione -da questa avallata- dell'art. 7 della CEDU data dalla Corte europea nel caso *Coëme c. Belgio* come principio non applicabile alla prescrizione proprio in quanto istituto di natura processuale.

La Procura della Repubblica riteneva così che una declaratoria di incostituzionalità delle norme in discorso non avrebbe attinto il principio di legalità racchiuso nell'art. 25, c. 2, della Costituzione.

Questo ragionamento è stato però smentito dall'ordinanza del Tribunale di Milano che ha escluso l'ammissibilità della questione di legittimità costituzionale ravvisandovi il difetto del requisito di rilevanza.

E, invero, l'ordinanza approdava a differente esito rispetto alle prospettazioni della Procura della Repubblica.

Da un lato, il Tribunale riconosceva l'assenza di un'esplicita copertura costituzionale o convenzionale alla base dell'applicabilità retroattiva della *lex mitior*. Dall'altro, però, rilevava che in una fattispecie come quella oggetto del procedimento, l'assenza di una siffatta copertura costituzionale non potesse escludere un *vulnus* rispetto ai principi consolidati nell'art. 25 della Costituzione e nell'art. 7 della CEDU.

Sotto questo profilo, la quarta sezione, considerando la *lex mitior* di "natura abrogatoria" (e non meramente "derogatoria"), sosteneva che la sua eventuale cancellazione per via costituzionale non avrebbe potuto far rivivere norme non più esistenti. Così, occorrerebbe valutare se la "nuova" norma derivante della declaratoria di incostituzionalità sia applicabile retroattivamente, a seconda che sia favorevole o meno al reo. Di qui, il Tribunale prendeva atto della non rilevanza della questione ai fini del procedimento in corso, rilevando che la *lex mitior*, ancorché dichiarata incostituzionale, avrebbe egualmente ragione di applicarsi, non potendosi fare ricorso alle disposizioni *in peius* derivanti da un'eventuale pronuncia della Corte costituzionale.

In secondo luogo, il Tribunale di Milano si soffermava -dopo aver negato la rilevanza della questione di legittimità costituzionale- sul tema della qualificazione dell'istituto della prescrizione, contrastando l'argomento della Procura della Repubblica e richiamando ampia e consolidata giurisprudenza costituzionale in senso contrario alla natura processuale. Tanto la [sentenza n. 236/2011](#) quanto la pronuncia della Corte europea si sarebbero limitate a un *obiter dictum*, senza affrontare compiutamente l'analisi dell'istituto.

Dunque, la tentazione che i giudici nazionali avevano respinto secondo una lettura rigorosa della giurisprudenza costituzionale, senza nemmeno dover ricorrere alla Consulta, rischia ora di tornare per il valico offerto al diritto dell'Unione, di fronte al quale le difese immunitarie non possono che essere affidate alla Corte costituzionale.

4. Principio di legalità e ordinamento eurolunitario.

Per apprezzare nella sua dirompenza l'intervento della Corte di giustizia con la [pronuncia Taricco](#) non è inutile ripercorrere brevemente i precedenti nei quali i giudici di Lussemburgo sono

⁴¹ Trib. Milano, sez. IV, ord. 5 aprile 2012. V. anche il commento di D. TARANTINO, *Sull'ammissibilità di questioni di legittimità costituzionale relative alla disciplina della prescrizione*, in [Diritto Penale Contemporaneo](#), 12 giugno 2012 e, *amplius*, M. SCOLETTA, *La "rilevanza" delle questioni di legittimità costituzionale in malam partem: il caso della prescrizione del reato*, in *Riv. trim. di Dir. Pen. Contemporaneo*, 2/2012, 117 ss.

stati chiamati a confrontarsi con vicende da cui sono scaturite torsioni del principio di legalità per effetto dell'applicazione del diritto comunitario.

Non può non essere richiamato, in primo luogo, il caso *Niselli*⁴², nel quale la Corte di giustizia aveva preso in carico la verifica della compatibilità della nozione di “rifiuto” (l’oggetto materiale del reato) introdotta per effetto di una riforma nell’ordinamento italiano con quella prevista da una direttiva comunitaria, verifica dal cui esito dipendeva la possibilità di perseguire o meno il reato contestato all’imputato⁴³.

La Corte di giustizia ebbe a premurarsi di specificare che «una direttiva non può avere l'effetto, di per sé e indipendentemente da una norma giuridica di uno Stato membro adottata per la sua attuazione, di determinare o di aggravare la responsabilità penale di coloro che agiscono in violazione delle sue disposizioni»⁴⁴, così ribadendo un principio già affermato nella sentenza *Kolpinghuis Nijmegen*⁴⁵. Tuttavia, secondo i giudici del Lussemburgo, poiché nel caso di specie era incontestato che i fatti attribuiti all’imputato costituissero reato «non vi [era] motivo di esaminare le conseguenze che potrebbero discendere dal principio della legalità delle pene per l'applicazione della direttiva 75/442»⁴⁶. La Corte di giustizia ebbe a dichiarare l’incompatibilità con il diritto comunitario della norma più favorevole introdotta dal legislatore italiano, ritenendo la questione ammissibile ed escludendo qualsiasi frizione con il principio di legalità, «dato che i fatti sono stati commessi sotto la vigenza della norma incriminatrice originaria e quindi da questa puniti senza che sia la norma comunitaria contenuta in una direttiva a fondare direttamente la responsabilità dell’imputato»⁴⁷. Il ragionamento sembrerebbe analogo a quello seguito dalla Corte di giustizia nella sua pronuncia più recente, che qui si commenta.

Ma è il caso *Berlusconi* che offre senz’altro gli spunti di maggiore interesse se letto in controluce rispetto alla [sentenza Taricco](#). La Corte di giustizia era stata interpellata a fronte della novella intervenuta nella disciplina del falso in bilancio, in seguito alla derubricazione da delitti a contravvenzioni dei reati di false comunicazioni sociali previsti dagli artt. 2621 e 2622 c.c. Infatti, all’esito di tale derubricazione, il termine di prescrizione si sarebbe ridotto da sette anni e mezzo a quattro anni e mezzo e, per l’effetto, i reati contestati nel procedimento principale si sarebbero prescritti. In particolare, tra le varie questioni sollevate, la Corte era stata richiesta di verificare se le nuove disposizioni fossero compatibili con il diritto comunitario (e segnatamente con l’art. 6 della prima direttiva sul diritto societario) in relazione all’adeguatezza delle sanzioni (più miti) introdotte in occasione della riforma.

Questo precedente permette di instaurare un interessante parallelismo con la [vicenda Taricco](#), giacché all’origine del rinvio alla Corte di giustizia si collocava un dubbio circa la conformità delle disposizioni incriminatrici nazionali rispetto al diritto comunitario – in quel caso a una direttiva –⁴⁸, nella misura in cui era imposta l’adozione di sanzioni adeguate ed efficaci.

Al riguardo, la Corte affermava prima di tutto che «i diritti fondamentali costituiscono parte integrante dei principi generali del diritto di cui la Corte garantisce l’osservanza. A tal fine,

⁴² Corte giust., 11 novembre 2004, causa C-457/02, *Niselli*.

⁴³ Nella fattispecie, non vi era dubbio che il fatto previsto dalla norma incriminatrice costituisse reato al momento della sua commissione. Tuttavia, l’intervento di una novella, con il d.l. 138/02, aveva modificato la nozione di rifiuto, rendendo penalmente rilevante la condotta dell’imputato nel giudizio principale. Il giudice dubitava tuttavia della compatibilità della nuova nozione di “rifiuto” con il diritto dell’Unione europea, e segnatamente con la direttiva 75/442/CE. Sicché, nell’ipotesi in cui la definizione introdotta nell’ordinamento italiano fosse stata ritenuta in contrasto con la direttiva comunitaria, il procedimento penale già incardinato non avrebbe potuto che proseguire.

⁴⁴ P.to 29.

⁴⁵ Corte giust., 8 ottobre 1987, causa C-80/86, *Kolpinghuis Nijmegen*. V. anche Corte giust., 11 giugno 1987, causa C-14/86, *Pretore di Salò*; 26 settembre 1996, causa C-168/95, *Arcaro*.

⁴⁶ Corte giust., *Niselli*, p.to 30.

⁴⁷ C. SOTIS, *Il diritto senza codice: uno studio sul sistema penale europeo vigente*, Giuffrè, Milano, 2007, 125.

⁴⁸ Ma l’attenzione della Corte si appuntava anche sull’art. 5 TUE, cfr. p.to 51.

quest'ultima s'ispira alle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri e alle indicazioni fornite dai trattati internazionali in materia di tutela dei diritti dell'uomo cui gli Stati membri hanno cooperato o aderito»⁴⁹, così da concludere che «il principio dell'applicazione retroattiva della pena più mite fa parte delle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri»⁵⁰.

Successivamente, però, i giudici di Lussemburgo operavano un *self-restraint* in punto di valutazione della conformità con il diritto comunitario, recuperando il proprio orientamento sull'inidoneità di una direttiva a determinare o aggravare la responsabilità di coloro che agiscono in sua violazione⁵¹. E, poiché far valere la norma contenuta nella prima direttiva sul diritto societario in modo da derivarne la incompatibilità degli artt. 2621 e 2622 c.c. avrebbe l'effetto di escludere l'applicazione del regime sanzionatorio più mite, la Corte concludeva che una direttiva⁵² non può essere invocata dalle autorità di uno Stato membro come parametro da cui far discendere la responsabilità degli imputati in un procedimento penale⁵³.

Nella [vicenda Taricco](#), invece, come si è visto, la Corte di giustizia, tramite un'astuta manipolazione del parametro di giudizio, ha ricavato da una norma di diritto primario, e segnatamente dall'art. 325 TFUE, l'obbligo per lo Stato membro di disapplicare le disposizioni interne con esso contrastanti, senza risparmiarsi il *vulnus* che siffatta scelta produce sul principio di legalità.

Come è stato acutamente rilevato, la sentenza *Berlusconi*⁵⁴ ha invece preso le distanze dal caso *Niselli*⁵⁵ e da altri precedenti «laddove essi riconoscevano che non c'è alcuna rottura della legalità penale se «*all'epoca in cui sono stati commessi, i fatti che costituivano oggetto delle cause a quibus potevano essere puniti in base al diritto nazionale*» e se la norma penale che li ha sottratti all'applicazione delle originarie sanzioni è entrata in vigore soltanto successivamente»⁵⁶. Invece nella pronuncia della Corte di giustizia nel [caso Taricco](#) sembra evincersi un *revirement* proprio su questo punto: a nulla rileva secondo i giudici di Lussemburgo che, per effetto della disapplicazione delle norme codicistiche, il trattamento degli imputati risulti più sfavorevole rispetto al momento in cui il reato è stato commesso; la circostanza che gli imputati fossero consapevoli della rilevanza penale della loro condotta esclude, per la Corte, la violazione dell'art. 49 della Carta. Non coglie, la Corte, che una rottura della legalità penale è ben possibile, quantunque l'incisione delle garanzie riguardi soltanto le norme sulla prescrizione. La miopia della Corte di giustizia, su questo punto, sembra dovuta a un approccio eccessivamente fideistico rispetto all'interpretazione data dalla Corte europea sull'applicazione dell'art. 7 CEDU.

Non sembra improprio, infine, riannodare il racconto della [sentenza Taricco](#) con la [pronuncia Melloni](#)⁵⁷, che pure concerne un ambito materiale assai diverso.

⁴⁹ P.to 67.

⁵⁰ P.to 68.

⁵¹ Per un'analisi di dettaglio, cfr. V. MITSILEGAS, *Art. 49 – Principles of Legality and Proportionality*, in S. PEERS-T. HERVEY-J. KENNER-A. WARD (eds.), *The EU Charter of Fundamental Rights. A Commentary*, Hart Publishing, Oxford, 2014, spec. 1363 ss. Cfr. anche V. MANES, *Metodo e limiti dell'interpretazione conforme*, cit., 18-19.

⁵² Rispetto al caso di una decisione quadro, invece, cfr. Corte giust., 16 giugno 2005, causa C-105/03, *Pupino*.

⁵³ Così A. PUGIOTTO, *Questione rifiuti e falso in bilancio: vite parallele?*, in [Diritto all'Ambiente](#), 29 gennaio 2007, § 6: «L'invito così rivolto al giudice interno, primo custode del primato del diritto comunitario, a scrutinare attentamente la discrezionalità del legislatore sotto il profilo dell'adeguatezza delle sanzioni introdotte dalla direttiva CEE 68/151 non può sfociare nella disapplicazione della norma penale di favore sopravvenuta: rimedio precluso - nell'ordinamento interno - dalla natura *non self executing* della direttiva ed ora escluso - comunitariamente - dal principio del *favor rei*».

⁵⁴ Corte giust., 3 maggio 2005, cause riunite C-387/02, C-391/02 e C-403/02, *Silvio Berlusconi e altri*.

⁵⁵ Per un esame parallelo tra le pronunce *Niselli* e *Berlusconi*, si v. ancora C. SOTIS, *op. cit.*, 125 ss.

⁵⁶ Ancora A. PUGIOTTO, *op. cit.*

⁵⁷ La fisionomia dei due casi, infatti, al netto delle differenze che si rileveranno, è pressoché identica, come osserva F. VIGANÒ, *Disapplicare le norme vigenti sulla prescrizione*, cit., § 7, una volta che la Corte di giustizia abbia accertato che un obbligo eurounitario è compatibile con i diritti fondamentali riconosciuti a livello europeo, gli Stati membri non

In [Melloni](#) la Corte del Lussemburgo ha ritenuto che il diritto dell'Unione europea (segnatamente la decisione quadro sul mandato d'arresto europeo) impedisse alle autorità giudiziarie degli Stati membri di subordinare l'esecuzione di un mandato d'arresto europeo alla previsione, da parte dello Stato emittente, di un meccanismo di revisione di una sentenza di condanna pronunciata *in absentia*. Il *Tribunal Constitucional*, in quanto giudice del rinvio, si domandava se le autorità nazionali fossero autorizzate a derogare agli obblighi previsti dalla decisione quadro in nome della tutela del diritto fondamentale alla difesa.

Secca è stata, come noto, la risposta della Corte di giustizia: gli Stati membri non possono sottrarsi agli obblighi previsti dal diritto comunitario, peraltro giudicati compatibili con le disposizioni della Carta, in nome di un livello di tutela più elevato che l'ordinamento nazionale accorda a taluni diritti fondamentali.

Di questa vicenda è interessante segnalare soprattutto il seguito, con il *Tribunal Constitucional*⁵⁸ che ha evitato di opporre il diritto a un processo equo, sancito dall'art. 24 della Costituzione spagnola, in funzione di controlimita rispetto all'applicazione del mandato d'arresto europeo⁵⁹. Preferendo, invece, rivisitare la propria consolidata giurisprudenza sull'ambito di tutela garantito a tale diritto e optando per una differenziazione a seconda della giurisdizione in cui lo stesso debba concretamente essere esercitato. Così pervenendo, di fatto, a un abbassamento del livello di protezione dei diritti fondamentali interessati, giudicato dalla Corte superiore a quello garantito dalla Carta.

Nel [caso Melloni](#)⁶⁰, dunque, il giudice costituzionale spagnolo non è riuscito nell'intento di innalzare il livello di tutela interno dei diritti fondamentali, e in particolare il diritto alla difesa, scontrandosi con l'interpretazione della Corte di giustizia, preclusiva di ogni possibilità di deroga agli obblighi derivanti, nella fattispecie, da una decisione quadro. Viene da chiedersi se a fronte della sortita della Corte costituzionale, i giudici italiani potranno invece preservare il livello di tutela garantito al principio di legalità nell'ordinamento interno.

Da un punto di vista strutturale, si osservano comunque due importanti differenze: anzitutto, nel [caso Melloni](#) era in questione la compatibilità delle norme interne con disposizioni di diritto derivato, segnatamente di una decisione quadro; nella [sentenza Taricco](#), invece, l'obbligo di disapplicazione deriva da una norma di diritto primario, appunto l'art. 325 TFUE. In secondo luogo, si deve rilevare che nella [vicenda Melloni](#) era stato il *Tribunal Constitucional* a interfacciarsi direttamente con la Corte di giustizia, ricevendo per risposta una declaratoria di compatibilità della

potrebbero rifiutarsi di darvi esecuzione, quantunque esso contrasti con l'ordinamento costituzionale. Profeticamente, l'Autore immaginava che soltanto la Corte costituzionale avrebbe potuto ergersi a protagonista di un possibile scontro con la Corte di giustizia: "detto-fatto", la Consulta è stata investita di una questione di legittimità costituzionale nella quale avrà la possibilità di attivare i controlimiti e consumare l'ultimo capitolo dello scontro con la Corte di giustizia.

⁵⁸ [Tribunal Constitucional de España, 13 febbraio 2014, ric. 6922/2008.](#)

⁵⁹ Su tutti si segnala il commento di F. VIGANÒ, *Obblighi di adeguamento al diritto UE e 'controlimiti': la Corte costituzionale spagnola adegua, bon gré mal gré, alla sentenza dei giudici di Lussemburgo nel caso Melloni*, in [Diritto Penale Contemporaneo](#), 9 marzo 2014.

⁶⁰ Per i commenti più significativi, cfr. A. RUGGERI, *La Corte di giustizia, il primato incondizionato del diritto dell'Unione e il suo mancato bilanciamento col valore della salvaguardia dei principi di struttura degli ordinamenti nazionali nel loro fare "sistema"*, in [Diritti Comparati](#), 2 aprile 2013; M. IACOMETTI, *Il caso Melloni e l'interpretazione dell'art. 53 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea tra Corte di giustizia e Tribunale costituzionale spagnolo*, in [Rivista AIC, Osservatorio costituzionale](#), ottobre 2013; G. DE AMICIS, *All'incrocio tra diritti fondamentali, mandato d'arresto europeo e decisioni contumaciali: la Corte di giustizia e il "caso Melloni". Un commento a margine della sentenza Melloni della Corte di Giustizia*, in [Diritto Penale Contemporaneo](#), 3 giugno 2013; A. RUGGERI, *"Dialogo" tra Corti europee e giudici nazionali, alla ricerca della tutela più intensa dei diritti fondamentali (con specifico riguardo alla materia penale e processuale)*, in [Diritti Fondamentali](#), 11 novembre 2013; S. MANACORDA, *Dalle carte dei diritti a un diritto penale à la carte*, in [Riv. trim. di Dir. Pen. Contemporaneo](#), 3/2013, 242 ss.; R. CONTI, *Il caso Melloni: Corte Giust. Unione Europea 26 febbraio 2013 (Grande Sezione) C-399/11. Un'occasione da non perdere per alimentare il dialogo fra Giudici*, in [Cultura e diritti](#), 2/2013, 109 ss.

decisione quadro con la Carta, che avrebbe dovuto dissuadere lo Stato membro interessato dall'opporre i controlimiti, nella forma di una maggior tutela garantita all'art. 24 della Costituzione spagnola; in [Taricco](#), invece, è un giudice comune ad aver attivato il rinvio pregiudiziale, circostanza da cui discende un più ampio margine di azione per la Corte costituzionale, che non a caso è stata interpellata nell'immediatezza del deposito della sentenza.

5. *“Se non ora, quando?”. Conclusioni (gioco forza) prospettiche, confidando nei controlimiti*⁶¹.

La questione di legittimità costituzionale sollevata dalla Corte d'appello di Milano appare dirimente per sciogliere il nodo al centro della [vicenda Taricco](#) e restituire indicazioni chiare sul rapporto tra principio di legalità e tutela degli interessi finanziari dell'Unione.

In una vicenda in cui ci si sarebbe attesi il definitivo abbandono di una prospettiva mercantilistica che per lungo tempo ha caratterizzato la costruzione comunitaria e la stessa giurisprudenza della Corte di giustizia, lo scontro tra la tutela degli interessi finanziari e il principio di legalità presta il fianco per meditare sull'effettiva assimilazione di una parte importante del patrimonio costituzionale. E l'occasione si offre, vale la pena di segnalarlo, a prescindere dalla mera qualificazione delle disposizioni in tema di prescrizione alla stregua di norme processuali ovvero sostanziali.

Occorre però interrogarsi, ora, su quali esiti potranno promanare dalla decisione della Consulta che avrà a pronunciarsi sul merito della questione di legittimità costituzionale.

Da un lato, qualora la Corte costituzionale intendesse aderire all'assunto per cui le norme in materia di prescrizione attingono il principio di legalità, avendo natura sostanziale o producendo effetti che incidono sulla punibilità del reo, potrebbe azionare il meccanismo dei controlimiti per contrastare l'esecuzione della [sentenza Taricco](#) da parte dei giudici comuni e impedire una

⁶¹ Su questo sfondo garantistico, un moto di senso opposto nel rapporto tra Corte costituzionale e corti sovranazionali sembra potersi cogliere nella vicenda *Varvara*, laddove si sono susseguite una pronuncia della Corte europea dei diritti dell'uomo (sentenza del 29 ottobre 2013, *Varvara c. Italia*, ric. n. 17475/09) e una, più recente, della Corte costituzionale (n. 49/2015), aventi a oggetto la cosiddetta “confisca urbanistica” prevista dall'art. 44, c. 2, D.P.R. 380/2001 in relazione al reato di lottizzazione abusiva. Secondo la giurisprudenza consolidata della Corte di cassazione, tale misura, in quanto sanzione di natura amministrativa, avrebbe ragione di applicarsi anche in ipotesi di estinzione del reato di lottizzazione abusiva per prescrizione, una situazione che taluni hanno definito, per la sua anomalia, una “pena senza condanna”. Questa prassi, invalsa come diritto vivente nella giurisprudenza domestica, è stata dichiarata contraria all'art. 7 CEDU dalla Corte europea dei diritti dell'uomo. Si è così formata la convinzione che un'applicazione della confisca in ipotesi di prescrizione del reato presupposto della misura fosse illegittima. La questione è giunta più di recente all'attenzione della Consulta, che ha restituito, con la [sentenza n. 49/2015](#), una pronuncia di inammissibilità che presenta nondimeno notevoli spunti di interesse sul rapporto tra la giurisprudenza della Corte europea e il ruolo dei giudici comuni, ponendo le basi per una differenziazione dell'intensità del vincolo interpretativo che la pronuncia della Corte di Strasburgo può produrre. L'elemento che però emerge in modo abbastanza chiaro nella sentenza della Corte costituzionale è l'esistenza di una differente visione del rapporto tra i vari diritti fondamentali attinti dalla fattispecie (diritto di proprietà, principio di legalità su tutti). Per alcuni commenti, *ex multis*, cfr. A. RUGGERI, *Fissati nuovi paletti dalla Consulta a riguardo del rilievo della Cedu in ambito interno*, in [Diritto Penale Contemporaneo](#), 2 aprile 2015; F. VIGANÒ, *La Consulta e la tela di Penelope. Osservazioni a primissima lettura su C. cost., sent. 26 marzo 2015, n. 49, in materia di confisca di terreni abusivamente lottizzati e proscioglimento per prescrizione*, *ivi*, 30 marzo 2015; M. BIGNAMI, *Le gemelle crescono in salute: la confisca urbanistica tra Costituzione, CEDU e diritto vivente*, *ivi*, 30 marzo 2015; V. MANES, *La “confisca senza condanna” al crocevia tra Roma e Strasburgo: il nodo della presunzione di innocenza*, *ivi*, 13 aprile 2015; G. MARTINICO, *Corti costituzionali (o supreme) e ‘disobbedienza funzionale’*, *ivi*, 28 aprile 2015; V. ZAGREBELSKY, *Corte cost. n. 49 del 2015, giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani, art. 117 Cost., obblighi derivanti dalla ratifica della Convenzione*, in [Rivista AIC](#), Osservatorio costituzionale, maggio 2015; D. TEGA, *La sentenza della Corte costituzionale n. 49 del 2015 sulla confisca: il predominio assiologico della Costituzione sulla Cedu*, in [Forum di Quaderni Costituzionali](#), 30 aprile 2015.

disapplicazione che riuscirebbe verosimilmente disinvolta e diffusa degli artt. 160, u.c., c.p. e 161, c. 2, c.p., con esiti poco nobili per un sistema di ispirazione garantista.

Dall'altro lato, laddove la Corte non aderisse a questa ricostruzione, si assisterebbe a un clamoroso *revirement*, favorito forse da una lettura precipitosa –in cui sembra essere incorsa la Cassazione– del precedente dato con [sentenza n. 236/2011](#): ne discenderebbe, infatti, la prevalenza dell'art. 325 TFUE a imporre la disapplicazione delle disposizioni interne e una conseguente, allarmante regressione delle garanzie in materia penale che sarebbe fondata sull'estraneità al principio di legalità di cui all'art. 25, c. 2, Cost. delle disposizioni in tema di prescrizione, laddove la giurisprudenza costituzionale ha fatto proprio un anatema di segno contrario negli ultimi decenni⁶². Se non ora, dunque, quando? È difficile immaginare un momento più opportuno per rivendicare lo spazio che i principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale continuano a occupare.

Lo scenario resterebbe aperto, in ogni caso, per quanto attiene gli imputati che fossero condannati per effetto della pronuncia più recente della Cassazione, dove la sentenza gravata ha formato oggetto di annullamento con rinvio, o comunque in altri casi conclusi con la pronuncia di una sentenza definitiva resa possibile dalla disapplicazione del termine di estensione della prescrizione.

Occorre domandarsi cosa accadrebbe nel caso in cui, in esito a sentenze divenute irretrattabili e pronunciate sulla base della disapplicazione imposta dalla [sentenza Taricco](#), la Corte costituzionale dichiarasse di dover opporre i controlimiti per giustificare la “disobbedienza” dei giudici comuni al *diktat* del Lussemburgo. La strada sembrerebbe segnata, in un intreccio che rievoca per diversi aspetti quanto accaduto nel [caso Scoppola](#), per il ricorso alla Corte di Strasburgo⁶³.

⁶² Vi sarebbe forse un *tertium* nelle opzioni a disposizione della Consulta, variante in realtà della prima: limitandosi a un ragionamento in rito, la Corte potrebbe dichiarare carente il requisito della rilevanza, dando per assodato che, a voler ritenere le norme sulla prescrizione aderenti al nucleo del principio di legalità, anche una loro eventuale modifica, conseguente sia ad appurata incostituzionalità rispetto al parametro interposto del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, sia alla ritenuta esigenza di disapplicazione a fronte della prevalenza della fonte comunitaria, non potrebbe egualmente trovare applicazione nella fattispecie, stante il principio della irretroattività delle norme di sfavore. E così tacere la questione sul nascere, secondo un ragionamento non dissimile (ma riguardante una fattispecie differente) da quello seguito nell'ordinanza del Tribunale di Milano dell'aprile 2012. Inoltre (e non a caso), evidenzia F. VIGANÒ, *Disapplicare le norme vigenti sulla prescrizione*, cit., § 6: «le questioni di legittimità costituzionale miranti a un *allungamento* dei termini di prescrizione sono state sinora sempre giudicate inammissibili proprio perché il loro eventuale accoglimento avrebbe comportato un aggravamento della responsabilità penale dell'imputato e – dunque – un'ingerenza della Corte costituzionale in un dominio esclusivamente al *legislatore* in forza, appunto, dell'art. 25, co. 2 Cost.». Timori rispetto all'affermazione di una soluzione processuale dell'incidente di legittimità costituzionale che pende innanzi alla Consulta sono espressi anche da G. TARLI BARBIERI, *op. cit.*

⁶³ In caso di accoglimento del ricorso da parte della Corte europea, sarebbe verosimile attendersi una revisione del giudicato secondo quanto stabilito dalla Corte costituzionale nella [sentenza n. 113/2011](#), nel caso *Dorigo*, dichiarando l'illegittimità costituzionale dell'art. 630 c.p.p. proprio nella parte in cui non ammetteva tra i casi di revisione l'ipotesi in cui ciò fosse necessario, ai sensi dell'art. 46 CEDU, per conformarsi a una sentenza definitiva della Corte europea dei diritti dell'uomo. Nella fattispecie, la [sentenza della Commissione europea dei diritti umani del 9 settembre 1998, Dorigo c. Italia, ric. 33286/96](#) aveva accertato la violazione del diritto al giusto processo in danno del sig. Dorigo, condannato sulla base di dichiarazioni rilasciate nella fase delle indagini preliminari di co-imputati poi sottrattisi all'esame nel corso del dibattimento. Più diffusamente, sul tema, si v. i commenti di G. CANZIO, *Giudicato “europeo” e giudicato penale italiano: la svolta della Corte costituzionale*, R.E. KOSTORIS, *La revisione del giudicato iniquo e i rapporti tra violazioni convenzionali e regole interne* e A. RUGGERI, *La cedevolezza della cosa giudicata all'impatto con la Convenzione europea dei diritti umani...ovverosia quando la certezza del diritto è obbligata a cedere il passo alla certezza dei diritti, confluiti nella Tavola rotonda Gli effetti dei giudicati “europei” sul giudicato italiano dopo la sentenza n. 113/2011 della Corte costituzionale*, in [Rivista AIC](#), 2/2011, 28 giugno 2011; cfr. anche S. LONATI, *La Corte costituzionale individua lo strumento per dare attuazione alle sentenze della Corte europea: un nuovo caso di revisione per vizi processuali*, in [Diritto Penale Contemporaneo](#), 19 maggio 2011; E. MALFATTI, *Quando perseverare non è diabolico. Dalla vicenda Dorigo un fondamentale stimolo alla possibile “revisione” del giudicato interno*, in [Rivista AIC](#), 4/2011, 18 dicembre 2011; A. GUAZZAROTTI, *Il caso Dorigo: una piccola rivoluzione nei rapporti tra CEDU e*

Ma qui, di fronte al giudice supremo dei diritti fondamentali, interverrebbero due fattori.

Da un lato, una pregressa valutazione, condotta dalla Corte di giustizia nel *reasoning* della [sentenza Taricco](#), in ordine all'assenza di un contrasto con l'art. 49 della Carta rispetto alla pretesa disapplicazione dei termini di prescrizione in nome dell'art. 325 TFUE. Un ragionamento che potrebbe forse influenzare la posizione della Corte di Strasburgo.

Dall'altro lato, la giurisprudenza della Corte europea in materia, limitata invero alla già ricordata pronuncia *Coëme c. Belgio*, nella quale tuttavia i giudici si erano espressi molto chiaramente nel senso della natura processuale dell'istituto della prescrizione, che in quanto tale sarebbe estraneo all'ambito di applicazione dell'art. 7 della CEDU.

Di fronte a questi pregressi apprezzamenti, quale forza potrebbe avere anche l'eventuale statuizione della Corte costituzionale che opponesse i controlimiti? La Consulta rischierebbe di rimanere isolata nella dinamica dialogica tra le corti europee, per il suo arroccamento a presidio garantistico del principio di legalità. Ovviamente, lo scenario riuscirebbe oltremodo complicato laddove la Corte costituzionale si rifiutasse di azionare i controlimiti e i soggetti condannati (ben più agevolmente, a quel punto) all'esito della disapplicazione dei termini di prolungamento massimo della prescrizione ritenessero di adire la Corte di Strasburgo.

Quale àncora di salvataggio da una triangolazione che potrebbe risultare letale per il principio di legalità come modellato e consolidato da una granitica giurisprudenza costituzionale?

Il rimedio potrebbe essere costituito dalla concretezza che caratterizza la giurisprudenza della Corte di Strasburgo, incline non solo a valorizzare gli elementi della fattispecie concreta nella loro singolare irripetibilità ma anche a considerare con peculiare attenzione il contesto normativo di riferimento. È la metodologia di Strasburgo che, forse, potrebbe salvare da un triste regresso delle garanzie penali coloro che fossero stati condannati per effetto di una sentenza, la [Taricco](#), che sacrifica in modo inaccettabile sull'altare degli interessi finanziari dell'Unione una parte indiscussa del patrimonio costituzionale domestico. Del resto, la stessa pronuncia più volte richiamata, tanto dalla Corte di giustizia quanto (in modo del tutto improprio) dalla Cassazione, *Coëme c. Belgio*, non soltanto costituisce pressoché un *unicum* in materia ma si riferisce a una fattispecie connotata da tratti peculiari, come già si è rimarcato.

Nulla vieta che la Corte europea, considerando la forza acquisita dal divieto di applicare retroattivamente *in peius* anche le disposizioni sulla prescrizione nell'*humus* costituzionale domestico, rivisiti il proprio precedente e addivenga a un diverso approccio, anche in considerazione delle differenze concrete.

In definitiva, l'auspicio da formulare per l'esito della questione di legittimità costituzionale sollevata dalla Corte d'appello di Milano non può che essere l'attivazione dell'art. 25, c. 2, Cost. quale controlimite⁶⁴.

Forse l'opzione in grado di sciogliere il nodo creato dalla pronuncia della Corte di giustizia è quella che recupera l'essenza delle scelte di politica criminale sottese all'ordinamento domestico. A ben vedere, infatti, la qualificazione (tutt'altro che controversa, in Italia) delle disposizioni che regolano la durata della prescrizione in senso sostanziale ovvero processuale si rivela solo

ordinamento interno?, in *Quest. giustizia*, 1/2007, 149 ss; A. FILIPPINI, *Il caso Dorigo. La CEDU e la Corte costituzionale: l'effettività della tutela dei diritti dopo le sentenze 348 e 349 del 2007*, in [Costituzionalismo.it](#), 2/2008.

⁶⁴ Appare condivisibile l'auspicio di un moto di "patriottismo costituzionale" o comunque di una reazione, affidata alla Corte costituzionale, che rivendichi lo spazio che compete all'ordinamento interno e solleci un atteggiamento più "dialogante" da parte della Corte di giustizia su temi che rischiano di esulare dalle sue competenze. Emblematico è il richiamo di A. CIAMPI, *La sentenza Taricco tra diritto penale e diritto dell'UE*, cit., al *Mangold-Urteil* del *Bundesverfassungsgericht*, ossia la pronuncia con cui, all'esito della decisione del 22 settembre 2005, C-144/04, nel caso *Mangold*, che aveva imposto ai giudici nazionali la disapplicazione di una norma in materia di pubblico impiego, il Tribunale costituzionale federale tedesco reagì con una rinnovata elaborazione del sindacato sugli atti *ultra vires*. Cfr. sul punto P. FARAGUNA, *Germania: il Mangold-Urteil del BverfG. Controllo ultra-vires sì, ma da maneggiare europarechtsfreundlich*, in *Quad. cost.*, 4/2010, 863 ss.

all'apparenza dirimente, essendo invece decisiva una proprietà tipica di queste norme, ossia la capacità di incidere sulle vicende della punibilità del reato.

Assumendo questa prospettiva, risulta evidente come le norme in materia di prescrizione attengano all'*an* della punibilità, laddove le fattispecie incriminatrici ne descrivono il *quantum*. Se dunque le norme sostanziali non possono mai conoscere, in conformità all'art. 25, c. 2, Cost., un'applicazione retroattiva –laddove questa si risolvesse nell'attribuzione di rilevanza penale a condotte che ne erano sguarnite al momento della loro consumazione ovvero nell'aggravamento del trattamento sanzionatorio riferito a una data fattispecie- analogo principio dovrebbe estendersi alle disposizioni che modifichino *in peius* il regime della prescrizione. Così, se si argomentasse diversamente e si consentisse un'applicazione retroattiva di norme di sfavore in tema di prescrizione – in ragione solamente della loro presunta ma indimostrata veste “processuale”⁶⁵ e non “sostanziale” – si smentirebbe proprio la *ratio* espressa dalle scelte di politica criminale che, quasi in un gioco di specchi riflessi, si rifrangono tra le disposizioni codicistiche, e in specie l'art. 2 c.p., e la Costituzione, segnatamente nell'art. 25.

Con questo argomento, non si intende ovviamente avvalorare l'idea di una supremazia delle disposizioni di rango legislativo su quelle di livello costituzionale, ma semmai evidenziare come il contenuto del principio di legalità, fermo quanto previsto dalla Costituzione, acquisisca più nitida fisionomia e si arricchisca alla luce delle disposizioni che traducono in modo più netto (di quanto non faccia l'art. 25) le opzioni di sistema e i principi cui l'ordinamento penale è informato. Il che permette di superare l'ostacolo rappresentato dalla (in larga parte) sterile dicotomia tra norme sostanziali e processuali che ha distolto l'attenzione della ricerca del senso di presidio garantistico racchiuso nelle regole sulla prescrizione, avvalorando letture formalistiche come quella offerta da ultimo dalla Cassazione.

Il terreno appare dunque fertile affinché la Corte costituzionale possa opporre l'esistenza dei controlimiti all'applicazione della sentenza [Taricco](#): e, agendo in contropinta rispetto a ogni deriva contraria, rivendicare il proprio *last say* in una fase in cui il rischio di marginalizzazione e isolamento parrebbe alto⁶⁶.

⁶⁵ È pur vero che nella maggior parte degli ordinamenti degli Stati membri l'istituto della prescrizione riveste natura processuale. Appare tuttavia improbabile che possa, rispetto a questo fattore di influenza esterna, predicarsi una vera e propria operazione di osmosi per via giurisprudenziale, per diversi di motivi: in primo luogo, non sembra che possa dirsi formata una tradizione costituzionale comune specificamente codificata in tal senso che peraltro, a ben vedere, sarebbe una tradizionale “in negativo”, in quanto fondata sull'esclusione delle disposizioni in tema di prescrizione dell'ambito del principio di legalità (può essere utile richiamare il contributo di O. POLLICINO, *Dalla sopravvivenza delle tradizioni costituzionali comuni alla Carta di Nizza: ovvero dal mancato avverarsi di una (cronaca di) morte annunciata*, in *questo Volume*, in particolare ove l'A. si sofferma sull'esigenza di un lasso temporale e di condizioni univoche per ritenere consolidata una determinata tradizione costituzionale) in forza di una concezione eminentemente processualistica dell'istituto; e che proprio perché –in ipotesi- si tratterebbe di un principio “in negativo”, dalla sua importazione non può che derivare una *deminutio* in termini di tutela, che comporterebbe l'esigenza di ricorrere alla categoria dei controlimiti (una tradizione costituzionale comune si è senz'altro formata, invece, come esplicitamente ammesso dalla Corte di giustizia nel caso *Berlusconi* circa l'applicazione retroattiva della *lex mitior*). D'altro canto, se si volesse ragionare secondo lo schema della [sentenza Melloni](#), non pare che la tutela del principio di legalità secondo un'intensità maggiore del livello previsto dalle disposizioni della Carta possa compromettere l'applicazione uniforme del diritto dell'Unione o la sua unitarietà, anche in ragione della peculiare vicenda al centro del caso [Taricco](#), che si appunta su una specifica problematica dell'ordinamento italiano.

⁶⁶ Sia consentito menzionare, ad avvalorare questa posizione, un passaggio tutt'altro che irrilevante della sentenza *Varvara*, in cui la Corte costituzionale ha precisato che: «il più delle volte, l'auspicabile convergenza degli operatori giuridici e delle Corti costituzionali e internazionali verso approcci condivisi, quanto alla tutela dei diritti inviolabili dell'uomo, offrirà una soluzione del caso concreto capace di conciliare i principi desumibili da entrambe queste fonti. Ma, nelle ipotesi estreme in cui tale via appaia sbarrata, è fuor di dubbio che il giudice debba obbedienza anzitutto alla Carta repubblicana».

La frizione con il patrimonio costituzionale, insomma, appare troppo grave, in questo frangente, per poter tollerare un'obbedienza incondizionata al *diktat* della Corte di giustizia⁶⁷.

⁶⁷ Rileva ancora V. MANES, *Metodo e limiti dell'interpretazione conforme*, cit., 31, che il rispetto del patrimonio costituzionale interno «rappresenta il fondamentale presupposto di esperibilità dell'integrazione per via ermeneutica, quale che essa sia, e dunque il margine di tollerabilità dell'apertura dell'ordinamento domestico all'ordinamento sovranazionale» e richiama, a questo proposito, l'opinione di M. LUCIANI, *Le funzioni sistemiche della Corte costituzionale*, in Federalismi.it, 8 agosto 2007, 10-11, secondo cui «il parametro di accettazione dell'esito ermeneutico conforme» andrebbe individuato non solo nei principi fondamentali della Costituzione che si ergono a controlimiti ma in tutte le norme costituzionali, con conseguente detrimento del primato del diritto dell'Unione europea rispetto a queste ultime (che, a differenza dei principi costituzionali, sono normalmente derogabili).

Antonio Ruggeri

Il primato del diritto dell'Unione sul diritto nazionale: lo scarto tra il modello e l'esperienza e la ricerca dei modi della loro possibile ricomposizione*

SOMMARIO: 1. Notazioni di metodo, a riguardo delle prospettive, dei piani e dell'oggetto dello studio. – 2. Lineamenti del modello, dal punto di vista sia dell'Unione che dello Stato (in ispecie, la relativizzazione del primato, a fronte dell'obbligo fatto all'Unione stessa di prestare osservanza ai principi di struttura degli ordinamenti nazionali: precisazioni a riguardo dell'operatività dei “controlimiti”, alla luce della Costituzione come “sistema”). – 3. Principio della massimizzazione della tutela dei diritti e ordinazione mobile, secondo i casi e su basi di valore, delle norme che la apprestano. – 4. Lo scarto tra modello ed esperienza: dall'idea di un primato del diritto dell'Unione relativo o condizionato alla sostanziale acquiescenza verso di esso manifestata dai giudici nazionali. – 5. Il diverso trattamento riservato dal giudice costituzionale al diritto eurounitario ed a quello convenzionale e la confusione fatta tra un'incompatibilità *reale* ed una invece meramente *apparente* tra norme di origine esterna e norme nazionali (anche costituzionali). – 6. Verso un paritario e congiunto “primato” di tutte le Carte, anche grazie a talune innovazioni di ordine istituzionale riguardanti i rapporti tra le rispettive Corti, volte ad incoraggiarne lo svolgimento in spirito di autentica, “leale cooperazione”.

1. Notazioni di metodo, a riguardo delle prospettive, dei piani e dell'oggetto dello studio

Alcune preliminari avvertenze di ordine metodico.

La prima riguarda la prospettiva da cui il primato va osservato, che a mia opinione conviene che si spieghi ad un triplice piano, presentandosi a un tempo come *prescrittiva*, *descrittiva*, *predittiva*, riguardando come avrebbe dovuto o dovrebbe conformarsi il primato stesso secondo modello, come abbia fin qui avuto modo di affermarsi nell'esperienza e, infine, quale potrebbe essere nei prossimi sviluppi delle relazioni interordinamentali.

La seconda attiene all'angolo visuale dal quale giova far luogo all'osservazione, un angolo duplice, dovendo la stessa aversi tanto dal punto di vista dell'Unione quanto da quello dello Stato (per ciò che qui specificamente importa, del nostro), verificando quindi se i punti stessi convergono ovvero divergono (e, nell'uno e nell'altro caso, in che misura).

La terza, direttamente discendente da quest'ultima, attiene al materiale utilizzato al fine di far luogo alla verifica suddetta. È ovvio che il riferimento va fatto in primo luogo alla giurisprudenza, grazie alla quale il diritto *vigente* ha modo di convertirsi in *vivente*. Va nondimeno rammentato che quest'ultimo non si esaurisce nei soli indirizzi giurisprudenziali, i quali sono solo una delle componenti la pratica giuridica¹; avverto, poi, che ragioni di spazio obbligano qui ad un forte riduzione del materiale giurisprudenziale utilizzato: farò perciò capo, per quanto attiene all'ambito interno, unicamente alla giurisprudenza costituzionale, senza poter fare neppure un cenno a quella comune. Si tratta di una dolorosa rinuncia che porta a qualificare come parziali e *quodammodo* condizionati gli esiti ricostruttivi raggiunti, sol che si convenga – come devesi – a riguardo della centralità di posto che va riconosciuta alla giurisprudenza dei giudici comuni², da cui vengono sollecitazioni ed indi-

* Intervento al *workshop* su *Diritto dell'Unione Europea e Internazionale* tenutosi presso la Corte di Cassazione il 12 e 13 novembre 2015. Lo scritto è aggiornato al 10 febbraio 2016.

¹ Basti solo por mente al rilievo del diritto vivente amministrativo, per quanto – come negli *iceberg* – esso costituisca la parte sommersa di pratiche giuridiche di corposa consistenza e tuttavia di problematica conoscenza e sistemazione.

² Su ciò la più sensibile dottrina va da tempo, e con dovizia di argomenti, opportunamente insistendo [per tutti, v. R. CONTI, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Il ruolo del giudice*, Aracne, Roma 2011, e, quindi, *I giudici ed il biodiritto. Un esame concreto dei casi difficili e del ruolo del giudice di merito, della Cassazione e delle Corti europee*, Aracne, Roma 2014; da un punto di vista più generale, E. LAMARQUE, *Corte costituzionale e giudici nell'Italia repubblicana*, Laterza, Roma-Bari 2012; I. RUGGIU, *Il giudice antropologo. Costituzione e tecniche di composizione dei conflitti multiculturali*, FrancoAngeli, Milano 2012; P. GIANNITI, *Il ruolo del giudice nazionale nell'attuale contesto ordi-*

cazioni preziose per la giurisprudenza costituzionale e da cui peraltro dipende l'implementazione di quest'ultima, una implementazione che l'esperienza mostra essere alquanto articolata e varia per manifestazioni, così come vari, non meramente e meccanicamente ripetitivi, sono i "seguiti" dati alla giurisprudenza stessa dai giudici comuni, da quelli che hanno sollevato questioni di costituzionalità come pure dagli altri comunque chiamati a pronunciarsi su casi della vita riguardati dalle questioni stesse.

La quarta attiene all'oggetto in relazione al quale il primato è osservato o al terreno sul quale esso è apprezzato, che è quello su cui maturano le vicende dei diritti fondamentali. Un'avvertenza, questa, cui è da assegnare un particolare significato, dal momento che quanto ora si dirà resta legato all'ambito materiale di esperienza prescelto e non può dunque prestarsi ad indebite ed approssimative generalizzazioni al di fuori di esso.

L'ultima avvertenza, per ovvia che sia, merita ugualmente di non essere perduta di vista; ed è che, costituendo punto obbligato e costante di riferimento la giurisprudenza ed essendo, per loro indeclinabile vocazione, soggetti i relativi indirizzi ad incessante rinnovamento, in ragione del mutare dei contesti e della varietà dei casi della vita, se ne ha che quanto ora si dirà in merito al primato risulta condizionato, legato alla congiuntura in atto e tuttavia suscettibile di andare incontro anche a breve a sostanziali mutamenti. Ciò nonostante, si tenterà – come si diceva – ugualmente di affacciare qualche previsione in merito ai possibili sviluppi del primato, muovendo dalle più marcate tendenze che si riscontrano nel pur confuso ed oscillante presente delle relazioni tra le Corti.

2. Lineamenti del modello, dal punto di vista sia dell'Unione che dello Stato (in ispecie, la relativizzazione del primato, a fronte dell'obbligo fatto all'Unione stessa di prestare osservanza ai principi di struttura degli ordinamenti nazionali: precisazioni a riguardo dell'operatività dei "controlimiti", alla luce della Costituzione come "sistema")

Muovendo dal modello, quale risulta dalle pur scarse indicazioni offerte dal diritto dell'Unione e dall'ordinamento nazionale, a me pare provata una sostanziale convergenza di posizioni³.

Per un verso, infatti, il primato va incontro al limite di cui all'art. 4.2 TUE, arrestandosi non soltanto davanti alle tradizioni costituzionali comuni ma anche a quelle proprie del singolo ordinamento nazionale, specificamente – tiene a precisare l'art. 53 della Carta di Nizza-Strasburgo – laddove presso l'ordinamento stesso sia offerta ai diritti una tutela ancora più avanzata di quella che può essere loro data dall'Unione. È importante, dunque, non perdere di vista che il primato non è *incondizionato* o *assoluto* bensì soggetto alla verifica del "grado" di tutela apprestato ai diritti. La qual cosa, poi, rimanda alla previa posizione del criterio o parametro alla cui luce "pesare" la tutela stessa e operare il raffronto tra disciplina nazionale e disciplina sovranazionale idonea ad assicurarla. Una questione, questa, micidiale, che da sola richiederebbe un lungo ed articolato discorso, di cui è tuttavia altra la sede; e una questione la cui soluzione è, a conti fatti, rimessa al singolo operatore, obbligato ad assumersi la responsabilità, morale prima ancora che giuridica, della scelta. Al riguardo, mi limito solo a rilevare come, anche per questo specifico aspetto, prezioso si rivela essere il "dialogo" intergiurisprudenziale⁴, dal momento che è unicamente grazie ad esso che si possono venire a formare ed a stabilizzare *consuetudini culturali di riconoscimento* della "misura" della tutela, argi-

namentale, Sez. III, cap. VIII, parte I, in P. GIANNITI (cur.), *La CEDU e il ruolo delle Corti*, in *Commentario del Codice Civile e codici collegati Scialoja-Branca-Galgano*, a cura di G. De Nova, I, Zanichelli, Bologna 2015, 500 ss., e, con specifico riguardo alla materia penale, V. MANES, *Il giudice nel labirinto. Profili delle intersezioni tra diritto penale*, Aracne, Roma 2012].

³ Riprendo sul punto, con ulteriori svolgimenti e precisazioni, talune indicazioni che sono nel mio *Primato del diritto dell'Unione europea in fatto di tutela dei diritti fondamentali?*, in *Quad. cost.*, 4/2015, 931 ss.

⁴ ... in merito al quale, nella ormai incontestabile lett., per tutti, L. D'ANDREA - G. MOSCHELLA - A. RUGGERI - A. SAITTA (curr.), *Crisi dello Stato nazionale, dialogo intergiurisprudenziale, tutela dei diritti fondamentali*, Giappichelli, Torino 2015; riserve sull'uso del termine sono ivi manifestate da G. D'AMICO, *Il rilievo della CEDU nel "diritto vivente": in particolare, il segno lasciato dalla giurisprudenza "convenzionale" nella giurisprudenza costituzionale*, 49 ss.

mandosi così un deprecabile soggettivismo esasperato. Il “dialogo”, insomma, può, per la sua parte, dare un concorso di non poco momento alla convergenza degli indirizzi giurisprudenziali e, quindi, alla formazione di un “*diritto vivente interordinamentale*”, fattore prezioso di certezze del diritto costituzionale in senso oggettivo e, a un tempo, di certezze di diritti costituzionali.

Sta di fatto che, dal punto di vista dell’Unione, si ha, secondo modello, una *relativizzazione del primato*, dal momento che non è già in astratto o *in vitro*, bensì in concreto e *in vivo*, all’esito del raffronto tra le norme (e, perciò, in buona sostanza, degli indirizzi delle Corti che vi danno voce) che può stabilirsi se, dove e quando può aversi riscontro del primato stesso e, perciò, in quali territori statali può aversi senza pregiudizio per i principi di struttura dei relativi ordinamenti.

Allorquando, dunque, si insiste, specie da parte della giurisprudenza dell’Unione, sul bisogno di tener fermo il principio della uniforme applicazione del diritto dell’Unione stessa, non va dimenticato che lo stesso art. 4.2, sopra richiamato, non esclude ed anzi implica l’eventualità di un’applicazione a macchia di leopardo, a seconda appunto che risultino, o no, toccati i principi di struttura dei singoli Stati. A quest’ultimo riguardo, va comunque tenuto presente che l’eventualità che si diano differenziazioni corpose e vistose tra i principi in parola, nel passaggio da un ordinamento all’altro, è (o, meglio, dovrebbe *secondo modello* essere) alquanto remota, ove si consideri che, alla luce di quanto stabilisce l’art. 2 del trattato di Lisbona, si dà una base assiologica comune agli Stati appartenenti all’Unione, condizione del loro ingresso e della permanenza in seno a quest’ultima.

Per un altro verso, anche ponendosi dal punto di vista degli ordinamenti nazionali (e, segnatamente, come si diceva, del nostro), il principio del primato si presenta “relativizzato” nella sua portata e soggetto, ancora una volta, alla condizione che esso porti all’innalzamento del livello della tutela dei diritti.

Due punti vanno subito a questo riguardo messi in chiaro, con riferimento al fondamento della condizione suddetta ed al suo modo di operare.

Il primo.

Diversamente dall’art. 53 della Carta dell’Unione, sopra richiamato, non si dà nella nostra Carta costituzionale l’esplicito riconoscimento del carattere sussidiario della tutela al piano delle relazioni interordinamentali. Possiamo tuttavia considerarlo implicito nel principio della massimizzazione della tutela stessa⁵, un’autentica *Grundnorm* delle relazioni suddette, a mia opinione racchiusa nell’idea stessa di valore o principio fondamentale⁶ (e, ulteriormente risalendo, nell’idea stessa di Costituzione quale tavola di valori fondamentali positivizzati e di limiti al potere a presidio degli stessi); e ciò, ove si ammetta – come devesi – che è nella natura ed indeclinabile vocazione di *ogni*

⁵ Su di che, tra i molti altri e di recente, A. D’ALOIA, *Europa e diritti: luci e ombre dello schema di protezione multilevel*, in *Dir. Un. Eur.*, 1/2014, 1 ss., spec. 32 ss.; L. TRIA, *La tutela dei diritti fondamentali. Le tecniche di interrelazione normativa indicate dalla Corte costituzionale. L’abilità di usare il patrimonio di sapienza giuridica ereditato dal passato per preparare il futuro*, in Cortecostituzionale.it, dicembre 2014; T. GIOVANNETTI - P. PASSAGLIA, *La Corte ed i rapporti tra diritto interno e diritto sovranazionale*, in R. ROMBOLI (cur.), *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (2011-2013)*, Giappichelli, Torino 2014, 389 ss.; G. D’AMICO, *op. cit.*, 55 ss., e *La massima espansione delle libertà e l’effettività della tutela dei diritti*, in A. PIN (cur.), *Il diritto e il dovere dell’uguaglianza. Problematiche attuali di un principio risalente*, Editoriale Scientifica, Napoli 2015, 17 ss.; C. AMALFITANO - M. CONDINANZI, *Unione europea: fonti, adattamento e rapporti tra ordinamenti*, Giappichelli, Torino 2015, 126 ss. e 168 ss.; C. PANZERA, [Rispetto degli obblighi internazionali e tutela integrata dei diritti sociali](#), in questa *Rivista*, 2/2015, 3 giugno 2015, spec. 492 ss.; nella stessa *Rivista*, A. SPADARO, *Sull’aporia logica di diritti riconosciuti sul piano internazionale, ma negati sul piano costituzionale. Nota sulla discutibile “freddezza” della Corte costituzionale verso due Carte internazionali: la CSE e la CEAL*, 504 ss. e, dello stesso, ora, *La “cultura costituzionale” sottesa alla Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea, fra modelli di riferimento e innovazioni giuridiche*, in L. D’ANDREA - G. MOSCHELLA - A. RUGGERI - A. SAIITA (curr.), *La Carta dei diritti dell’Unione Europea e le altre Carte (ascendenze culturali e mutue implicazioni)*, in corso di stampa, spec. al § 10; ivi pure C. SALAZAR, *I diritti sociali nel “gioco delle tre Carte”: qualche riflessione*; G.M. SALERNO, *I diritti fondamentali tra le tradizioni costituzionali comuni e i controlimiti a tutela dell’identità costituzionale*, in *Il Filangieri*, Quad. 2014 su *Unione europea e principi democratici*, Jovene, Napoli 2015, 103 ss.

⁶ Non indugio qui sulla vessata questione (in merito alla quale, ora, la densa riflessione di L. MEZZETTI, *Teoria costituzionale*, Giappichelli, Torino 2015, 1 ss.) circa la distinzione tra i termini suddetti, che qui unicamente per scorrevolezza espositiva utilizzo in modo promiscuo.

valore, il tendere alla propria espansione e salvaguardia, la massima appunto possibile alle condizioni oggettive di contesto.

Solo che, così stando le cose, è da mettere in conto l'eventualità che un valore fondamentale dato possa essere ancora meglio servito ed attuato da norme di origine esterna all'ordinamento cui appartiene il valore stesso rispetto al modo con cui può esserlo da norme (persino costituzionali!) dell'ordinamento medesimo. Non mi stancherò infatti di insistere su questo concetto su cui mi sono molte volte intrattenuto e che tuttavia urta con un diffuso e radicato convincimento favorevole a riconoscere l'esistenza di limiti insuperabili all'affermazione del primato (i c.d. "controlimiti"), in alcun caso o modo giudicati suscettibili di deroga.

Si tratta di una tesi che testimonia – se posso esprimermi con franchezza – l'esistenza di un autentico crampo mentale assai duro da rimuovere: quello per cui si esclude assiomaticamente che da una Carta diversa dalla Costituzione nazionale possa venire una tutela per i diritti ancora più avanzata ed adeguata al caso rispetto a quella da quest'ultima offerta⁷, una tutela dunque che possa anche comportare l'incisione di un principio fondamentale, nondimeno compensata dall'innalzamento del livello complessivo di affermazione della Costituzione come "sistema".

La dottrina dei "controlimiti", infatti, per com'è usualmente intesa e portata fino alle sue ultime e conseguenti applicazioni, non ammette che possa tollerarsi la pur minima incisione di alcun principio fondamentale di diritto interno. Criticamente riconsiderata, invece, alla luce del canone della massimizzazione della tutela dei beni costituzionalmente protetti nel loro fare "sistema" attraverso il mutuo bilanciamento, la dottrina stessa può (e deve) – a me pare – essere messa in campo unicamente laddove la tutela apprestata in ambito interno risulti ancora più adeguata di quella data da norme di origine esterna (e il discorso qui vale in termini non dissimili per le norme dell'Unione e per ogni altra norma proveniente *ab extra*, ad es. dalla CEDU e dall'ordinamento internazionale in genere). Di contro, può (e deve) darsi spazio a norme di origine esterna⁸, *pur se incompatibili con questo o quel principio fondamentale*, che siano riconosciute idonee a fissare ancora più in alto il punto di sintesi assiologica tra i principi di diritto interno.

Si tratta, dunque, di far valere la "logica" usuale che presiede ai bilanciamenti secondo valore, con la peculiarità che è qui data dal fatto che i bilanciamenti si spiegano al piano delle relazioni interordinamentali⁹. Un esito, questo, nondimeno obbligato, ove si voglia dare il giusto rilievo al principio dell'apertura al diritto internazionale e sovranazionale, di cui agli artt. 10 e 11 della Carta, riconsiderato nel suo fare "sistema" coi principi fondamentali restanti, in ispecie con quelli di libertà ed eguaglianza: la *coppia assiologica fondamentale* – come la si è altrove chiamata – in funzione della cui affermazione lo stesso principio di apertura al diritto di origine esterna rinviene la propria più persuasiva giustificazione e la più salda tutela.

Il secondo punto.

Malgrado il comune fondamento nel canone della massimizzazione della tutela, alla cui luce le relazioni interordinamentali vengono di continuo rimesse a punto, in ragione delle peculiari esigenze dei casi, si dà un diverso modo di operare del canone stesso, rispettivamente, nell'ordinamento nazionale ed in quello eurounitario (e nello stesso sistema convenzionale), con la conseguenza che l'assetto delle relazioni stesse può presentarsi, così come effettivamente si presenta, negli ordinamenti suddetti in forme diverse. E ciò, per il fatto che anche diritti riconosciuti in termini non dissimili sono pur sempre soggetti a confronto ed a bilanciamento con altri interessi meritevoli di tutela. Ogni diritto infatti s'inscrive in un quadro di beni della vita coi quali è tenuto a fare "sistema". La qual cosa può portare non di rado a divergenti esiti delle operazioni di ponderazione assiologica

⁷ Non a caso, d'altronde, la *communis opinio* esclude che il quadro costituzionale relativo ai diritti possa andare soggetto a revisione: quasi che, in questa sua parte, la Carta si presenti perfetta ed esente da menda alcuna, consegnandosi alla generazione presente ed a quella futura (e, prima ancora, a quella del tempo in cui fu scritta), al pari delle tavole mosaiche, *usque ad aeternitatem*...

⁸ ... ma, in realtà e generalizzando, a norme in genere, anche interne e di rango subordinato a quelle costituzionali.

⁹ Ho invitato a fermare l'attenzione sul punto, di cruciale rilievo, in più luoghi, a partire da *Rapporti tra Corte costituzionale e Corti europee, bilanciamenti interordinamentali e "controlimiti" mobili, a garanzia dei diritti fondamentali*, in *Rivista AIC*, 1/2011, 1° marzo 2011.

ad opera delle Corti, secondo quanto peraltro testimoniano taluni casi di conflitto anche particolarmente aspro, seppur talora tenuto saggiamente sotto traccia o, comunque, rappresentato in termini edulcorati¹⁰.

Una volta di più, il “dialogo” può far emergere sia le divergenze e sia le convergenze d’indirizzo; e, tuttavia, per il solo fatto di esserci, agevola – a me pare – il ravvicinamento delle posizioni e, per ciò stesso, incoraggia l’ulteriore avanzamento del processo d’integrazione sovranazionale, accompagnandone ed alimentandone gli svolgimenti. Si danno, ciononostante, dei limiti strutturali cui va incontro l’attuale sistema dei raccordi tra le Corti, la cui consapevolezza sollecita a porre mano alla sua revisione, secondo quanto si dirà meglio sul finire di questa esposizione.

3. Principio della massimizzazione della tutela dei diritti e ordinazione mobile, secondo i casi e su basi di valore, delle norme che la apprestano

Il principio della massima tutela può, dunque, portare a mobili, continuamente cangianti, ordinazioni dei documenti normativi che danno il riconoscimento dei diritti, a seconda dei casi della vita che sollecitano la formazione e l’incessante rinnovo delle sistemazioni delle norme *secondo valore*.

La *teoria delle fonti* in tal modo – come si è tentato di argomentare in altri luoghi – naturalmente si converte in *teoria delle norme e dei relativi sistemi*, declinati al plurale, a seconda appunto delle norme di volta in volta evocate in campo dai casi.

La soluzione ottimale – come pure si è tentato altrove di mostrare – nondimeno si ha laddove si assista alla *reductio ad unum* dei sistemi, alla composizione cioè di un *sistema di sistemi* reciprocamente integrati per effetto della massima convergenza possibile delle tutele: laddove, cioè, si abbia riscontro della mutua integrazione della Costituzione e delle Carte di origine esterna nei fatti interpretativi, secondo la felice intuizione contenuta in [Corte cost. sent. n. 388 del 1999](#). La qual cosa è invero agevolata dal linguaggio di tutte tali Carte, fatto a maglie larghe (e, non di rado, larghissime) e però richiede una mutua disponibilità all’ascolto, in spirito di autentica e “leale” cooperazione delle Corti.

Ancora una volta, questa che, prima ancora di essere una indicazione teorico-ricostruttiva, è un’autentica direttiva di metodo ha la sua base testuale nell’art. 4.2, dietro richiamato, che chiama Unione e Stati a prestarsi reciproco rispetto ed assistenza “nell’adempimento dei compiti derivanti dal trattato”.

Il principio della miglior tutela richiede spirito puro e mente sgombra da pregiudizio alcuno, ponendosi quale (pre)orientamento etico-giuridico dell’attività interpretativa del giudice (e dell’operatore in genere). La soluzione ottimale – come si diceva – è poi quella che si ha ogni qual volta l’operazione abbia esito *inclusivo*, e non *esclusivo*, riconciliandosi i disposti delle Carte nei processi interpretativi, sì da comporsi in unità significativa al servizio dei diritti.

Non la “logica” di una ordinazione gerarchica *per sistema* delle Carte stesse bensì l’altra, opposta, del loro paritario concorso alla espressione di norme idonee a dare appagamento ai diritti appare essere quella vincente in un contesto segnato da una integrazione sovranazionale viepiù avanzata che, nondimeno, pone problemi micidiali ai quali è possibile far fronte solo grazie agli sforzi congiunti, prodotti in spirito di solidale collaborazione, da tutti gli operatori (per ciò che qui specificamente importa, dalle Corti).

D’altro canto, la visione piramidale delle Carte (e, più largamente, degli ordinamenti sulle stesse fondati) fatalmente trascina con sé l’ordinazione delle Corti che delle Carte stesse sono istituzionalmente garanti: un esito, questo, però insopportabile per chi si trova obbligato a recedere per far posto ad altri.

¹⁰ Della qual cosa si ha riscontro al piano delle relazioni che la nostra Corte delle leggi intrattiene tanto con la Corte dell’Unione quanto con la Corte di Strasburgo (per tutte, rammento qui solo la nota vicenda delle leggi d’interpretazione autentica, in merito alla quale, ora, C. SALAZAR, *op. ult. cit.*, § 2).

Si ha così conferma che la rappresentazione teorica del primato maggiormente adeguata e fedele al modello sia dell'Unione che dello Stato è quella che porta alla sua... *negazione*, tutte le Carte riuscendo paritariamente e congiuntamente ad affermarsi, non già l'una a discapito dell'altra o delle altre¹¹. La qual ultima cosa, al di là dei negativi effetti dovuti all'inasprimento delle relazioni tra le sedi istituzionali in cui si amministra giustizia, comporterebbe un impoverimento culturale, lo smarrimento di tradizioni relative ai diritti comunque meritevoli di essere preservate e viepiù coltivate e promosse.

4. *Lo scarto tra modello ed esperienza: dall'idea di un primato del diritto dell'Unione relativo o condizionato alla sostanziale acquiescenza verso di esso manifestata dai giudici nazionali*

L'esperienza fin qui maturata al piano delle relazioni tra le Corti si presenta al proprio interno alquanto articolata e varia, manifestandosi sia nel senso della conformità al modello sopra succintamente descritto e sia però in quello dello scostamento dallo stesso, alle volte scoperto e dichiarato, altre invece abilmente mascherato. È ovvio che, portandosi avanti il processo d'integrazione sovranazionale, si siano avuti e possano anche in futuro ulteriormente aversi casi di "resistenza" – come sono stati, ancora di recente, chiamati¹² – ad alcuni indirizzi delle Corti europee giudicati, a torto o a ragione, particolarmente "aggressivi" nei riguardi degli ordinamenti nazionali¹³. La tendenza che, ad ogni buon conto, va maggiormente diffondendosi e radicandosi sul terreno delle relazioni intergiurisdizionali sembra essere nel senso di una crescente convergenza degli orientamenti¹⁴.

Molti autori hanno insistentemente fermato l'attenzione su alcuni noti casi di aperta ribellione delle Corti (specie di quelle dell'Est)¹⁵ nei riguardi della giurisprudenza dell'Unione. Senza che siffatte vicende meritino di essere sottovalutate, dobbiamo tuttavia convenire che si è trattato di fatti alquanto circoscritti, per non dire isolati, a fronte delle innumeri, quotidiane adesioni prestate alla giurisprudenza stessa. Non a caso, proprio in occasione del nostro incontro di oggi il Presidente della Corte di giustizia, K. Lenaerts, ha potuto con non celato orgoglio rilevare la sostanziale acquiescenza manifestata nei riguardi della giurisprudenza della Corte stessa da parte dei giudici nazionali¹⁶.

¹¹ Quest'esito è argomentato nel mio *Primato del diritto dell'Unione europea in fatto di tutela dei diritti fondamentali?*, cit., spec. al § 4.

¹² Al tema è stata dedicata la seconda sessione del II Seminario annuale di *diritticomparati su Costruendo le tradizioni dei diritti in Europa*, svoltosi a Macerata l'11 dicembre 2015.

¹³ Riprendo qui una qualifica data da O. POLLICINO, in più scritti [tra i quali, *Allargamento ad est dello spazio giuridico europeo e rapporto tra Corti costituzionali e Corti europee. Verso una teoria generale dell'impatto interordinamentale del diritto sovranazionale?*, Giuffrè, Milano 2010 e *Toward a Convergence between the EU and ECHR Legal Systems?*, in G. REPETTO (cur.), *The Constitutional Relevance of the ECHR in Domestic and European Law. An Italian Perspective*, Intersentia, Cambridge 2013, 99 ss.], con riferimento al versante dei rapporti con la Corte di Strasburgo, che nondimeno può considerarsi valevole altresì per talune espressioni della giurisprudenza eurounitaria.

¹⁴ ... maggiore – a quanto pare – lungo l'asse che collega le due Corti europee rispetto all'altro che unisce ciascuna di esse con le Corti nazionali; ma il punto richiederebbe ulteriori approfondimenti e verifiche qui non consentiti [utili indicazioni sono di recente venute da L. D'ANDREA - G. MOSCHELLA - A. RUGGERI - A. SAIITA (curr.), *La Carta dei diritti dell'Unione Europea e le altre Carte (ascendenze culturali e mutue implicazioni)*, cit.].

¹⁵ ... e, segnatamente, dei tribunali ceco, ungherese e polacco, in merito alle cui prese di posizione, v., part., O. POLLICINO, *Qualcosa è cambiato? La recente giurisprudenza delle Corti costituzionali dell'est vis-à-vis il processo di integrazione europea*, in *Dir. Un. Eur.*, 4/2012, 765 ss. e J. RIDEAU, *The Case-law of the Polish, Hungarian and Czech Constitutional Courts on National Identity and the 'German Model'*, in A. SAIZ ARNAIZ - C. ALCOBERRO LLIVINA (curr.), *National constitutional identity and European integration*, Intersentia, Antwerpen 2013, 243 ss.; A. D'ALOIA, *Europa e diritti: luci e ombre dello schema di protezione multilevel*, cit., spec. 41 ss., nonché M. DICOSOLA, *Gli stati dell'Europa centro-orientale tra identità nazionale e costituzionalismo europeo*, Intervento al Seminario su *Costruendo le tradizioni dei diritti in Europa*, in *paper*.

¹⁶ Di K. LENAERTS v. il *paper* dal titolo *The Legacy of Costa v. Enel*.

Questa vicenda, pur laddove ne sia apprezzato l'esito complessivamente raggiunto, si è tuttavia svolta e promette di svolgersi anche per l'avvenire tra non rimosse ambiguità e con talune, vistose, forzature di ordine sia processuale che sostantivo.

Esasperata appare, in particolare, essere l'idea del primato, di cui mostra di volersi fare portatrice la Corte dell'Unione: non a caso, chi legge *Melloni* non trova, stranamente, alcun riferimento all'obbligo di osservanza dei principi di struttura degli ordinamenti nazionali (nella specie, dell'ordinamento spagnolo), di cui al cit. art. 4.2 TUE: forse, lo si è implicitamente valutato e considerato recessivo in sede di bilanciamento con le istanze facenti capo al primato; ma, perché non farvi esplicito richiamo¹⁷? E chi quindi legge la pronunzia emessa dal tribunale costituzionale spagnolo a "seguito" della decisione del giudice lussemburghese rinviene in essa una palmare riprova di quell'acquiescenza, di cui si è oggi fatto autorevole interprete l'attuale Presidente della Corte.

Confesso di essermi trovato impreparato davanti a quest'esito della vicenda: alla luce, infatti, del modo con cui la questione di rinvio pregiudiziale era stata posta dal giudice iberico, mi sarei atteso quanto meno alcuni *distinguo*, se non vere e proprie condizioni poste al fine di poter dare "seguito" al verdetto del giudice eurounitario¹⁸.

Anche dal noto parere emesso dalla Corte dell'Unione in merito allo schema di trattato di adesione dell'Unione stessa alla CEDU¹⁹ traspare – se così posso dire, ricorrendo ad un ossimoro apparente – un "*nazionalismo... sovranazionale*" radicale, essendo – come si sa – in esso poste condizioni stringenti e francamente inaccettabili da parte della Corte di Strasburgo, espressive di un'idea del primato del diritto eurounitario, di cui il giudice lussemburghese intende farsi portavoce e garante, che, se accolta, renderebbe a conti fatti vano l'obiettivo avuto di mira con l'adesione stessa.

Dal suo canto, il giudice delle leggi, che pure ha non molto tempo addietro giocato la carta dei "controlimiti" allo scopo di non consentire l'ingresso in ambito interno di norma internazionale consuetudinaria lesiva di diritti fondamentali (e, sopra ogni altro, della dignità)²⁰, non vi ha fatto ad oggi uso al piano dei rapporti col diritto dell'Unione, dando così tangibile testimonianza di quella sostanziale acquiescenza di cui si viene dicendo²¹.

¹⁷ Anche la più sensibile e benevola dottrina, che si è fatta portatrice di una lettura *in bonam partem* della pronunzia della Corte lussemburghese [R. CONTI, *Da giudice (nazionale) a Giudice (eurounitario). A cuore aperto dopo il caso Melloni*, in [Diritticomparati.it](#), 5 aprile 2013], ha opportunamente formulato l'auspicio che per l'avvenire la Corte stessa non si trattenga dal fare espresa menzione dell'art. 4.2.

¹⁸ ... così come ha, invero, fatto, in buona sostanza, in una sua recente pronunzia il *Bundesverfassungsgericht*: si legge, infatti, nel *Beschluss* del 15 dicembre 2015 – 2 BvR 2735/1 – che nel procedimento di consegna per effetto di mandato di arresto europeo conseguente a condanna in contumacia a trent'anni di reclusione va comunque salvaguardato il diritto di difesa anche con la riapertura dell'istruttoria.

¹⁹ ... fatto oggetto, come si sa, di molti commenti, tra i quali I. ANRÒ, *L'adesione dell'Unione europea alla CEDU. L'evoluzione dei sistemi di tutela dei diritti fondamentali in Europa*, Giuffrè, Milano 2015, 273 ss.; L. BESSELINK - M. CLAES - J.-H. REESTMAN, *A Constitutional moment: Acceding to the ECHR (or not)*, in *Eur. Const. Law Rev.*, 2015, 2 ss.; gli scritti che sono in *German Law Journal*, 1/2015; V. PETRALIA, *La tutela dei diritti fondamentali nell'ordinamento dell'Unione europea e la (mancata) adesione alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in L. D'ANDREA - G. MOSCHELLA - A. RUGGERI - A. SAITTA (curr.), *Crisi dello Stato nazionale, dialogo intergiurisprudenziale, tutela dei diritti fondamentali*, cit., 191 ss., spec. 207 ss.; P. GIANNITI, *L'adesione dell'Unione europea alla CEDU*, Sez. III, cap. IX, parte I, in P. GIANNITI (cur.), *La CEDU e il ruolo delle Corti*, cit., 571 ss.; V. ZAGREBELSKY, *L'Unione europea e il controllo esterno della protezione dei diritti e delle libertà fondamentali in Europa. La barriera elevata dalla Corte di Giustizia*, in *Dir. um. dir. int.*, 1/2015, 128 ss. e, da ultimo, C. AMALFITANO, *Il rilievo della CEDU in seno all'Unione europea ex art. 6 TUE*, in L. D'ANDREA - G. MOSCHELLA - A. RUGGERI - A. SAITTA (curr.), *La Carta dei diritti dell'Unione Europea e le altre Carte (ascendenze culturali e mutue implicazioni)*, cit., part. ai §§ 3 e 4 (nel quale ultimo specificamente si ragiona degli scenari prospettabili in alternativa all'adesione), e M. PARODI, *Diritti umani Vs Autonomia? Il parere 2/13 della Corte di giustizia dell'UE sull'adesione dell'UE alla Cedu*, in [Federalismi.it](#), 3/2016, 10 febbraio 2016, ed *ivi* numerosi altri riferimenti di lett.

²⁰ Il riferimento è, ovviamente, a [Corte cost. sent. n. 238 del 2014](#).

²¹ Sarà, poi, interessante vedere come risponderà la Corte costituzionale alla questione sollevata in relazione al caso *Taricco*.

5. *Il diverso trattamento riservato dal giudice costituzionale al diritto eurounitario ed a quello convenzionale e la confusione fatta tra un' incompatibilità reale ed una invece meramente apparente tra norme di origine esterna e norme nazionali (anche costituzionali)*

Diverso è tuttavia il trattamento riservato dal nostro giudice costituzionale, rispettivamente, al diritto vivente eurounitario ed a quello convenzionale.

A differenza della giurisprudenza eurounitaria, quella della Corte EDU, infatti, si ritiene che possa essere *quodammodo* “filtrata” dal giudice nazionale (da quello comune in prima battuta e, in seconda, dallo stesso giudice costituzionale), dal momento che l'obbligo di interpretazione conforme – a dire della Consulta (spec. [sent. n. 49 del 2015](#)) – sarebbe prescritto unicamente nei riguardi delle sentenze-pilota e, specialmente, delle pronunzie considerate espressive di indirizzi “consolidati”, diversamente dall'interpretazione orientata verso la giurisprudenza eurounitaria, protetta in *ogni* sua espressione. Se ne ha che, tanto nel caso che la disciplina convenzionale (e la giurisprudenza europea che l'assume ad oggetto) si consideri meno avanzata di quella nazionale quanto (e a maggior ragione) nel caso che sia giudicata incompatibile con la Costituzione, l'operatore di diritto interno potrebbe (e, anzi, dovrebbe) – a quanto pare – non tenerne conto, orientando l'interpretazione della disposizione nazionale esclusivamente verso la Costituzione stessa. Grazie al “filtro” in parola, dunque, la salvaguardia dei “controlimiti” potrebbe aversi *factis*, al piano delle opzioni fatte in sede interpretativa, senza bisogno di dover far ricorso alla soluzione estrema di investire la Consulta di questioni di legittimità costituzionale aventi ad oggetto norme convenzionali, così come invece parrebbe inevitabile laddove queste ultime siano veicolate in ambito interno da “consolidati” indirizzi del giudice europeo, dall'onere della cui osservanza l'operatore nazionale potendosi liberarsi unicamente a seguito dell'intervento demolitore del giudice costituzionale.

Questa soluzione tuttavia non persuade del tutto.

Giova, infatti, a mia opinione distinguere l'ipotesi, che francamente mi parrebbe essere estremamente remota pur non potendo essere esclusa in partenza, che la norma convenzionale urti con la Carta costituzionale rispetto all'altra ipotesi, invece di più frequente riscontro, che si sia in presenza di due discipline non incompatibili e tuttavia in grado di fissare a diverse “altezze” – se così può dirsi – il punto di sintesi assiologica tra i beni della vita costituzionalmente protetti. Se, poniamo il caso, l'una norma vieta la discriminazione tra i cittadini in base al sesso e l'altra *anche* in base all'orientamento sessuale, il contrasto non c'è: c'è solo una più avanzata ed incisiva tutela assicurata dalla seconda previsione rispetto alla prima; e lo stesso potrebbe dirsi per ciò che attiene ai meccanismi processuali di garanzia.

Si tratta, in breve, di distinguere tra un' *incompatibilità reale* ed una *apparente*.

Per la prima, l'appello al giudice costituzionale può talora rivelarsi inevitabile. Dico *talora*, perché è altresì da mettere in conto l'eventualità che l'invalidità costituzionale sia talmente vistosa ed eclatante da potersi ragionare di una radicale nullità-inesistenza della norma che ne sia affetta, come tale rilevabile dal giudice comune e dall'operatore in genere, senza nondimeno escludere che essa sia ugualmente portata alla cognizione della Consulta. Quest'ultima, tuttavia, in una congiuntura siffatta dovrebbe, a mia opinione, far luogo ad una pronunzia di manifesta inammissibilità preceduta e sorretta dal previo riscontro del vizio in parola e, perciò, dotata di efficacia di mero accertamento a carattere generale²².

²² È proprio ciò che, a mia opinione, avrebbe dovuto aversi con riguardo al caso deciso da [Corte cost. sent. n. 238 del 2014](#), dove la previa qualifica della inesistenza della norma interna di adattamento della norma internazionale consuetudinaria non si è tradotta nella pronunzia processuale indicata nel testo. Si aggiunga, poi, la stranezza costituita dal fatto che il giudice delle leggi ha ritenuto di potersi esprimere su una norma non “attizia” [questi ed altri rilievi possono, se si vuole, vedersi nei miei [La Corte aziona l'arma dei “controlimiti” e, facendo un uso alquanto singolare delle categorie processuali, sbarra le porte all'ingresso in ambito interno di norma internazionale consuetudinaria \(a margine di Corte cost. n. 238 del 2014\)](#), in questa [Rivista](#), 17 novembre 2014, e, nella stessa [Rivista](#), *Conflitti tra norme internazionali consuetudinarie e Costituzione, atto secondo: quale i possibili “seguiti” della 238 del 2014?*, 1/2015, 4 marzo 2015, 78 ss. Diversa impostazione in R. CAPONI, *Immunità dello Stato dalla giurisdizione, negoziato diplomatico e diritto di azione nella vicenda delle pretese risarcitorie per i crimini nazisti*, in *Giur. cost.*, 5/2014, 3914 s., che ritiene

Per la seconda, di contro, non dandosi in tesi, a giudizio del giudice, alcuna incompatibilità, si tratta puramente e semplicemente di scegliere la norma buona per il caso. Già in altre sedi, infatti, ho avuto modo di osservare che il rischio di un annullamento della legge di esecuzione della CEDU “*nella parte in cui...*” può essere fugato semplicemente facendo disapplicazione, con effetti limitati al caso, della norma convenzionale che appaia offrire una minore tutela ai diritti in campo rispetto a quella assicurata dalla Carta costituzionale, in forza di quanto stabilito dall’art. 53 della Convenzione. D’altro canto, non si vede quale responsabilità possa essere imputata alla Convenzione, una volta che la stessa espressamente dichiara di volersi fare da parte in una congiuntura siffatta, con la conseguenza che la norma convenzionale di minor pregio rispetto a quella nazionale, non avendo mai fatto ingresso in ambito interno, non potrebbe andare soggetta alla sua eventuale caducazione (per il tramite della legge di esecuzione) e, perciò, dovrebbe considerarsi irrilevante al fine della definizione del caso.

Quest’esito ricostruttivo è, a mia opinione, generalizzabile, potendo valere altresì al piano delle relazioni col diritto dell’Unione. Ancora una volta è, infatti, lo stesso diritto dell’Unione (art. 53 della Carta di Nizza-Strasburgo) a volersi ritrarre davanti ad una tutela (in tesi) ancora più avanzata offerta in ambito interno. Quale violazione di “controlimiti” o di obblighi sovranazionali può dunque esservi, posto che è lo stesso diritto dell’Unione a non voler mettere piede, in una congiuntura siffatta, nell’ordine interno?²³

Il *punctum crucis* della questione ora discussa è però dato dal fatto che potrebbe divergere l’apprezzamento fatto da questa o quella Corte in ordine alla “graduatoria” delle norme in base al livello della tutela dalle stesse raggiunto. È in casi siffatti che ogni operatore è chiamato ad assumersi tutte quante le responsabilità sullo stesso gravanti in merito alla scelta. Si danno, ad ogni buon conto, strumenti idonei – fin dove possibile – a prevenire ed a contenere i conflitti, a partire – come si sa – dal rinvio pregiudiziale, attorno al quale nondimeno non si è ancora fatta piena luce, non tanto per i profili attinenti alla ricostruzione del modello risultante dal trattato quanto in ordine alla sua concreta operatività, vale a dire al “seguito” dato alle pronunzie della Corte dai giudici remittenti e, più ancora (e diffusamente), dai giudici in genere, a riguardo del quale le conoscenze di cui disponiamo risultano ancora oggi vistosamente carenti²⁴.

Per quanto, comunque, è dato saperne, sembra complessivamente acclarato – come si diceva – il sostanziale allineamento della giurisprudenza nazionale a quella eurolunitaria; e, dunque, anche dalla prospettiva ora adottata si ha un’ulteriore riprova dello scarto esistente tra modello ed esperienza.

L’uno infatti ci consegna la fotografia di un diritto sovranazionale (in larga accezione, comprensivo sia del diritto eurolunitario che di quello convenzionale) *umile*, disposto a farsi in ogni tempo da parte a fronte di un diritto interno ancora più avanzato lungo la via della tutela dei diritti, allo stesso tempo risultando in considerevole misura responsabilizzato l’operato dei giudici comuni, chiamati a far luogo, se del caso avvalendosi della collaborazione del giudice dell’Unione adito in via pregiudiziale, alla selezione ed applicazione della norma (o del sistema di norme) in cui si situa la miglior

superabile, in nome della salvaguardia dei “controlimiti”, l’ostacolo processuale costituito dalla inidoneità dell’oggetto, risultante non già da un “atto” bensì da un “fatto” di normazione. In argomento, tra gli altri e di recente, R. BIN, *L’adattamento dell’ordinamento italiano al diritto internazionale non scritto dopo la sent. 238/2014*, in [Forumcostituzionale.it](#), 11 gennaio 2016, spec. al § 3, e T. CANTELMO - V. CAPUOZZO, *Tra immunità e contro-limiti: un nuovo traguardo della giurisprudenza italiana in Corte costituzionale sentenza n. 238/2014 e ordinanza n. 30/2015*, in [Federalismi.it](#), 1/2016, 13 gennaio 2016, spec. al § 4.1].

²³ Per questa ragione, è, a mio modo di vedere, da considerare fuori centro il rilievo, già presente in [Corte cost. sent. n. 348 del 2007](#) e quindi ripreso in [Corte cost. sent. n. 317 del 2009](#), secondo cui il principio della osservanza degli obblighi internazionali, di cui all’art. 117, I c., cost., soggiace a bilanciamento con altre norme costituzionali, potendo recedere davanti a queste ultime laddove in esse si situi una tutela per i diritti maggiormente avanzata di quella apprestata dalla Convenzione. Un’affermazione, questa, che presuppone un primato incondizionato del diritto di origine esterna, di cui il cit. art. 117 si farebbe garante. Di contro, come si è venuti dicendo, in una congiuntura siffatta l’art. 117 non ha modo di entrare in campo, per la elementare ragione che non vi è chiamato dallo stesso diritto convenzionale, in forza della previsione di cui all’art. 53 della CEDU.

²⁴ Si vedrà, poi, a momenti che sarebbe opportuno introdurre ulteriori accorgimenti allo scopo di rendere ancora più funzionali le relazioni tra le Corti.

tutela: l'immagine è insomma – come si diceva – quella del *carattere relativo* o *condizionato* del principio del primato.

L'altra di contro (per quanto se ne sa...) ci mostra una giurisprudenza nazionale complessivamente portata ad accodarsi docilmente alle indicazioni venute dal giudice dell'Unione ed interpreti di un'idea del primato “*senza se e senza ma*”.

L'esame della giurisprudenza, tanto sovranazionale quanto nazionale, conferma insomma che il principio del primato costituisce l'autentica *Grundnorm* dell'ordinamento eurounitario, emblematicamente espressivo della sua “costituzione materiale”, una costituzione in cui – come ha efficacemente fatto notare V. Piccone in occasione del nostro *workshop* – “l'unità giurisdizionale ha tenuto il luogo, inevitabilmente, dell'unità politica”²⁵.

È interessante notare che, facendosi valere un'idea incondizionata del primato, viene a determinarsi una duplice, simultanea torsione del modello sopra descritto e, segnatamente, tanto dell'identità costituzionale dell'Unione quanto dell'identità costituzionale dello Stato: dell'una, per il fatto che viene così lasciato in ombra, privo di concreto riscontro ed effettiva valenza, il principio di cui all'art. 4.2 TUE; dell'altra, per il mancato bilanciamento effettuato tra il principio dell'apertura al diritto sovranazionale e i principi fondamentali restanti, il primo asservendo alle proprie ragioni, legate all'avanzamento del processo d'integrazione sovranazionale, le ragioni di una ancora più avanzata tutela dei diritti di cui dovessero farsi interpreti in una vicenda processuale data norme nazionali meritevoli di prioritaria considerazione²⁶.

6. *Verso un paritario e congiunto “primato” di tutte le Carte, anche grazie a talune innovazioni di ordine istituzionale riguardanti i rapporti tra le rispettive Corti, volte ad incoraggiarne lo svolgimento in spirito di autentica, “leale cooperazione”*

L'idea di un primato *per sistema* non tiene poi conto di un dato che, seppur di comune dominio, non è tuttavia sempre portato ai suoi lineari e conseguenti svolgimenti teorico-pratici; ed è che in campo il più delle volte (per non dire sempre...), vengono a disporsi non soltanto le norme dell'Unione e quelle nazionali ma anche altre norme di origine esterna, tra le quali – per ciò che qui maggiormente importa – quelle della CEDU, idonee a spiegare effetti anche sul versante dei rapporti tra diritto eurounitario e diritto interno. Ancora di più, poi, siffatte interferenze potranno aversi a seguito dell'eventuale adesione dell'Unione alla CEDU.

Si riconsideri, ad es., lo scenario sopra evocato in cui si faccia questione a riguardo del “luogo” in cui si situa la miglior tutela. Nel caso che, a giudizio dell'operatore, essa stia nella Convenzione, potrebbe assistersi – in via di mero principio – alla disapplicazione (o, se si vuol riprendere una qualifica cara alla giurisprudenza costituzionale, alla “non applicazione”) non del solo diritto interno ma persino di quello eurounitario per far posto al diritto convenzionale²⁷.

Non torno poi qui sulla questione di ordine tecnico-processuale se un accertamento siffatto competa direttamente ed esclusivamente al giudice comune ovvero, come reputa giusto il giudice costi-

²⁵ Faccio riferimento al *paper* illustrato da V. PICCONE, dal titolo *La primauté nell'Unione allargata*.

²⁶ La natura composita dell'identità costituzionale sia dell'Unione che dello Stato è ora rilevata nel mio [Come costruire e preservare le tradizioni dei diritti in Europa?](#), in questa [Rivista](#), 3/2015, 17 dicembre 2015, 835 ss., spec. 840 ss. Cfr. al mio punto di vista quelli espressi da F. VECCHIO, *Primazia del diritto europeo e salvaguardia delle identità costituzionali. Effetti asimmetrici dell'europeizzazione dei controlimiti*, Giappichelli, Torino 2012; B. GUASTAFERRO, *Legalità sovranazionale e legalità costituzionale. Tensioni costitutive e giunture ordinamentali*, Giappichelli, Torino 2013 e, più di recente, T. CERRUTI, *Valori comuni e identità nazionali nell'Unione europea: continuità o rottura?*, in [Federalismi.it](#), 24/2014, 24 dicembre 2014, e, pure *ivi*, G. CAPONI - V. CAPUOZZO - I. DEL VECCHIO - A. SIMONETTI, *Omogeneità costituzionale europea e identità nazionali: un processo di integrazione circolare tra valori costituzionali europei e teoria dei controlimiti*.

²⁷ Non si dimentichi, peraltro, che la Carta dei diritti dell'Unione richiede di esser intesa – laddove possibile – in modo conforme alla Convenzione, fatta ad ogni buon conto salva la maggior tutela che dovesse essere offerta ai diritti dalla Carta stessa.

tuzionale, a quest'ultimo. La soluzione dietro esposta con riguardo alla distinzione tra il caso di tutele che si situano a diverse "altezze" e quello di discipline invece reciprocamente incompatibili è, infatti, a mia opinione, da tener ferma anche laddove l'arena risulti affollata per la presenza di più Carte in competizione, ciascuna assumendo di poter esporre la merce migliore sul mercato dei diritti.

Come si vede, anche per l'aspetto ora considerato se ne ha una ulteriore sottolineatura del carattere relativo o condizionato del primato, secondo quanto peraltro risulta con chiarezza dalla lettera dell'art. 53, sopra cit. Va, nondimeno, aggiunto che l'ipotesi della mutua integrazione delle Carte nei fatti interpretativi, sul terreno dei rapporti tra CEDU e Carta dell'Unione è verificata dai non pochi casi di sostanziale coincidenza delle rispettive previsioni, di cui si ha esplicito riconoscimento nelle spiegazioni allegata alla Carta stessa e potrà peraltro ricevere ulteriore incoraggiamento ad affermarsi a seguito dell'eventuale adesione dell'Unione alla CEDU²⁸.

Questa eventualità non sembra invero essere alle porte, come si è rammentato accennando al parere al riguardo emesso dalla Corte di giustizia. Una spinta nel senso della convergenza delle tutele, se non pure della loro piena integrazione, può, ad ogni buon conto, venire dal prot. 16 allegato alla CEDU, che può dar modo ai giudici abilitati a rivolgersi alla Corte EDU di giocare un ruolo unificante che, ancora una volta, appare essere di prima grandezza²⁹.

Il giudice, infatti, ha da produrre ogni sforzo possibile volto a liberarsi dalla imbarazzante situazione in cui verrebbe a trovarsi nel caso che, interpellando entrambe le Corti europee, dovesse da esse ricevere indicazioni divergenti. Dal loro canto, anche le Corti non hanno convenienza a farsi guerra a vicenda, da cui uscirebbero comunque entrambe sconfitte. I sempre più frequenti richiami che esse si fanno a vicenda sono indicativi di un *trend* in crescita ispirato a "leale cooperazione" che il meccanismo di consultazione introdotto dal prot. in parola potrebbe ulteriormente alimentare e rimarcare.

Due innovazioni sarebbero tuttavia, a mia opinione, al riguardo consigliabili: la estensione del meccanismo stesso anche ai giudici non di ultima istanza e l'introduzione di forme di raccordo "razionalizzato" tra le due Corti europee³⁰.

L'una cosa può valere a rendere ancora più diffusa e radicata in ambito interno l'affermazione della Convenzione, prevenendosi l'eventualità di fraintendimenti della giurisprudenza europea, col rischio che ad essi si accompagna di possibili violazioni della Convenzione stessa, da cui peraltro è da attendersi la eventuale chiamata a responsabilità dello Stato per fatto del giudice³¹. È chiaro che, in uno scenario siffatto, si dovrà quindi porre mano alla predisposizione di misure volte ad assicurare un adeguato livello di funzionalità della giurisdizione europea, sul cui capo potrebbe piovere una messe di richieste di parere ancora più imponente delle questioni poste negli anni a noi più vicini in sede giurisdizionale. Ciò che potrebbe aversi in molti modi, secondo quanto peraltro testimoniano le

²⁸ Ovviamente, si presuppone qui che ci si trovi in ambito materiale ricadente nella sfera di competenze dell'Unione (sui casi in cui la Carta di Nizza-Strasburgo è costretta a restare "dormiente", v., ora, i puntuali rilievi di C. SALAZAR, *I diritti sociali nel "gioco delle tre Carte"*, cit., § 3; inoltre, K. STERN, *La Carta dei Diritti fondamentali dell'Unione europea. Riflessi sulla forza vincolante e l'ambito di applicazione dei diritti fondamentali codificati nella Carta*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 6/2014, 1235 ss., spec. 1248 ss.). Va, nondimeno, tenuta presente la tendenza alla espansione della sfera stessa, specificamente per mano della giurisprudenza.

²⁹ Su ciò, notazioni di vario segno in E. LAMARQUE (cur.), *La richiesta di pareri consultivi alla Corte di Strasburgo da parte delle più alte giurisdizioni nazionali. Prime riflessioni in vista della ratifica del Protocollo 16 alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Giappichelli, Torino 2015; v., inoltre, ora, l'approfondito studio di M. DICOSOLA - C. FASONE - I. SPIGNO, *The Prospective Role of Constitutional Courts in the Advisory Opinion Mechanism Before the European Court of Human Rights: A First Comparative Assessment with the European Union and the Inter-American System*, in *German Law Journal*, 6/2015, 1° dicembre 2015, 1387 ss.

³⁰ Riprendo qui, con ulteriori precisazioni, talune indicazioni che sono nel mio *Come costruire e preservare le tradizioni dei diritti in Europa?*, cit., 845 ss.

³¹ Tralascio poi qui di soffermarmi sugli effetti che l'estensione qui auspicata potrebbe determinare al piano dei rapporti interni all'ordine giudiziario, con specifico riguardo alla sua incidenza sul ruolo di nomofilachia della Cassazione, limitandomi a rimarcare il particolare rilievo della questione.

varie discipline adottate presso gli ordinamenti che conoscono meccanismi di ricorso diretto al giudice costituzionale.

L'altra cosa, poi, conviene che prenda forma a mezzo di una disciplina essenziale, che non soffochi la naturale vocazione di entrambe le Corti a variamente determinarsi secondo i casi. L'agilità delle movenze, infatti, è una risorsa preziosa, di cui non può farsi in alcun caso a meno, a beneficio della formazione di indirizzi giurisprudenziali a un tempo stabili e suscettibili di adattamenti al variare dei contesti in cui s'inscrivono e dei casi dagli stessi riguardati.

Non credo, ad ogni buon conto, che giovi privarsi di un canale ufficiale di comunicazione tra le Corti, abbandonando i loro rapporti a svolgimenti in tutto liberi e sregolati, secondo occasione. Si può poi discutere se si possa realisticamente centrare l'obiettivo ambizioso di una disciplina che innovi ai trattati ovvero se, perlomeno nel breve periodo, convenga far luogo ad una regolamentazione frutto di autoproduzione delle stesse Corti, quale potrebbe aversi a mezzo di un protocollo d'intesa analogo a quello da ultimo siglato tra la Corte di Cassazione e la Corte EDU³².

Questa seconda via mi parrebbe maggiormente scorrevole, se non altro perché darebbe modo alle stesse Corti di sperimentare sul campo termini e modi dei reciproci raccordi, magari in vista della "razionalizzazione" di questi ultimi con le procedure solenni della revisione dei trattati. In ogni caso, non dubito che giovi non ingabbiare i rapporti stessi assoggettandoli a vincoli procedurali e sostanziali stringenti: la previsione di reciproche consultazioni e di occasioni di scambi di vedute su questioni particolarmente spinose e ricorrenti potrebbe, dunque, rivelarsi la carta vincente (se del caso, aprendo il confronto altresì a studiosi ed esponenti in genere della cultura giuridica, ad es. attraverso seminari organizzati presso questa o quella Corte).

D'altro canto, la duttilità strutturale di talune specie di pronunzie sempre più di frequente adottate dalle Corti in parola (e dalle stesse Corti costituzionali di diritto interno), di cui sono emblematica espressione le sentenze-pilota da un canto, le additive di principio dall'altro, è indice eloquente di quello che può considerarsi un autentico metodo delle relazioni intergiurisprudenziali, una spia particolarmente significativa di una *tendenza alla federalizzazione dei diritti e dei modi della loro tutela* – come ho ritenuto altrove di chiamarla³³ –, di cui le pronunzie suddette costituiscono una particolarmente significativa testimonianza, allo stesso tempo sollecitandosi l'ulteriore avanzamento e radicamento di siffatto modello di relazioni interordinamentali (e, segnatamente, intergiurisprudenziali), della cui bontà mi faccio sempre più convinto.

Occorre, insomma, allestire un sistema complesso, per gradi, di "rinvii" (in larga accezione) da una Corte all'altra, a mia opinione senza alcun ordine preconstituito di priorità. Così, in caso di rinvio alla Corte di Lussemburgo, quest'ultima potrebbe valutare se avvalersi della previa consultazione con la Corte di Strasburgo prima di dare risposta al giudice nazionale, e viceversa: essendo fatta richiesta di parere alla Corte europea, questa potrebbe giudicare opportuna la previa acquisizione del parere della Corte dell'Unione prima di pronunziarsi a sua volta.

Si dirà che le Corti non hanno convenienza a legarsi le mani o, comunque, ad assoggettarsi a condizionamenti di fatto³⁴, quali potrebbero discendere dall'attivazione dei meccanismi di raccordo in parola. L'indisponibilità all'ascolto tuttavia mi parrebbe essere una scelta cattiva, anzi pessima, un autentico *boomerang* insomma. I conflitti potrebbero infatti crescere per numero ed asprezza, con nocumento – al tirar delle somme – per tutti, soprattutto per i portatori dei diritti.

Per altro verso, la ricerca, non di rado assai impegnativa e sofferta ma anche appassionante e gratificante, della miglior tutela passa di necessità, come si è veduto, per la via del "dialogo". Sta, poi, ai parlanti decidere se allargarla e spianarla oppure restringerla e renderla impervia.

³² Sollecito, per la mia parte, a guardare con interesse a questa ulteriore testimonianza di sensibile e fattiva disponibilità dei giudici comuni, manifestata per bocca del loro massimo esponente, a "dialogare" con la Corte europea, della quale peraltro si fa opportunamente menzione nella *Relazione sull'amministrazione della giustizia nell'anno 2015* del Presidente della Cassazione, G. CANZIO, 92 s.

³³ Ancora da ultimo, nella mia *op. et loc. ult. cit.*

³⁴ ... nell'assunto che i pareri spontaneamente chiesti non siano appunto giuridicamente vincolanti.

Il “dialogo”, con tutti i rischi e gli insuccessi che pure possono accompagnarne il non sempre lineare e comunque sofferto cammino, rimane pur sempre la migliore risorsa di cui si dispone, in un ordine sovranazionale tendente alla propria crescente integrazione e federalizzazione, al fine di assicurare un tutela complessivamente appagante ai diritti, pur in una congiuntura di certo non benigna per la loro affermazione.

Assumere che, in uno scenario siffatto, possa aversi il primato *per sistema* di un ordinamento sull’altro e di una Corte sull’altra sarebbe – a me pare – cosa priva di senso alcuno, comunque impossibile da tradurre in concreto.

Di contro, tendere al primato di *tutte le Carte assieme*, a mezzo della loro reciproca e paritaria integrazione culturale, è la scommessa che le Corti sono chiamate a giocare e che devono vincere, al servizio delle istituzioni di appartenenza e dei diritti.

Entela Cukani*

La costituzionalizzazione dei diritti fondamentali nell'Albania postcomunista

SOMMARIO: 1. *I diritti fondamentali nei processi di transizione.* – 2. *Per una definizione dei lineamenti dell'ordinamento costituzionale albanese.* – 2.1. *L'interazione tra diritto internazionale e diritto interno: verso la formazione di un modello monista puro?* – 3. *Tra vizi formali e applicazione estensiva: la CEDU quale parametro di costituzionalità nell'Albania postcomunista.* – 4. *La garanzia del “contenuto essenziale dei diritti fondamentali” nell'ordinamento albanese. Il diritto alla vita: norma inespressa e interpretazione giurisprudenziale, de iure condendo, dell'abolizione della pena capitale.* – 5. *La formazione del patrimonio assiologico europeo: una transizione ad effetti bidirezionali?* – 6. *Conclusioni.*

1. I diritti fondamentali nei processi di transizione

La terza ondata di democratizzazione¹ ha visto un continuo espandersi del costituzionalismo liberaldemocratico, sia nel senso di una circolazione di tale modello nei paesi fuoriusciti dall'ex blocco comunista, sia nel senso di una progressiva ridefinizione del modello liberaldemocratico così come originariamente inteso.

A partire dal 1989, la categoria dello “Stato costituzionale”, privo di una precisa definizione ma inteso quale orientamento colmo di valori e aspirazioni, in cui gli elementi tradizionali si sviluppano a seguito delle tendenze innovative, viene sommerso dall'interazione interdisciplinare di tutto ciò che può essere potenzialmente rilevante².

I diritti umani, originariamente intesi quali diritti naturali spettanti ad ogni uomo, ed in quanto naturali anche fondamentali, nati nella loro concezione individualistica con l'affermazione del modello giusnaturalistico, si sviluppano arricchendosi con le categorie di diritti fondamentali denominati di seconda e di terza generazione³. È il palesarsi di nuovi bisogni che fa nascere la necessità di garantire nuovi diritti. Il continuo evolversi della società, pertanto, comporta nuovi diritti che mirano ad avere presumibilmente un carattere indeterminato. La circolazione dei modelli e la progressiva integrazione sovranazionale comincia a svilupparsi maggiormente proprio attraverso i diritti. La *garanzia* degli stessi, invece, si realizza attraverso quel sistema ‘multilivello della tutela dei diritti’ che si sviluppa attraverso un intreccio delle fonti nazionali e sovranazionali e dell'applicazione giudiziaria⁴. Nell'ambito del ‘sistema Europa’ cresce una comunità dei diritti fondamentali.

* Dottore di Ricerca in “Forme dell'evoluzione del diritto” – Università del Salento

¹ Così come definita da S. HUNTINGTON, *La terza ondata. I processi di democratizzazione alla fine del XX secolo* (1993), tr. it. Il Mulino, Bologna, 1995.

² Zagrebelsky indica l'anno 1989 come *l'annus mirabilis*. Secondo l'A., a partire da tale data nella definizione dei caratteri dello “Stato costituzionale” concorrono, senza una purezza metodologica, tutti i dati capaci di esprimere fattori costituzionali culturali “testi di costituzioni, giurisprudenze, dottrine economiche e sociali, classici della letteratura giuridica, politologica, filosofica e utopica, capolavori della poesia e della narrativa, della musica, delle arti figurative, atti, eventi e date storiche: tutto è potenzialmente rilevante, nulla può essere escluso a priori”. G. ZAGREBELSKY, *Fragilità e forza dello Stato costituzionale*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2006, 10.

³ Alla categoria dei diritti di seconda generazione vengono connessi i c.d. diritti sociali, a quella di terza generazione, invece, vengono aggruppati i c.d. “nuovi diritti”. Si tratta di categorie di diritti, non compresi nelle Dichiarazioni settecentesche che hanno dato il via al riconoscimento dei diritti e delle libertà fondamentali. Solo a seguito dell'evoluzione delle condizioni storiche e sociali, pertanto del palesarsi di nuovi bisogni, vengono riconosciuti nuovi diritti. Per il riconoscimento dei nuovi diritti nel sistema dell'Unione europea, cfr. M.G. HERRERA, *Derechos nuevos y nuevos derechos en la Union europea*, in *Teoria del diritto e dello Stato – Rivista europea di cultura e scienza giuridica*, Aracne, Roma, 2005, 27-55; M. CARTABIA, *I “nuovi diritti”*, nella rivista telematica *OLIR*, 2010, 1-17.

⁴ È proprio nel continuo interagire tra legislatore e corti che la garanzia dei diritti diventa effettiva. Proprio con riferimento ai diritti nuovi, che spesso difettano di un riconoscimento legislativo ma vengono riconosciuti sempre più spesso a colpi di sentenze, Morelli sottolinea che la garanzia dei diritti necessita di un Creonte, non bastano le tante Antigoni che lo proclamano (fuor di metafora, occorre sempre un legislatore che assicuri una tutela omogenea dei diritti):

Le Costituzioni statali, prerogativa degli Stati nazionali, si aprono sempre più verso l'esterno e vengono pervase dalla nuova macrofamiglia sovranazionale europea. L'UE, pone i diritti umani e i principi democratici al centro dei suoi rapporti esterni inserendo in maniera unilaterale la clausola "diritti umani e democrazia" in tutte le relazioni negoziali con i paesi terzi, assumendo così un ruolo di attore globale nella promozione e protezione dei diritti umani⁵.

La circolazione dei modelli ed il ricorso sempre più frequente, che i testi normativi e la giurisprudenza nazionale e sovranazionale fanno alla comparazione, in un reciproco gioco di contaminazioni, hanno dato vita ad uno spazio giuridico complesso⁶ dove la tutela dei diritti fondamentali costituisce il paradigma che meglio di tutti definisce i caratteri della tendenza universalistica del nuovo costituzionalismo⁷. Nel processo di transizione che ha pervaso gli ordinamenti nazionali, sovranazionali ed internazionali, tuttavia, autorevole dottrina individua una tendenza del costituzionalismo globale, in base alla quale l'adozione di documenti indirizzati proprio alla tutela dei diritti fondamentali aiuta alla costruzione di uno "spazio giuridico globale"⁸ che, a

cfr. A. MORELLI, *I diritti senza legge*, in questa *Rivista*, 2015, 28 ss. Sul ruolo della giurisprudenza costituzionale nel riconoscimento dei nuovi diritti, si veda anche F. MODUGNO, *I "nuovi diritti" nella Giurisprudenza costituzionale*, Giappichelli, Torino, 1996.

⁵ Coerentemente con quanto evidenziato dall'art. 3 dell'nuovo TUE dove si sottolinea che "nelle relazioni con il resto del mondo l'Unione afferma e promuove i suoi valori". La clausola di condizionalità politica "diritti dell'uomo e democrazia" funziona già in fase di preadesione all'Unione, indirizzando di conseguenza i paesi terzi nell'adozione di carte costituzionali e di legislazione *ad hoc*, intese per la protezione dei diritti umani e della democrazia, secondo gli *standards* individuati in seno all'Unione. Proprio al fine di ovviare a una sospensione degli accordi di associazione con l'Unione e i paesi terzi, in base alla previsione dell'attuale art. 218 TFUE par. 5, il Consiglio può autorizzare un'applicazione provvisoria della clausola "diritti umani e democrazia". Attraverso tale *modus operandi*, l'Unione contribuisce alla promozione dei diritti umani e della democrazia *world wide*, prevedendo in caso di inadempimento da parte dello Stato terzo la sospensione degli aiuti economici e finanziari. Nella sconfinata letteratura sul ruolo dell'Unione nella promozione e protezione dei diritti umani nel resto del mondo attraverso la condizionalità politica, tra gli altri, si vedano A. TIZZANO, *L'azione dell'Unione europea per la promozione e la protezione dei diritti umani*, in *Dir. Un. Eur.*, 1999, 163 e ss.; E. CANNIZZARO, *The European Union as an Actor in International Relations*, London, New York, 2002; L. BARTELS, *Human Rights Conditionality in the EU's International Agreements*, Oxford University Press, Oxford, 2005, 22 e ss.; L. APPICIAFUOCO, *L'Unione europea e la condizionalità democratica nelle relazioni con i Balcani occidentali*, in *St. int. eur.*, 2010, 492-508; G. FINIZIO, U. MORELLI (curr.), *L'Unione europea nelle relazioni internazionali*, Carocci, Roma, 2015.

⁶ A prescindere dagli sforzi per una regolamentazione sistematica delle fonti che concorrono alla tutela di uno o più diritti fondamentali la cui lesione si lamenta nel caso specifico, il sistema eurolunitario (composto pertanto dalla produzione normativa e giurisprudenziale nazionale e sovranazionale, inteso come un tutt'uno) presuppone un processo interpretativo che coinvolge necessariamente le diverse fonti che concorrono alla tutela del diritto medesimo, dove più che sulle regole formali, l'orientamento dell'interprete si deve indirizzare seguendo un criterio assiologicamente fondato. Sul punto, G. SILVESTRI, *Verso uno ius commune europeo dei diritti fondamentali*, in *Quad. cost.*, 2006, 10 ss.; S. GAMBINO (cur.), *Trattato che adotta una costituzione per l'Europa, costituzioni nazionali, diritti fondamentali*, Giuffrè, Milano, 2006; A. PIZZORUSSO, *La produzione normativa in tempi di globalizzazione*, Giappichelli, Torino, 2008, 15 e ss.; A. RUGGERI, *Alla ricerca dell'interpretazione conforme*, in M. D'AMICO-B. RANDAZZO (curr.), *Interpretazione conforme e tecniche argomentative*. Atti del convegno di Milano svoltosi il 6-7 giugno 2008, Giappichelli, Torino 2009, 388 ss.; ID., *Dimensione europea della tutela dei diritti fondamentali e tecniche interpretative*, in [Federalismi.it](http://www.federalismi.it), del 4 dicembre 2009, 1-18; M. LUCIANI, *Costituzione, integrazione europea, globalizzazione*, in *Quest. giust.*, 2008, n. 6, 70; ID., *Positività, metapositività e parapositività dei diritti fondamentali*, in *Scritti in onore di Lorenza Carlassare*, III, Jovene, Napoli, 2009, 1060 ss.; B. CARAVITA, *Trasformazioni costituzionali nel federalizing processo europeo*, Jovene, Napoli, 2012, 159-164; A. BARBERA, *Costituzione della Repubblica italiana*, in *Enciclopedia del Diritto*, Annali, VIII, 2015, 263-358.

⁷ Proprio con riferimento al ricorso alla comparazione effettuata dai giudici nazionali e sovranazionali, Häberle specifica che attraverso tale operato "in Europa cresce una comunità di diritti fondamentali sovranazionale che permette un 'andirivieni di sguardi' tra l'interno e l'esterno dei confini nazionali": cfr. P. HÄBERLE, *Concezione dei diritti fondamentali*, in *Cultura dei diritti e diritti della cultura*, Giuffrè, Milano, 2003, 112 e ss.

⁸ Per citare solo alcuni degli esempi più importanti si pensi alla Carta delle Nazioni Unite (1945), che già Kant denominava *Weltverfassung*, "Costituzione mondiale"; alla Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo approvata dall'Assemblea generale dell'ONU (1948); la Convenzione europea dei diritti umani fondamentali firmata a Roma nel 1950; la Convenzione americana dei diritti dell'uomo del 1969, la Carta africana dei diritti dell'Uomo del 1981; la Carta Asiatica dei Diritti Umani (1986), la Dichiarazione dei diritti dell'uomo nell'Islam (1990), la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea (c.d. Carta di Nizza): cfr. A. CASSESE, *I ditti umani nel mondo contemporaneo*,

partire dalla caduta del Muro di Berlino, ha dato vita ad un processo di internazionalizzazione del diritto costituzionale⁹. In tale processo, ancora in fase di sviluppo, caratterizzato dalla tendenza ad estendere a livello globale i modelli culturali, giuridici ed istituzionali nati dall'esperienza occidentale, il paradigma sul quale si concentra l'intrapresa trasformazione viene rappresentato proprio dai diritti.

Tale tendenza del nuovo costituzionalismo internazionale, sotto i vari meccanismi di assistenza e condizionalità, orienta il diritto costituzionale interno, accrescendo l'influenza del costituzionalismo liberal democratico¹⁰. Quest'ultimo, pur partendo dalla sua matrice eurocentrica, oggi ha assunto i caratteri di un costituzionalismo internazionale o secondo la definizione di Habermas "supranationalism, a multilevel global constitutional system"¹¹.

2. Per una definizione dei lineamenti dell'ordinamento costituzionale albanese

I diritti fondamentali e la tutela apprestata per la loro protezione costituiscono il valore di un dato ordinamento: la matrice democratica e la legittimazione dell'ordinamento stesso¹². Solo laddove le

Laterza, Roma-Bari, 1988; P. HÄBERLE, *I diritti fondamentali nelle società pluraliste e la Costituzione del pluralismo*, in R. DAHL - G. FERRARA - HÄBERLE - G. E. RUSCONI, *La democrazia alla fine del secolo*, Laterza, Roma-Bari, , 1994, 95 ss.. Sugli effetti delle transizioni costituzionali e democratiche, cfr. G. DE VERGOTTINI, *Le transizioni costituzionali. Sviluppi e crisi del costituzionalismo alla fine del XX secolo*, Il Mulino, Bologna, 1998; sull'incidenza dei diritti fondamentali nel costituzionalismo ad aspirazione universalistica si rinvia a G. MORBIDELLI, L. PEGORARO, A. REPOSO, M. VOLPI, *Diritto Pubblico Comparato*, IV. eds., Giappichelli, Torino, 2012, 47 e ss; M. KOSKENNIEMI, *The Fate of Public International Law: Between Technique and Politics*, in *Modern Law Review*, Vol. 70, Issue, 1, 2007, 1-30; sull'incidenza della CEDU nella formazione di un ordine pubblico europeo F. ANGELINI, *Ordine pubblico e integrazione costituzionale europea. I principi fondamentali nelle relazioni interordinamentali*, CEDAM, Padova, 2007, in particolare 5-14 e 234; sulla CEDU quale parametro di costituzionalità e tutela tridimensionale dei diritti fondamentali in ambito europeo A.S. BRUNO, *La giurisprudenza della Corte costituzionale italiana nella struttura tridimensionale europea*, in M. CARDUCCI, P. RIBERI (curr.), *La dinamica delle integrazioni regionali latinoamericane: Casi e materiali*, Giappichelli, Torino, 2014, 161-168.

⁹ M. KUMM, *The Legitimacy of International Law: A Constitutionalist Framework of Analysis*, in *EJIL*, 2004, n.15, 907; W. WERNER, *The Never-Ending Closure: Constitutionalism and International Law*, in N. TSAGOURIAS (cur.), *Transnational Constitutionalism*, Cambridge, 2007, 329; J. HABERMAS, *La costituzionalizzazione del diritto internazionale ha ancora una possibilità?* in ID., *L'occidente diviso*, Editori Laterza, Bari – Roma, 2007, 107 ss; F. PALERMO, *Internazionalizzazione del diritto costituzionale e costituzionalizzazione del diritto internazionale delle differenze*, in *European Diversity and Autonomy Papers-EDAP* (2009), 2, 1-32; A. MORRONE, *Teologia economica v. Teologia politica? Appunti su sovranità dello Stato e "diritto costituzionale globale"* in *Quad. cost.*, 2012; R. BIFULCO, *La c.d. costituzionalizzazione del diritto internazionale: un esame del dibattito*, in *Rivista A.I.C.*, nr. 4/2014.

¹⁰ J. BOHMAN, *Constitution Making and Democratic Innovation. The European Union and Trans-national Governance*, in *European Journal of Political Theory*, 2004; J. ZIELONKA, *Europe as Empire. The Nature of the Enlarged European Union*, Oxford University Press, Oxford, 2006.

¹¹ J. HABERMAS, *Zur Verfassung Europas*, Frankfurt, a.M. 2011. Per una visione critica della correlazione tra i diritti fondamentali universali e il globalismo giuridico F. RIMOLI, *Universalizzazione dei diritti fondamentali e globalismo giuridico: qualche considerazione critica*, in AA.VV. *Studi in onore di Gianni Ferrara*, III, Torino, 2005, 333 ss; N. WALKER, *Intimations of Global Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2015, 87-102; K. LACHMAYER, *The possibility of international constitutional law: A pluralistic approach towards constitutional law and constitutional comparison*, in P. RIBERI, K. LACHMAYER (curr.), *Philosophical or political foundation of Constitutional law? Perspectives in conflict*, Nomos, Vienna, 2014, 283-311. Per approfondimenti su rischi e potenzialità del costituzionalismo nell'era della globalizzazione si rinvia agli AA.VV. *Annuario 2012, Costituzionalismo e Globalizzazione*, Atti del XXIV Convegno Annuale A.I.C., Salerno, 22-24 novembre 2012, Jovene, Napoli, 2014 e *ivi*, in particolare, ai contributi di G. AMATO, *Il costituzionalismo oltre i confini dello Stato*, 3 ss.; P. CARETTI, *Globalizzazione e diritti fondamentali*, 11 ss.; G. DE VERGOTTINI, *La dislocazione dei poteri e la sovranità*, 85 ss.; S. NICCOLAI, *La globalizzazione come ampliamento del ruolo della giurisdizione: un falso mito?*, 103 ss.; G. SILVESTRI, *Costituzionalismo e crisi dello Stato-nazione. Le garanzie possibili nello spazio globalizzato*, 143 ss.; e con particolare riguardo all'incidenza del fattore tecnologico sui diritti, nella prospettiva della globalizzazione, P. COSTANZO, *Il fattore tecnologico e le trasformazioni del costituzionalismo*, 43 ss., e C. PINELLI, *Il fattore tecnologico e le sue conseguenze*, 131 ss.

¹² Sul punto si rinvia N. LUHMANN, *I diritti fondamentali come istituzioni* (1965-1999), tr. it., De Donato, Bari, 2002; J. HABERMAS, *Legittimazione tramite diritti umani* (1997), tr. it. in ID., *L'inclusione dell'altro*, Feltrinelli, Milano, 1998, 216 ss.

Costituzioni hanno disciplinato in maniera adeguata la limitazione del potere contrapponendo allo stesso la tutela dei diritti e delle libertà fondamentali, rendendo effettivo il binomio democrazia - diritti, si può parlare di costituzionalismo che quale ideologia trova il suo fondamento nell'affermazione dello Stato liberaldemocratico¹³.

Ciò che conta per classificare un ordinamento quale appartenente al costituzionalismo liberaldemocratico non è tanto l'incerto fondamento dei diritti, ma la loro *garanzia* che si sviluppa tramite una tutela concreta ed una attuazione effettiva. Per dirla con le parole di Bobbio "il problema relativo ai diritti dell'uomo è oggi non tanto quello di giustificarli, quanto quello di proteggerli"¹⁴.

L'Albania, fuoriuscita dall'Impero ottomano e dal suo sistema di sultanato, dopo una breve pausa quale protettorato italiano, è stata per quasi cinquant'anni un Paese sottoposto ad un regime totalitario comunista. Il comunismo di Hoxha, in maniera simile ai regimi totalitari e più precisamente a quelli di ispirazione staliniana, respingeva l'individualismo, proprio della concezione liberale. A questo si prediligeva la corporazione della popolazione quale classe operaia totalmente omogeneizzata. Il pluralismo e la divisione dei poteri, altri elementi tipici dello Stato liberale, venivano sostituiti dalla presenza del Partito unico (Partito Stato). In siffatta situazione, lo spazio dei singoli rispetto al potere veniva caratterizzato da una mera possibilità di adesione verticale al potere dello Stato. Quest'ultimo veniva identificato con la figura carismatica del dittatore che concentrava nelle sue mani tutto il potere.

Lo stesso termine "Costituzione" è di recente impegno nell'ordinamento albanese. Dopo la Dichiarazione dell'Indipendenza nel 1912, inizialmente la disciplina costituzionale veniva indicata con il termine di Diritto Fondamentale (1914) (*e Drejte Themelore*) e successivamente con quello di Statuti Fondamentali (*Statute Themelore*)¹⁵. Solo a partire dal 1946 a tale termine verrà sostituito quello di Costituzione (*Kushtetute*). Tuttavia, l'approvazione della Costituzione del 1946, seguita da quella del 1976, di ispirazione socialista e comunista, miravano a legittimare il potere di un regime totalitario.

Da quanto ora brevemente e sommariamente esposto, pertanto, si può giungere alla conclusione che l'Albania postcomunista non rappresenta un ritorno al costituzionalismo liberale perché a tale ideologia l'Albania è stata storicamente estranea. Tutt'al più, si tratta di una conquista nuova da parte del costituzionalismo, che tramite la condizionalità europea¹⁶ assiste ed orienta il potere costituente verso l'adozione di una carta fondamentale quanto più possibile fedele al modello del costituzionalismo occidentale.

¹³ Sull'intreccio tra diritti/libertà e costituzionalismo, si rinvia a A. BARBERA (cur.), *Le basi filosofiche del costituzionalismo*, Laterza, Roma-Bari, 1997; P. RIDOLA, *Libertà e diritti nello sviluppo storico del costituzionalismo*, in R. NANIA, P. RIDOLA (curr-), *I Diritti costituzionali*, vol. I, Giappichelli, Torino, 2006, 3 ss.

¹⁴ N. BOBBIO, *L'età dei diritti* (raccolta di saggi 1964-1991), Einaudi, Torino, 1992, 16. Sul tema della garanzia dei diritti anche L. FERRAJOLI, *Garanzie*, in *Parolechiave*, n. 19 (1999), 15 ss., e P. RIDOLA, *Garanzie, diritti e trasformazioni del costituzionalismo*, *ivi*, 33 ss.

¹⁵ Dopo la dichiarazione dell'indipendenza dall'Impero Ottomano, gli Statuti degli anni 1920, 1922, 1925 e 1928 hanno rappresentato la base costituzionale dello Stato albanese. L. OMARI, A. ANASTASI, *Il diritto costituzionale [E drejta kushtetuese]*, ABC, Tirane, 2010, 10.

¹⁶ Con l'inizio dell'allargamento dell'allora Comunità economica europea, si è dato l'avvio allo sviluppo di una politica di condizione all'adesione. Nel primo allargamento, che ha visto l'integrazione nell'allora Comunità della Grecia, della Spagna e del Portogallo, la condizionalità operava in una fase *ex post* all'adesione. Ai nuovi paesi membri veniva concesso un periodo temporale transitorio per costituzionalizzare l'*acquis* comunitario, costituito dal patrimonio di diritti e di obblighi sviluppati in seno alla Comunità e alla giurisprudenza sovranazionale. A partire dal quinto allargamento, che ha visto come destinatari i 10 Paesi del centro-est Europa, nonché, l'inizio dei negoziati per l'adesione con gli Stati fuoriusciti dalla dissoluzione della ex - Jugoslavia e dell'Albania, il principio di condizionalità si rinnova irrigidendosi, operando già nella fase di pre-adesione nella sua tripartizione in: identità europea, *status* democratico e rispetto dei diritti umani. Così introdotto nel Consiglio Europeo di Lisbona nel 1992, il principio di condizionalità verrà formalizzato nel Consiglio Europeo di Copenaghen del 1993. Rispetto alla iniziale formulazione dei criteri così come decisi a Copenaghen, pertanto nell'ambito di operatività della stessa condizionalità europea, a seguito della fatica di allargamento, la politica di condizionalità dell'Unione si è maggiormente irrigidita.

Dopo la caduta del comunismo, la legge n. 7491 del 29.04.1991 “Disposizioni principali costituzionali”¹⁷ abrogava la previgente Costituzione del 1976, rappresentando la base costituzionale del funzionamento dell’Albania fino alla data di approvazione del testo della nuova Costituzione.

I diritti e le libertà fondamentali dell’uomo vengono introdotti per la prima volta nel sistema giuridico dell’Albania postcomunista attraverso l’approvazione della legge nr. 7693 del 31 marzo del 1993¹⁸, che allegava alla legge nr. 7491/1991 un apposito capitolo dedicato ai diritti ed alle libertà fondamentali.

Il nuovo testo della Costituzione, approvato a seguito dell’esito positivo del referendum del 22 novembre del 1998, dedica ai diritti ed alle libertà fondamentali la seconda parte della legge fondamentale dello Stato.

L’importanza della tutela dei diritti e delle libertà nell’ordinamento albanese viene ribadita già nel Preambolo del testo della Costituzione, dove lo Stato di diritto e la tutela dei diritti e delle libertà fondamentali vengono previsti quali requisiti indispensabili per la costruzione di uno Stato democratico¹⁹. Altresì, già nei principi fondamentali collocati nella prima parte del testo costituzionale, l’art. 3 della Costituzione considera i diritti e le libertà fondamentali della persona non solo quali diritti relegati nella sfera individuale, ma anche come base fondante dello stesso Stato, sottolineando il dovere che incombe su quest’ultimo di contribuire alla loro realizzazione.

Dal punto di vista della sistematicità della collocazione del catalogo dei diritti e delle libertà fondamentali, essi vengono specificati nel secondo capitolo della Costituzione²⁰.

L’art. 178 cost. prevede che tutta la legislazione previgente all’adozione della nuova Costituzione debba essere in conformità con le previsioni di quest’ultima.

L’art. 182 della Costituzione, invece, effettua una abrogazione esplicita della l. 7491/1991, nonché, di tutte le altre leggi costituzionali dal giorno dell’entrata in vigore della nuova Costituzione. Se si confronta il contenuto della legge precedente con la seconda sezione della Costituzione vigente, recante la disciplina della tutela dei diritti fondamentali in Albania, risulta che la tutela offerta dalle disposizioni costituzionali sia di gran lunga più ampia e dettagliata, nonché, rafforzata dai richiami diretti fatti alla CEDU²¹. Tuttavia, tale richiamo e le modalità adoperate dal legislatore albanese per

¹⁷ Legge nr. 7491 del 21.05.1991 “*Për Dispozitat Kryesore Kushtetuese*”, Gazzetta Ufficiale della Repubblica dell’Albania (*Fletorja Zyrtare*), 1991, Nr. 4, 145.

¹⁸ Legge nr. 7692 del 31.03.1993 “*Për një shtojcë në ligjin nr.7491, datë 29.4.1991 ‘Per dispozitat kryesore kushtetuese’*”, Gazzetta Ufficiale della Repubblica dell’Albania (*Fletorja Zyrtare*), 1993, Nr. 3, 161.

¹⁹ “Noi, genti dell’Albania, orgogliosamente consci della propria storia, responsabilmente verso il futuro, con fede in Dio e/o negli altri valori universali, Con la determinazione di costruire uno Stato di diritto, democratico e sociale, al fine di garantire le libertà e i diritti fondamentali dell’uomo, Con afflato di tolleranza e di convivenza religiosa, Con l’impegno alla tutela della dignità e della personalità umana, nonché alla prosperità dell’intera nazione, alla pace, al benessere generale, alla cultura e alla solidarietà sociale, Nell’ aspirazione secolare all’identità e all’unità nazionale, Nella profonda convinzione che la giustizia, la pace, l’armonia e la collaborazione tra le nazioni sono i valori più alti dell’umanità. Deliberiamo questa Costituzione” (Preambolo della Costituzione della Repubblica dell’Albania, 1998, nel testo tradotto in lingua italiana dall’originale da A. BREGU e P. COSTANZO, disponibile in questa [Rivista](#), a cui si rinvia anche per i prossimi riferimenti normativi).

²⁰ La prima sezione elenca le disposizioni generali dei diritti e delle libertà fondamentali riconosciuti dalla Costituzione; la seconda sezione viene dedicata ai diritti individuali (personali); la libertà e i diritti politici vengono collocati nella terza sezione; la quarta sezione viene dedicata alle libertà e ai diritti economici sociali e culturali; la quinta sezione contiene gli obiettivi sociali e la sesta sezione viene dedicata alle disposizioni riguardanti il funzionamento e l’operato dell’Avvocato del Popolo. Cfr. L. BIANKU, *La procedura del riconoscimento dei diritti umani in Albania e ruolo della CEDU nel diritto interno in Albania* (traduzione dall’originale in lingua albanese), in COUNCIL OF EUROPE, EUROPEAN COMMISSION, *Rapporto sullo studio dell’avvicinamento della legislazione albanese con la Convenzione Europea dei Diritti dell’Uomo*, Flesh, Tirana, 2001, 21.

²¹ Il richiamo diretto alla CEDU nel testo costituzionale è tipico di alcuni degli ordinamenti fuoriusciti da un regime totalitario. Si pensi ad esempio, tra gli altri, all’art. 10 della Costituzione spagnola del 1978; all’art. II § 2 della Costituzione della BiH del 1995; art. 22 della Costituzione del Kosovo del 1998. Tuttavia, ciò che contraddistingue tali Costituzioni dal richiamo effettuato nella Costituzione Albanese è il fatto che quest’ultima non si limita a richiamare la Convenzione nella lista degli accordi e dei trattati internazionali, ma si integra attraverso un esplicito richiamo alla CEDU all’interno di una disposizione inserita nei Principi generali, ponendo la Convenzione come limite del contenuto essenziale dei diritti fondamentali.

la ratifica della Convenzione, pongono seri problemi circa le caratteristiche dell'ordinamento albanese, specialmente con riferimento alla gerarchia delle fonti ed all'ingresso del diritto internazionale e sovranazionale nel sistema interno²².

2.1. *L'interazione tra diritto internazionale e diritto interno: verso la formazione di un modello monista puro?*

L'ingresso del diritto internazionale nel diritto interno albanese viene disciplinato attraverso varie disposizioni della Costituzione.

L'art. 5 cost. specifica che "La Repubblica dell'Albania presta osservanza alle norme che la vincolano nell'ordinamento internazionale".

L'art. 121 cost., lettera b, prevede che la ratifica degli accordi internazionali si effettua con legge quando essi riguardano i diritti e le libertà fondamentali della persona. Nella Costituzione vigente, il primo comma dell'art. 122²³ stabilisce che "Ogni accordo internazionale ratificato costituisce parte del sistema interno giuridico dopo essere stato pubblicato nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica d'Albania. Esso viene applicato in modo diretto, salvo i casi in cui non sia auto-applicativo e la sua applicazione richieda l'approvazione di una legge". Dal tenore letterale della norma ne deriva che solo ad un accordo così regolarmente pubblicato nella Gazzetta Ufficiale possano essere riconosciuti i requisiti di prevalenza sopra le leggi nazionali incompatibili con esso²⁴.

L'art. 116, invece, componendo un sistema gerarchico elenca gli atti normativi aventi forza di legge in tutto il territorio della Repubblica albanese, ponendo gli accordi internazionali ratificati subito dopo la Costituzione e prima delle leggi. L'art. 131 del medesimo testo demanda alla [Corte costituzionale](#) la competenza esclusiva di dichiarare decadute quelle disposizioni della legislazione interna che si trovano in posizione di incompatibilità con le norme internazionali che godono dei requisiti di cui all'art. 122 della Costituzione²⁵.

Il successivo art. 117, invece, stabilisce che le leggi e gli atti normativi entrano in vigore solo dopo essere stati pubblicati nella Gazzetta Ufficiale. Il secondo comma del medesimo articolo specifica che: "Gli accordi internazionali ratificati dalla legge sono promulgati e pubblicati con le modalità

²² La volontà dei paesi dell'Est di aderire all'Unione Europea ha comportato l'elaborazione di testi costituzionali caratterizzati per la presenza di disposizioni che riconoscono un'efficacia diretta dei trattati internazionali nel diritto interno. Tale apertura al diritto internazionale trova il suo fondamento, da un lato nella necessità di adattare l'ordinamento interno all'*acquis* comunitario e, dall'altro, nel desiderio delle nuove proclamate Repubbliche indipendenti di essere riconosciute anche a livello internazionale. In mancanza di un modello uniforme dei vecchi Stati membri sul punto, le nuove Costituzioni dell'est hanno messo in piedi un apparato di "ingegneria costituzionale" peculiare. Talvolta si è optato per riconoscere la superiorità sulle norme interne solo ai trattati ratificati, altre volte, invece, l'apertura al diritto internazionale è tale da ricomprendervi anche il diritto internazionale consuetudinario. Nelle formulazioni delle varie disposizioni costituzionali, tuttavia, non viene specificato se nella locuzione "norme interne" gerarchicamente sottordinate al diritto internazionale i costituenti intendessero o meno farvi entrare anche la stessa Costituzione. Solo in tempi recentissimi, le Costituzioni delle nuove democrazie, passata l'enfasi sulla indipendenza e le ancora non del tutto sopite questioni etniche, si sono trovate a dover sciogliere i nodi interpretativi e di coordinamento tra diritto interno, comunitario e internazionale. Sull'impatto del diritto sovranazionale nelle Costituzioni dei paesi fuoriusciti dal blocco comunista si rinvia a A. DI GREGORIO, *Riforme costituzionali e integrazione europea: il caso dei nuovi membri dell'Est*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, IV, 2004, 2067-2093; O. POLLICINO, *Allargamento dell'Europa a est e rapporto tra corti costituzionali e corti europee. Verso una teoria generale dell'impatto interordinamentale del diritto sovranazionale?*, Giuffrè, Milano, 2010.

²³ Collocato nel secondo capitolo della settima sezione, dedicato agli Accordi Internazionali.

²⁴ Recita il comma 2 e 3 dell'art. 122: "2. Un accordo internazionale ratificato con legge prevale su tutte le leggi nazionali incompatibili con esso. 3. Le norme promananti da un'organizzazione internazionale prevalgono, in caso di contrasto, sulle norme nazionali, quando nell'accordo ratificato dalla Repubblica d'Albania per la partecipazione a tale organizzazione, è prevista espressamente l'applicazione diretta delle norme promananti da essa".

²⁵ Recita il primo comma dell'art. 116 della Costituzione albanese: "Gli atti normativi che hanno vigore su tutto il territorio della Repubblica d'Albania sono: a) la Costituzione; b) gli accordi internazionali ratificati; c) le leggi; d) gli atti normativi emanati dal Consiglio dei Ministri".

previste per le leggi. La promulgazione e la pubblicazione degli altri accordi internazionali si effettuano conformemente a quanto previsto dalla legge”.

Qualora il giudice ordinario ritiene che una legge sia in contrasto con la Costituzione, investe della questione la Corte costituzionale alla cui decisione rimane vincolato (art. 145, secondo comma della Costituzione albanese).

L'art. 180 della Costituzione, al primo comma, fa salvi gli accordi internazionali ratificati prima dell'entrata in vigore della Costituzione, il secondo comma prevede l'obbligo in capo al Consiglio dei Ministri di sottoporre ad un giudizio di costituzionalità, a posteriori, gli accordi internazionali ratificati prima della Costituzione ritenuti in contrasto con le disposizioni di quest'ultima²⁶.

Il dibattito dottrinale sviluppato in Albania opta per una lettura dell'art. 5 della Costituzione in concomitanza con gli artt. 121, 122 e 123 della Costituzione (*narrow approach*), oppure, per una lettura dell'art. 5 quale disposizione indipendente che garantisce la superiorità delle norme internazionali (*wider approach*)²⁷. Entrambe le interpretazioni, partendo dalla collocazione dell'art. 5 della Costituzione nei principi fondamentali della stessa, classificano il modello costituzionale adottato dalla Repubblica albanese come monista²⁸, optando per una diretta applicazione delle norme internazionali che a loro volta formano parte integrante del sistema legale nazionale.

3. Tra vizi formali e applicazione estensiva: la CEDU quale parametro di costituzionalità nell'Albania postcomunista

A differenza degli altri accordi e strumenti internazionali ratificati dallo Stato albanese, alla CEDU viene riservato un posto privilegiato, in quanto risulta essere l'unico accordo direttamente menzionato nelle previsioni costituzionali.

Proprio con riferimento alla tutela dei diritti e delle libertà fondamentali, e più precisamente riferendosi ai limiti che tali diritti possono subire, l'art. 17 secondo comma stabilisce che tali limitazioni in “nessun caso possono eccedere le limitazioni disposte dalle norme previste nella Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo”.

²⁶ L'art. 180 della Costituzione albanese stabilisce che: “1. Gli accordi internazionali ratificati dalla Repubblica d'Albania prima della entrata in vigore di tale Costituzione sono considerati ratificati secondo tale Costituzione. 2. Il Consiglio dei Ministri presenta alla Corte Costituzionale gli accordi internazionali, i quali contengono le disposizioni che sono in contrasto con la presente Costituzione”.

²⁷ XH. ZAGANJORI, *La posizione del diritto internazionale nella Costituzione della Repubblica d'Albania* [Vendi i se drejtes nderkombetare ne Kushtetuten e Republikes se Shqiperise], in *Jeta Juridike*, nr. 2, febbraio, 2004; E. ALIMEHMETI, F. CAKA, *The relationship between International and Domestic Law in the Albanian Legal System*, in L. MEZZETTI (cur.), *International Constitutional Law*, Giappichelli, 2014, 1-34; L. OMARI, A. ANASTASI, *ocit.*, 64; G. ZYBERI, S. SALI, *The Place and Application of International Law in the Albanian Legal System*, in S. RODIN, T. PERISIN (curr.), *Judicial Application of International Law in Southeast Europe*, Springer, 2014, 81-109.

²⁸ Secondo la teoria dualista, così come teorizzata da Heinrich Triepel, vi è una piena autonomia tra il diritto interno e il diritto internazionale. Quest'ultimo al fine di esplicare effetti nell'ordinamento nazionale necessita di un “adattamento” della norma. Per contro, la corrente monista, così come teorizzata da Kelsen e Verdos, non vede l'adattamento quale condizione necessaria di efficacia del diritto internazionale nel diritto interno. Secondo tale orientamento, il diritto internazionale ed i diritti nazionali dei singoli Stati devono essere riportati ad un sistema unitario di norme e il diritto interno trova il suo fondamento nel diritto internazionale. Per approfondimenti sulle due teorie contrapposte si rinvia a G. SPERDUTI, *Dualism and Monism – A confrontation to be overcome*, *IYIL*, 1977, 31 – 49; J. DHOMMEAUX, *Monismes et dualismes en droit international des droits de l'homme*, in *Annuaire Francais de Droit International*, XLI, 1995. Per una tendenza al superamento di una rigida distinzione tra diritto interno e diritto internazionale ogniqualvolta si è in presenza di un riconoscimento di valori universali gerarchicamente superiori, facendo venir meno l'originaria dicotomia tra le teorie dualista e monista, si rinvia a J. NIJMAN e A. NOLLKAMPER, *Beyon the Divide*, in ID. (cur.), *New Perspectives on the Divide between National and International Law*, Oxford, OUP, 2007, 342. Sulla classificazione del sistema albanese quale sistema monista e sull'operatività delle norme internazionali nel sistema legale nazionale si veda A. PUTO, *Diritto pubblico internazionale [E Drejta Nderkombetare Publike]*, Botimet Dudaj, Tirane, 2010.

Tuttavia, con riferimento alle modalità di ratifica della CEDU, si riscontra una procedura viziata dalla mancata pubblicazione della legge di ratifica nella Gazzetta Ufficiale, requisito richiesto, come si è visto, dalla stessa Costituzione.

Con parere nr. 189 del 1995, l'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa invitava la Repubblica albanese a diventare membro del Consiglio d'Europa. Tale decisione dell'Assemblea ribadiva l'impegno espresso nella dichiarazione presentata dalla Repubblica albanese, dove la stessa si obbligava "a ratificare la Convenzione Europea dei Diritti Umani nel momento dell'adesione al Consiglio, nonché, di provvedere a ratificare entro un anno dall'avvenuta adesione i Protocolli aggiuntivi"²⁹.

L'Albania ha aderito al Consiglio d'Europa il 13 luglio del 1995. Pur sottoscrivendo la CEDU ed i Protocolli 1, 2, 4, 7 e 11 nella stessa data, la ratifica è avvenuta solo nel 1996³⁰. La ratifica della CEDU, anteriore all'approvazione della Costituzione, per mancanza di apposite previsioni legislative nella l. nr. 749/1991, non venne pubblicata nella Gazzetta Ufficiale³¹.

Da quanto esposto, pertanto, deriverebbe che, difettando la CEDU della pubblicazione della legge di esecuzione, la Convenzione non potrebbe spiegare effetti nell'ordinamento albanese. Più che di un adempimento meramente formale, va specificato che la pubblicazione della legge costituisce un passaggio fondamentale, secondo i dettami dello Stato di diritto, poiché rende conoscibili e, dunque, osservabili da parte di tutti i consociati i precetti normativi vigenti.

Il richiamo testuale effettuato alla Convenzione pone delicati problemi di qualificazione delle fonti del diritto ed applicazione delle norme

Inoltre, tenendo presente che la Convenzione, a differenza delle altre fonti sovranazionali, viene caratterizzata da una maggior incisività derivante non tanto dalla formulazione delle sue disposizioni generali, ma dalla previsione di un organo giurisdizionale (la Corte EDU) incaricato di fornire un'interpretazione vincolante ed integrativa, il suo diretto richiamo in una disposizione costituzionale pone anche dei problemi circa il margine di apprezzamento del legislatore e del giudice nazionale di fronte al sistema convenzionale. Le due questioni, pertanto, pongono la necessità di un'interpretazione costituzionale del testo della Costituzione partendo dal contesto, cercando di ovviare al rischio di una compressione del testo per manipolazione³², selezionando i significati ammessi secondo la logica del probabile³³.

Come sottolineato da autorevole dottrina, il giudice costituzionale, quando deve garantire il rispetto della Costituzione, è chiamato al rispetto della Costituzione positiva e non a una diversa normativa esterna alla stessa³⁴.

A tal proposito, si pone il problema se il richiamo testuale alla CEDU comporti la necessità di una doppia valutazione dei valori e dei principi: uno secondo la Costituzione della Repubblica e l'altro secondo la Convenzione.

Se si considera la CEDU quale "porzione" di costituzione esterna alla stessa Costituzione in senso formale, pertanto, un barlume di valori esterni alla Costituzione, per altro difettando anche del requisito della legge di esecuzione, si dovrebbe ritenere che la stessa non possa esplicare alcun effetto

²⁹ Parere dell'Assemblea Parlamentare del Consiglio d'Europa nr. 189, (sez. 22) del 1995, con riferimento alla richiesta presentata dalla Repubblica albanese di diventare membro del Consiglio d'Europa.

³⁰ Repubblica dell'Albania, l. nr. 8137 del 31 luglio del 1996. Gli strumenti della ratifica vennero depositati presso il Segretario Generale del Consiglio d'Europa in data 2 ottobre del 1996.

³¹ Secondo Bianku, il carattere di ufficialità dell'applicazione della CEDU nel sistema nazionale, in difetto di una previsione apposita della pubblicazione della Gazzetta Ufficiale poteva essere ugualmente adempiuto solo attraverso una trasformazione per il tramite di un atto normativo interno (legge, decreto presidenziale oppure mediante una decisione del Consiglio dei Ministri). L. BIANKU, *op.cit.*, 41.

³² Sull'interpretazione costituzionale che partendo dalla comprensione del testo necessariamente si risolve in una sua manipolazione. G. U. RESCIGNO, *Interpretazione costituzionale e positivismo giuridico*, in G. AZZARITI (cur.), *Interpretazione costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2007, 17 – 41.

³³ Sui problemi relativi alla teoria dell'argomentazione giuridica nella sconfinata letteratura si veda almeno R. ALEXY, *Teoria dell'argomentazione giuridica. La teoria del discorso razionale come teoria della motivazione giuridica*, Giuffrè, Milano, 1998.

³⁴ G. DE VERGOTTINI, *Diritto Costituzionale*, XVII ed., Padova, CEDAM, 2013, 188 e ss.

nell'ordinamento interno. Parimenti, l'art. 17, secondo comma, della Costituzione risulterebbe una scatola vuota, un errore materiale dei padri costituenti.

Inoltre, anche qualora si qualificasse la Convenzione solo sotto il condizionamento derivante da impegni assunti sul piano internazionale, la mancata attuazione della stessa non avrebbe alcuna conseguenza dal punto di vista dell'ordinamento interno, rappresentando tutt'al più un'ipotesi di responsabilità internazionale dello Stato albanese³⁵.

Tale interpretazione, pertanto, renderebbe il richiamo testuale della Convenzione nullo e privo di effetti nell'ordinamento interno.

Diversamente, se si parte dal presupposto che i valori ai quali l'interprete si deve riferire nell'interpretazione della Costituzione, non possono essere valori che "non si siano manifestati nel testo"³⁶ e che l'ingresso dei valori nell'ordinamento avviene tramite i principi ricavabili dagli enunciati della Costituzione³⁷, si giunge ad una conclusione opposta.

Il rinvio alla CEDU effettuato dalla disposizione costituzionale va letto nel senso che la Convenzione fissa i confini massimi agli interventi limitativi dei pubblici poteri albanesi nei confronti delle libertà e dei diritti fondamentali. La collocazione sistematica di tale articolo nella sezione denominata "Principi generali", appositamente dedicata ai diritti e alle libertà dell'uomo, e la specificazione del richiamo alla CEDU con riferimento al "contenuto *essenziale* dei diritti fondamentali", la farebbe rientrare nel nucleo duro della Costituzione, esprimendo uno dei principi supremi che caratterizzano l'intero ordinamento.

La costituzionalizzazione della CEDU da parte della Costituzione albanese qualifica come "principi fondamentali" alcuni contenuti della Convenzione stessa: quelli dei limiti agli interventi pubblici sulle libertà. Pertanto, solo per questa parte, la Convenzione assumerebbe il rango di una "super-costituzione" in grado di resistere all'abrogazione anche da parte di successive leggi costituzionali, bilanciandosi con gli altri principi fondamentali. Per la parte restante, invece, le norme della CEDU avrebbero la stessa efficacia delle fonti costituzionali, ma non dei principi fondamentali al cui rispetto sarebbero altresì tenute.

Parimenti, si dovrebbe ritenere che, visto che la Costituzione ha cristallizzato in un'apposita sezione il catalogo dei diritti fondamentali, la CEDU non costituirebbe un catalogo dei diritti fondamentali aggiuntivi a quelli presenti nella Costituzione scritta. Ovviamente, questo non significa che oltre ai diritti elencati l'ordinamento albanese non possa riconoscere diritti nuovi. In quella occasione, in base al ragionamento svolto, si dovrebbe operare un bilanciamento con i valori presenti nella Costituzione e con i limiti previsti dalla CEDU.

Dall'interpretazione qui svolta, si potrebbe dedurre che la CEDU nell'ordinamento albanese costituisce una fonte paritaria o sovraordinata alla stessa Costituzione, ovvero, un parametro di costituzionalità alla cui luce interpretare l'intero ordinamento in maniera armonica, visto che la Convenzione, quale parte del sistema costituzionale, costituisce il limite non oltrepassabile, pena il venir meno dello stesso Stato costituzionale.

Secondo il consolidato orientamento dottrinale albanese, il giudice ordinario, quando riscontra un contrasto tra la norma interna e quella convenzionale, dovrebbe applicare direttamente la norma convenzionale ai sensi dell'art. 122 primo comma, non trovando applicazione in questo caso l'art. 145 della Costituzione. Diversamente, quando una legge interna contrasta con i diritti fondamentali, così come tutelati dalla Costituzione e dalla CEDU, ai sensi dell'art. 145 cost. il giudice ordinario investe della questione di legittimità la Corte costituzionale³⁸.

³⁵ Questa sarebbe l'ipotesi dell'art. 15 del trattato di pace del Italia del 1947. Sul punto si rinvia a G. DE VERGOTTINI, *op.cit.*, 190.

³⁶ M. LUCIANI, *Interpretazione costituzionale e testo della Costituzione. Osservazioni liminari*, in G. AZZARITI (CUR.), *op.cit.*, 47.

³⁷ F. MODUGNO, *Interpretazione per valori e interpretazione costituzionale*, in G. AZZARITI (cur.), *op.cit.*, 70. Osserva, ancora Modugno che "Non bisogna confondere la fattispecie della norma con il contenuto di valore che il principio esprime. È il contenuto di valore che, se valore supremo, rende il principio sottratto alla revisione costituzionale" (*ivi*).

³⁸ L. OMARI, A. ANASTASI, *op.cit.*, 60.

Ai sensi dell'art. 131 (a) della Costituzione, in caso di incompatibilità tra una legge interna con la Costituzione o con gli accordi internazionali, la competenza a decidere spetterebbe alla Corte costituzionale. Tuttavia, l'eventuale dichiarazione di caducazione degli effetti della norma nazionale incompatibile non comporta l'adozione di una nuova legge conforme ai dettami convenzionali ed internazionali. Tale diritto rimane prerogativa del Parlamento, al quale spetta il compito ad adottare una legge conforme alla decisione della Corte costituzionale³⁹.

In più, con l. nr. 8696 del 23.11.2000, la Repubblica dell'Albania ha ratificato la Convenzione di Vienna "Sui diritti dei Trattati". L'espressa previsione di cui all'art. 11 della Convenzione in questione, in caso di accordo tra le parti, renderebbe gli accordi internazionali direttamente applicabili nell'ordinamento interno prescindendo dal modo nel quale lo Stato avesse deciso di aderire agli stessi. Secondo l'interpretazione dottrinale prevalente⁴⁰, da tali obblighi politici ed internazionali assunti dallo Stato deriverebbe che gli accordi internazionali, a prescindere dalla maniera con la quale fossero stati ratificati, sarebbero ugualmente applicabili nell'ordinamento interno. Seguendo tale ricostruzione, l'espressione "ratificata con legge" impiegata dai costituenti, pur costituendo un contro limite dell'ordinamento albanese al diritto sovranazionale, potrebbe essere facilmente superata ogni qual volta si rende necessario un adeguamento dell'ordinamento interno al diritto sovranazionale.

4. *La garanzia del "contenuto essenziale dei diritti fondamentali" nell'ordinamento albanese. Il diritto alla vita: norma inespressa e interpretazione giurisprudenziale, de iure condendo, dell'abolizione della pena capitale*

Il "diritto alla vita" rappresenta un valore assoluto di cui ogni persona che viene al mondo è titolare esclusivo costituendo, pertanto, il presupposto essenziale dal quale discendono tutti gli altri diritti e le libertà fondamentali della persona.

Il diritto alla vita riconosciuto ad ogni individuo venne affermato nel corso della Rivoluzione francese. L'art. 3 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo recita, infatti, che "Ogni individuo ha diritto alla vita, alla libertà ed alla sicurezza della propria persona". La tutela del "diritto alla vita" costituisce uno dei valori essenziali del costituzionalismo così come sviluppato a partire dalla Rivoluzione francese ed alla tutela della vita ed all'abolizione della pena di morte, fanno riferimento molteplici documenti di rilevanza internazionale⁴¹. Tale garanzia costituisce un traguardo storico della cultura costituzionale eurocentrica⁴².

Tuttavia, solo a seguito dell'intrapreso cammino globale del costituzionalismo, la pena di morte è stata gradualmente delegittimata. Sono molteplici le dichiarazioni delle Corti costituzionali delle nuove democrazie che si sono espresse per l'abolizione della pena capitale che, riprendendo la massima espressa dalla Corte costituzionale ungherese, hanno ritenuto la pena capitale

³⁹ Con riferimento alla locuzione "legge" così come intesa dall'art. 17 della Costituzione, in un'apposita decisione la Corte costituzionale albanese ha specificato che "per modalità di formulazione dell'articolo in questione sono da qualificarsi come "leggi" in grado di apportare delle limitazioni ai diritti e alle libertà fondamentali, solo gli atti del Parlamento" (Corte costituzionale albanese, decisione n. 20 del 11.07.2006). Lo stesso orientamento veniva ribadito anche nella decisione nr. 75/2002 della Corte costituzionale. Sul rapporto tra Corte costituzionale e Parlamento nell'ordinamento albanese si rinvia a F. ABDIU, *10 anni di Corte Costituzionale [10 vjet Gjykate Kushtetuese]*, Klean, Tirane, 2002.

⁴⁰ J. DACI, *I diritti dell'uomo [Te drejtat e njeriut]*, Tirane, 2006, 394; A. PUTO, *La CEDU nella Costituzione Albanese [Konventa evropiane per te drejtat e njeriut ne perqasje me Kushtetuten e Shqiperise]*, Albin, Tirane, 2002; XH. ZAGANJORI, A. ANASTASI, E. CANI, *Lo Stato di diritto nella Costituzione della Repubblica dell'Albania [Shteti i se drejtes ne Kushtetuten e Republikes se Shqiperise]*, Konrad Adenauer Stiftung, Tirane, 2011, 59-66.

⁴¹ Sull'abolizione della pena di morte nel diritto internazionale S. WILLIAMA, *The Abolition of the Death Penalty in International Law, Second edition*, Cambridge, Cambridge University Press, 1997. Sul dibattito teorico, filosofico e dottrinale sviluppatosi intorno all'abolizione della pena capitale si rinvia ai saggi di N. BOBBIO, *Contro la pena di morte, e, Il dibattito attuale sulla pena di morte*, in ID., *L'età dei diritti*, cit., 178 – 201.

⁴² Sul punto si rinvia a A. BARBERA, *Le basi filosofiche del costituzionalismo*, Laterza, Roma-Bari, 1997, 4 ss.

“incostituzionale rispetto al nuovo ordinamento”⁴³. Tali decisioni, attraverso un processo migratorio, sono state riprese da lontane Corti costituzionali⁴⁴ in qualità di segno di civiltà sviluppatosi nell’area europea. La sovradescritta tendenza delle Corti costituzionali a porre a fondamento delle proprie decisioni sentenze di altre Corti paritarie e non più solo delle Corti sovranazionali (CGE e Corte EDU) denota uno sviluppo del dialogo tra le Corti non più solo su basi verticali ma anche su di un piano orizzontale⁴⁵.

Nell’Albania postcomunista, la pena di morte veniva prevista dalla legge delle disposizioni costituzionali nr. 7692/1993, il cui art. 1, intitolato “Diritto alla vita”, regolamentava i casi nei quali tale diritto poteva essere sacrificato. Dopo una previsione generale della tutela del diritto alla vita secondo legge, si specificava che tale diritto poteva venire meno “in esecuzione di una sentenza capitale emessa da un tribunale in casi di crimini gravi per i quali la legge prevede l’applicazione della pena di morte”. Il comma successivo conteneva le ipotesi di esclusione dell’applicazione della pena capitale, ossia nel caso in cui il reato fosse stato commesso da una persona minorenni, oppure da una donna.

L’art. 21 della Costituzione albanese del 1998, che apre il catalogo dedicato ai “Diritti e le libertà personali”, invece, si limita solo a statuire che “La vita dell’individuo è tutelata dalla legge”.

Il Codice penale approvato nel 1995 ed anche quello militare continuavano a disciplinare le ipotesi di applicazione della pena capitale⁴⁶. Proprio in virtù delle previsioni del Codice penale, nel 1995 si dava avvio all’ultima esecuzione della pena capitale in Albania.

In vista dell’adesione al Consiglio d’Europa, il 29 giugno del 1995, il Governo albanese del tempo dovette adottare una moratoria sulla pena capitale; tuttavia alla vigilia delle elezioni politiche del 1996 si emisero tre condanne a morte per esponenti dell’ex regime, sotto l’accusa di “genocidio e crimini contro l’umanità”⁴⁷.

Il diritto alla vita viene disciplinato dall’art. 2 della CEDU e dai Protocolli nr. 6 e 13 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali, aventi carattere sostanziale e non meramente procedurale, in quanto rafforzano ed aggiungono altri diritti. Il primo, pur prevedendo l’abolizione della pena capitale, non esclude la pena di morte *per atti commessi in tempo di guerra o di pericolo imminente di guerra*⁴⁸. Il Protocollo 13, invece, prevede un’abolizione in via *definitiva* della pena di morte *in qualsiasi circostanza*⁴⁹. Entrambi i Protocolli aggiuntivi, ai

⁴³ Tale formulazione della Corte costituzionale ungherese verrà ripresa dalle pronunce delle varie Corti costituzionali dei Paesi che transitano verso il modello liberaldemocratico (Corte cost. ungherese, decisione n. 23/1990 X. 31, AB).

⁴⁴ L’argomentazione giuridica della Corte costituzionale ungherese è stata ripresa dalla Corte costituzionale sudafricana che nel 1995 è intervenuta con una pronuncia omologa; la stessa decisione è stata posta alla base dell’orientamento espresso dalla Corte costituzionale russa di inibire la pena capitale in tutto il territorio russo. Sul punto si rinvia a V. MANES, *La lunga marcia della Convenzione europea ed i “nuovi” vincoli per l’ordinamento (e per il giudice) penale interno*, in V. MANES, V. ZAGREBELSKY (cur.), *La Convenzione Europea dell’Uomo e il principio di legalità in materia penale*, Giuffrè, Milano, 2011, 63 – 64.

⁴⁵ A.V. BOGDANDY, CH. GRABENWARTER, P.M. HUBER, *Il diritto costituzionale nel diritto pubblico europeo. L’esempio della rete istituzionalizzata della giustizia costituzionale*, in *Riv. A.I.C.*, n. 4/2015.

⁴⁶ Durante il regime dittatoriale di Hoxha, la pena di morte veniva prevista e disciplinata per 34 possibili reati, così come elencati negli artt. 47, 53 e 55 dell’allora codice penale del 1950. Nelle previsioni del codice penale del 1995, invece, la pena capitale veniva prevista dalle disposizioni di cui agli artt. 29/1, 31, 73, 74, 75, 77, 78, 79, 109, 141, 208, 209, 219, 221, 230 e 334, nonchè, dalle disposizioni 59/2 e 77 del codice penale militare.

⁴⁷ Sul punto sia permesso rinviare al mio *I diritti fondamentali nei Balcani occidentali e il dialogo tra le Corti*, in AA.VV., *Rischi e potenzialità del nuovo diritto costituzionale globale*, E.S.I., Napoli, 2015, 27-41.

⁴⁸ In particolar modo, l’art. 2 del Protocollo 6 intitolato “Pena di morte in tempo di guerra” prevede che “Uno Stato può prevedere nella propria legislazione la pena di morte per atti commessi in tempo di guerra o in caso di pericolo imminente di guerra; tale pena sarà applicata solo nei casi previsti da tale legislazione e conformemente alle sue disposizioni. Lo Stato comunicherà al Segretario generale del Consiglio d’Europa le disposizioni rilevanti della legislazione in questione” (*Protocollo nr. 6 alla Convenzione per la salvaguardia dei Diritti dell’Uomo e delle Libertà fondamentali, relativo all’abolizione della pena di morte*, firmato a Strasburgo il 28 aprile 1983).

⁴⁹ *Protocollo no 13 alla Convenzione per la salvaguardia dei Diritti dell’Uomo e delle Libertà fondamentali, relativo all’abolizione della pena di morte in tutte le circostanze*, firmato a Vilnius, il 3 maggio 2002.

sensi dell'art. 15 della CEDU, non ammettono deroghe e, ai sensi dell'art. 54 della Convenzione, prevedono un divieto di riserva⁵⁰.

Dal tenore letterale dell'art. 21 della Costituzione e dall'interiorizzazione della CEDU nel sistema albanese, pertanto, si potrebbe ritenere che si è di fronte ad una norma inespressa⁵¹ il cui principio di tutela della vita dovrebbe essere concretizzato mediante una previsione legislativa, specificando così l'abolizione della pena capitale.

Se si tiene presente il processo di transizione nel quale sono tutt'oggi coinvolti lo Stato, la società e l'economia albanese, si può ben comprendere come la formazione del diritto in tale ordinamento, più che sulla mera statualizzazione delle disposizioni, si determini dall'interpretazione offerta dagli operatori del diritto. In particolar modo, la giurisprudenza viene chiamata ad interpretare le disposizioni costituzionali e legislative facendo riferimento anche al circuito politico ed istituzionale nel quale l'Albania cerca di integrarsi. Attraverso tale operato, la giurisprudenza effettua una continua trasformazione dell'ordinamento statale interpretandolo ed adeguandolo ai parametri sovranazionali.

Proprio partendo da tali peculiarità del processo di transizione, integrazione e trasformazione del diritto interno, la Corte costituzionale albanese si è espressa con riferimento alla compatibilità della pena capitale così come prevista dal Codice penale e militare con la disposizione generale che "tutela la vita secondo la legge" ex art. 21 della Costituzione.

Con decisione n. 65 del 11.11. 1999, basandosi sul parere della Commissione di Venezia⁵², la Corte costituzionale albanese ha affrontato la questione della compatibilità della pena di morte con i dettami della nuova Costituzione⁵³.

Alle suddette norme contenute nella Costituzione e nel Codice penale e in quello militare, la Corte affiancava anche le previsioni di cui all'art 17, secondo comma, della Costituzione, che, con riferimento alle limitazioni che possono subire i diritti fondamentali, pone quali parametri ineludibili "il contenuto essenziale" e le "eventuali limitazioni disposte dalle norme previste dalla CEDU".

L'articolo in questione sottolinea l'esistenza di una garanzia del "contenuto essenziale dei diritti e delle libertà", la cui corretta individuazione, tuttavia, può avvenire solo per il tramite di una specificazione, caso per caso, da parte della giurisprudenza. In particolar modo, l'esplicito riconoscimento testuale della garanzia nella Costituzione albanese costituisce anche un importante traguardo da un punto di vista "verticale", ossia nel rapporto tra la persona e i poteri pubblici. Disegnando uno spazio di libertà non comprimibile da parte dei pubblici poteri, la Costituzione, a seguito dell'esperienza storica totalitaria del passato, definisce la dimensione più tradizionale della garanzia, affermando l'esistenza di un *nucleo essenziale* intangibile da parte dello Stato⁵⁴.

Partendo proprio dagli obblighi internazionali assunti e dal mutato quadro delle relazioni politiche dettate dagli sforzi compiuti dall'Albania per integrarsi nelle istituzioni dell'Unione Europea, la Corte

⁵⁰ Rispettivamente espressi negli artt. 3 e 4 del Protocollo nr. 6 e artt. 2 e 3 del Protocollo nr. 13.

⁵¹ Sulla concretizzazione di principi e norme inesprese, cfr. R. GUASTINI, *Interpretare, costruire, argomentare*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2/2015, 23.

⁵² La Commissione di Venezia (Commissione europea per la Democrazia attraverso i Diritti) è un organo consultivo del Consiglio d'Europa in materia costituzionale che tramite il suo operato contribuisce in modo significativo alla diffusione del patrimonio costituzionale europeo. Istituita su iniziativa italiana nel 1990, la Commissione viene composta da esperti designati dagli Stati membri con lo scopo di fornire assistenza costituzionale agli Stati richiedenti. Per un panorama generale sull'operato e l'impatto della Commissione di Venezia nella democratizzazione degli Stati dell'ex blocco dell'est e sui risvolti anche nel sistema europeo si rinvia a A. PECORARIO, *I vent'anni della Commissione di Venezia del Consiglio d'Europa: storia di uno dei più formidabili successi della diplomazia italiana nelle relazioni giuridiche internazionali*, in *Rivista di Studi Politici San Pio V*, luglio-settembre, 2010, 49-74. Il parere della Commissione di Venezia sulla compatibilità della pena di morte con la Costituzione albanese è del 24 marzo del 1999.

⁵³ Basandosi sul parere della Commissione di Venezia, il Presidente della Corte costituzionale annunciava, il 10 dicembre del 1999, l'abolizione della pena di morte precisando che la decisione si basava tanto sui principi della nuova Costituzione quanto sui principi del Consiglio d'Europa (v. Corte costituzionale della Repubblica dell'Albania, decisione n. 65 del 11.11. 1999).

⁵⁴ Il riconoscimento testuale della garanzia del "contenuto essenziale dei diritti fondamentali" è tipico di quelle Costituzioni seguite alle esperienze storiche totalitarie. Si pensi ad esempio all'introduzione di tali previsioni nella Legge fondamentale tedesca (art. 19, secondo comma), la Costituzione italiana, spagnola (art. 53, comma 1), greca, portoghese (art. 18, comma 3) e quasi tutte le Costituzioni postcomuniste del 1989.

costituzionale ha offerto un'interpretazione dei limiti che possono subire i diritti fondamentali che nel loro “*contenuto essenziale non superano le limitazioni previste dalla legislazione europea*”⁵⁵, spostando, quindi, la griglia di tutela offerta in maniera esponenziale individuando come parametro non più solo il diritto convenzionale ma tutto il sistema europeo.

Secondo la Corte, la popolazione albanese, quale parte della più ampia categoria di popolazione europea dal cui spazio giuridico la pena capitale è stata oramai esclusa, non può subire delle limitazioni che vadano oltre la legislazione europea. Nella sua decisione, la Corte costituzionale, *in primis*, ha fatto riferimento agli obblighi internazionali assunti da parte della Repubblica albanese al momento dell'adesione al Consiglio d'Europa⁵⁶.

Dunque, l'attuazione di tali obblighi costituisce una condizione necessaria, tanto giuridica quanto politica, per la piena adesione di uno Stato al Consiglio d'Europa⁵⁷.

Oltre agli obblighi politici per lo Stato, rafforzati anche dall'operato della condizionalità europea, la Corte ha preso in considerazione il mutato quadro giuridico nel quale l'Albania ora si trova ad agire. Pertanto, continua la Corte, “...La nuova Costituzione è stata redatta basandosi sui principi contenuti nello Statuto del Consiglio d'Europa il cui art. 3 statuisce che [Ogni Membro del Consiglio d'Europa riconosce il principio della preminenza del Diritto ed il principio secondo il quale ogni persona soggetta alla sua giurisdizione deve godere dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali]...”⁵⁸.

Attraverso una lettura organica degli artt. 5, 116 e 121 della Costituzione, la Corte ha riconosciuto una superiorità gerarchica dell'art. 2 della CEDU rispetto alle leggi nazionali, erigendo la CEDU stessa a parametro per l'interpretazione della disposizione costituzionale coinvolta nel caso specifico. Attraverso tale interpretazione, la Corte, oltre a giungere alla soluzione del caso concreto, ha compiuto dei passi decisivi nell'offrire un'interpretazione sulle dinamiche che coinvolgono il problema delle fonti nell'ordinamento albanese, optando per allineare il sistema legislativo nazionale con i denominatori comuni del costituzionalismo europeo.

In maniera esemplare ed in modo lineare, la giurisprudenza costituzionale albanese si indirizza a riconoscere un'idea di sistema per la quale alle fonti sovranazionali, normative e giurisprudenziali, nei casi nei quali è chiamata a pronunciarsi, riconosce una superiorità gerarchica rispetto all'ordinamento interno.

In altre pronunce, il Giudice delle leggi ha chiarito che in caso di contrasto tra le disposizioni della Costituzione e la Convenzione, trova applicazione la norma convenzionale. Pertanto, attraverso ripetute pronunce giurisprudenziali, è stata chiarita la posizione della CEDU nell'ordinamento albanese, sancendo la sua superiorità gerarchica non solo nei confronti della legge ordinaria ma anche rispetto alla stessa Costituzione⁵⁹.

⁵⁵ Spingendo, tramite tale formulazione, ad ampliare le maglie della tutela dei diritti fondamentali oltre il contenuto meramente letterale delle previsioni costituzionali, facendo riferimento non solo al diritto convenzionale espressamente richiamato dalla Carta fondamentale, ma all'intero sistema euorunitario.

⁵⁶ A seguito di tali obblighi, la Repubblica dell'Albania si obbligava a ratificare entro un anno la Convenzione Europea dei diritti dell'Uomo ed il protocollo 1, 2, 4, 7 e 11 ed entro tre anni si obbligava a ratificare e ad attuare il Protocollo nr. 6 della CEDU che prevede l'abolizione della pena di morte.

⁵⁷ Secondo quanto stabilito anche dal punto 6 della Risoluzione nr. 1044 del 04.10.1994 dell'Assemblea Parlamentare del Consiglio d'Europa.

⁵⁸ Art. 3 dello Statuto del Consiglio d'Europa, Londra, 5 maggio 1949 (<http://conventions.coe.int/treaty/ita/Treaties/Html/001.htm>).

⁵⁹ Così, nella decisione nr. 6 del 31.03.2006 la Corte costituzionale albanese specifica che “Le garanzie della CEDU incidono nell'interpretazione dei diritti e delle libertà fondamentali così come previste dal testo della Costituzione...La Corte Costituzione, si basa sul fatto che il testo della Convenzione e la giurisprudenza della Corte EDU, fungono da base interpretativa, per individuare, caso per caso, i limiti dei diritti fondamentali costituzionali. Tale posizione gerarchica riconosciuta alla Convenzione, deriva come conseguenza degli obblighi assunti dallo Stato albanese per dare una protezione garantita ai diritti e alle libertà fondamentali dell'individuo”. Ancora, nella decisione nr. 5 del 22.01.2007 la Corte Suprema albanese sottolinea che “la Convenzione è parte integrante dell'diritto interno albanese”. Per lo stesso orientamento in dottrina si rinvia a E. ALIMEHMETI, *L'articolo 13 della CEDU nel quadro normativo albanese* [Neni 13 i Konventes Evropiane per mbrojtjen e te drejtave e lirive themelore te njeriut dhe kuadri ligjor shqipetar], GEER, Tirane, 2012, 97.

Alla luce delle previsioni costituzionali rilevanti, così come conformemente alla CEDU e alla normativa europea interpretate, la Corte ha deciso l'abolizione delle disposizioni che prevedevano la pena di morte, tanto dal Codice penale quanto da quello militare.

5. La formazione del patrimonio assiologico europeo: una transizione ad effetti bidirezionali?

Dalla trattazione sin qui svolta, quello albanese potrebbe essere definito come un ordinamento monista che costituzionalizza il diritto convenzionale e pone come limite il patrimonio assiologico europeo ancora in via di formazione.

Proprio con riferimento a quest'ultimo, viene da chiedersi se si tratti di principi e valori estranei a quelle dell'ordinamento che le incorpora, oppure di valori alla cui formazione e determinazione per un certo verso l'Albania partecipa.

Pur non essendo l'Albania ancora parte dell'Unione, si pone il problema circa la possibilità del diritto europeo di produrre norme e limiti nell'ordinamento di uno Stato che non ne fa ancora parte⁶⁰. Con la firma dell'Accordo di Stabilizzazione e Associazione (ASA), in vigore dall'1 aprile del 2009, il diritto comunitario per espressa clausola di "superiorità giuridica su tutta la legislazione nazionale" di cui all'art. 122 della Costituzione gode di una diretta applicabilità nell'ordinamento nazionale⁶¹. Tale superiorità gerarchica, anche rispetto alla stessa Costituzione, viene riconosciuta non solo al *corpus* normativo derivante da un accordo internazionale ratificato ma anche a quello derivante da meri accordi internazionali di adesione e più specificamente tale superiorità gerarchica dovrebbe essere riconosciuto all'ASA⁶².

Difettando l'ordinamento interno della previsione di adeguati meccanismi di coordinamento tra il diritto comunitario e la Costituzione, spetta alla giurisprudenza costituzionale l'allineamento dell'ordinamento nazionale a quello sovranazionale.

In ripetute pronunce, il Giudice delle leggi si è espresso ritenendo che per effetto dell'ASA la normativa nazionale coinvolta, caso per caso, nel giudizio era da ritenersi incompatibile con la legislazione comunitaria così come interpretata dalla CGE e la Corte EDU⁶³.

Pur se la questione meriterebbe adeguati approfondimenti, per i quali si rinvia ad altra sede, preme qui sottolineare che il processo di transizione costituzionale nei quali versa l'area geografica europea coinvolta nei processi di democratizzazione è lontano dall'essere caratterizzato solo dall'unidirezionalità dei suoi effetti⁶⁴. Pertanto, pur se in maniera indiretta, la formazione di un tessuto normativo europeo, inizialmente caratterizzato da unidirezionalità, è finito a costituire parte integrante del patrimonio assiologico dell'Unione.

⁶⁰ Secondo l'orientamento della Corte di giustizia europea, gli accordi tra Unione Europea e paesi non membri godono di una diretta applicabilità quando contengono un obbligo chiaro e preciso. CGE, caso *Demirel/Comune di Schwäbisch Gmünd*, procedimento nr. 12/86, sentenza del 30 settembre 1987.

⁶¹ Nell'ottica della politica della condizionalità europea, anche se l'ASA è in vigore in Albania dall'aprile del 2009 e la richiesta della Repubblica albanese di diventare membro dell'Unione sia stata presentata il 28 aprile dello stesso anno, il Consiglio ha stabilito che l'apertura dei negoziati per l'accesso dell'Albania sarebbe stata condizionata dall'adempimento degli obblighi indicati come *key priority areas* da parte della Commissione. A seguito di una fase di monitoraggio effettuato dalla Commissione sui progressi compiuti dell'Albania nell'adempiere correttamente alle priorità individuate nell'Opinione della Commissione del 2010, il Consiglio, accogliendo la decisione della GAI (*General Affairs Council*), ha riconosciuto all'Albania lo *status* di Paese candidato nel giugno del 2014. Per un panorama generale delle varie fasi di monitoraggio e delle riforme nazionali intraprese si rinvia a *EU Enlargement Strategy, Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, Albania State Report*, 2015.

⁶² XH. ZAGANJORI, A. ANASTASI, E. ÇANI, *op.cit.*, 66. In generale sull'impatto diretto del diritto comunitario nell'ordinamento degli paesi non membri dell'UE a seguito della firma di adesione degli Accordi di Associazione e Stabilizzazione E. ALIMEHMETI, *op.cit.*

⁶³ Corte costituzionale albanese, decisione nr. 24 del 24.07.2009; Corte costituzionale albanese nr. 3 del 05.02.2010.

⁶⁴ Sia a tal proposito consentito rinviare al mio *Le nuove frontiere del costituzionalismo europeo: il caso dell'identità nazionale albanese*, in Federalismi.it dell'11 novembre 2015.

Si pensi a tal proposito alla specificazione della tutela dei diritti dei gruppi minoritari e linguistici, inizialmente previsti dai criteri di Copenaghen e da strumenti quali la Convenzione quadro per la protezione delle minoranze nazionali (FCNM) e della Carta europea per la protezione delle lingue minoritarie e regionali (ECRML)⁶⁵. Formulati solo a seguito delle esigenze che si palesavano nell'area geografica europea periferica, tali strumenti di *soft law* hanno fatto ingresso nel patrimonio "costituzionale" dell'Unione.

Ancora, nella nuova definizione della base assiologica comune su cui fondare la costruzione europea, che rappresenta il "dover essere" della stessa Unione, di cui all'art. 2 TUE così come inserito dal Trattato di Lisbona, si denota una individuazione dei valori diversi rispetto alle previgenti disposizioni, in cui alla tutela dei diritti umani e della protezione dei gruppi minoritari viene riservato un posto in prima fila.

Il previgente art. 6 TUE, così come modificato dal Trattato di Amsterdam che incorporava le novità di cui all'art. F introdotto già con il Trattato di Maastricht⁶⁶, per la prima volta formava un nucleo di valori comuni del processo di integrazione dell'Unione. Al soddisfacimento di tali principi, l'art. 49 TUE subordinava l'ingresso dei nuovi Stati e gli artt. 7 TUE e 309 TCE (attuale art. 354 TFUE) prevedevano ipotesi di sanzioni e sospensione per i Paesi membri non rispettosi.

Con le modifiche apportate dal Consiglio di Amsterdam, i criteri di Copenaghen vengono interiorizzati nel TUE mutando la loro natura da obblighi meramente politici a vincoli giuridici al cui rispetto vengono richiamati non solo i Paesi in attesa di adesione, ma anche le istituzioni europee e gli Stati membri.

Nella formulazione dell'attuale art. 2 del TUE, così come modificato dal Trattato di Lisbona, il contenuto del nucleo costituzionale dell'Unione assume la qualifica di valori e non più di principi, scindendosi anche dalla tutela dei diritti e delle libertà fondamentali⁶⁷. La disciplina di quest'ultimi viene regolamentata da un apposito art. 6 nonché da altri strumenti quali la Carta dei diritti fondamentali del 2007⁶⁸.

Alla vasta gamma dei valori fondamentali dell'Unione così come ora specificati dall'attuale art. 2 TUE, vengono ricondotte tra le altre anche categorie quali la "tutela dei diritti delle minoranze, tolleranza, pluralismo", sviluppate in seno alle istituzioni europee (Consiglio, Commissione) e della *soft law* (FCMN e ECRML), nonché dalla giurisprudenza sovranazionale, inizialmente intese solo per i Paesi in attesa di adesione, categoria della quale l'Albania ancora fa parte.

⁶⁵ Sul punto si rinvia a R. TONIATTI, *Le transizioni dei Balcani occidentali e il paradigma costituzionale europeo: il pluralismo delle fonti e delle identità*, in L. MONTANARI, R. TONIATTI, J. WOELK (cur.), *Il pluralismo nella transizione costituzionale dei Balcani: diritti e garanzie*, Università degli Studi di Trento, Trento, 2010, 337 – 407; F. PALERMO, J. WOELK, *Diritto costituzionale dei gruppi e delle minoranze*, 2a ed., CEDAM, Milano, 2011; G. POGGESCHI, *I diritti linguistici. Un'analisi comparata*, Carocci, Roma, 2010; ID., *I Diritti linguistici*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (curr.), *Digesto delle Discipline Pubblicistiche*, UTET, Torino, 2015, 95-128.

⁶⁶ Il trattato di Maastricht difettava dell'individuazione di una base omogenea dell'ordinamento dell'Unione. Il riferimento ai "principi di libertà, di democrazia e del rispetto dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, nonché dello Stato di diritto" ai quali i Stati membri erano attaccati veniva confermato solo nel preambolo del previgente TUE. Il Trattato di Maastricht introduceva l'art. F che, tramite il *transplant* operato dal Trattato di Amsterdam, aggiungeva il par. 1 nella cui formulazione è oggi possibile ricondurre l'attuale art. 2 TUE. Secondo la novità introdotta dal Trattato di Maastricht e incorporata da quello di Amsterdam "L'Unione si fonda sui principi di libertà, democrazia, rispetto dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, e dello Stato di diritto, principi che sono comuni agli Stati membri".

⁶⁷ Sull'evoluzione dei principi e dei valori dell'Unione G.F. FERRARI (cur.), *I diritti fondamentali dopo la Carta di Nizza. Il costituzionalismo dei diritti*, Giuffrè, Milano, 2001; S. MANGIAMELI (cur.), *L'ordinamento europeo. I principi dell'Unione*, Vol. 3, Giuffrè, Milano, 2009; G. DE BURCA, *EU Law. Text, Cases and Materials, V eds.*, Oxford, 2011; L. MELICA, *European constitutional development*, ESI, Napoli, 2011; ID., *L'Unione incompiuta*, Jovene, Napoli, 2015.

⁶⁸ Inizialmente proclamata a Nizza il 7 dicembre 2000 per essere rivisitata e ri-proclamata a Strasburgo il 12 dicembre del 2007 assumendo, così come specificato nel primo comma dell'attuale art. 6 TUE, "lo stesso valore giuridico dei Trattati". Sulla Carta dei diritti fondamentali, *cfr. infra*. A. PACE, *A che serve la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea? Appunti preliminari*, in *Giur. cost.*, 2001, 193 ss.; R. TONIATTI (cur.), *Diritto, diritti giurisdizione. La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, CEDAM, Padova, 2002; L. TRUCCO, *Carta dei diritti fondamentali e costituzionalizzazione dell'Unione Europea. Un'analisi delle tecniche decisorie a Lussemburgo*, Giappichelli, Torino, 2013.

Dunque, a seguito dell'allargamento, i Criteri di Copenaghen e il tessuto legislativo e istituzionale preparato e inteso inizialmente per produrre effetti solo nei confronti dei Paesi in attesa di adesione, sono stati interiorizzati nei valori e principi sui quali si basa l'Unione stessa.

Pertanto, si tratterebbe di un diritto, quello eurounitario, che sotto la condizionalità europea viene interiorizzato dalle carte costituzionali e tuttavia un diritto rispetto ai cui valori fondamentali i paesi in attesa di adesione diventano per un certo verso propulsori.

Solo attraverso tale spiegazione si può meglio comprendere la compenetrazione del diritto europeo con il diritto di Stati che dell'Unione ancora non fanno formalmente parte. Non un ingresso di un diritto estraneo, quindi, ma l'armonizzazione di un tutt'uno alla formazione del quale si contribuisce.

6. Conclusioni

Se il dibattito sul costituzionalismo internazionale rimane ancora soggetto ad una polarità tra i suoi fautori ed i suoi critici, risulta incontestabile il fatto che oggi il paradigma di tale tendenza, viene rappresentato proprio dai diritti e dalla loro garanzia che si sviluppa su più livelli.

È proprio attraverso questi che l'Unione Europea indirizza ed assiste gli Stati coinvolti nei processi di democratizzazione, orientandoli nell'adozione di Carte costituzionali nazionali afferenti al modello del costituzionalismo liberale.

Tale tendenza, se da un parte contribuisce all'espansione del costituzionalismo su di una scala globale, dall'altro, ha dato luogo all'adozione di carte costituzionali che, richiamano accordi e trattati internazionali ai quali riconoscono un effetto diretto nell'ordinamento interno, effettuano una costituzionalizzazione del diritto internazionale.

In tale contesto si inserisce anche lo sviluppo del diritto costituzionale dell'Albania postcomunista. Dalla trattazione svolta, si possono individuare alcune peculiarità proprie di tale ordinamento, dove l'espresso richiamo alla CEDU nelle disposizioni costituzionali costituisce un *unicum* rispetto agli altri ordinamenti.

Come evidenziato nel corso della trattazione, una prima difficoltà dell'applicazione della CEDU nell'ordinamento albanese deriverebbe dalla mancata pubblicazione della legge di ratifica nella Gazzetta Ufficiale, difettando la previsione di un tale adempimento nella legislazione in vigore al momento della ratifica. Requisito questo, invece, richiesto secondo le disposizioni della Costituzione vigente. Va sottolineato, tuttavia, che l'ordinamento albanese ha assicurato la continuità degli accordi internazionali ratificati prima dell'approvazione della Costituzione, come ratificati secondo le disposizioni della Costituzione vigente. Su iniziativa del Consiglio dei Ministri, la Corte costituzionale potrebbe operare un controllo di conformità *a posteriori* di tali accordi con la Costituzione. Non avendo stabilito la Costituzione un termine preciso per tale controllo, la prassi in Albania si è indirizzata verso il riconoscimento di una piena validità degli accordi precedenti all'approvazione della Costituzione secondo le norme, di ratifica e di pubblicazione della legge di ratifica, previste in quest'ultima⁶⁹.

La CEDU nell'ordinamento albanese esprime un contenuto di valore. Attraverso il richiamo espresso di cui all'art. 17 della Costituzione, tali valori tramite una disposizione di principio entrano nell'ordinamento interno.

Il nucleo di valori contenuti nella CEDU e quelli individuati dalla Costituzione albanese, che dedica ai diritti fondamentali un lungo catalogo, sono da ritenersi nuclei distinti.

Ma l'espresso richiamo alla CEDU con riferimento "ai nuclei essenziali dei diritti fondamentali" in una disposizione riguardante i principi generali, se da una parte la sottrarrebbe alla revisione costituzionale, dall'altra, la individuierebbe anche come una fonte di norme⁷⁰.

⁶⁹ K. TRAJA, *Diritto costituzionale [E drejta kushtetuese]*, Luarasi, Tirane, 2000, 170.

⁷⁰ Ancora Modugno ricorda che "Il principio partecipa bensì della natura normativa delle regole, ma è anche, a sua volta, fonte di norme" (*op. cit.*, 68).

Pertanto, nell'individuare la norma concreta da applicare al caso specifico, il Giudice partendo dal vincolo assiologico testuale che richiama la Convenzione, deve effettuare una valutazione conforme al sistema complessivo bilanciando i valori della CEDU con i valori della Costituzione nel loro insieme. Nell'attività interpretativa, la Corte costituzionale albanese in diverse pronunce assume un orientamento assiologico indirizzandosi non tanto verso una interpretazione puramente formale del testo costituzionale o delle norme di legge (sia quelle di ratifica dei trattati che le disposizioni sulla pena di morte), quanto verso un'interpretazione sul "dover essere" dell'intero ordinamento. Per delineare le caratteristiche del "dover essere" dell'ordinamento, il punto di partenza nelle varie pronunce viene costituito dal *contesto* politico e giuridico nel quale l'ordinamento albanese postcomunista si trova ad agire.

Se, da una parte, la CEDU nell'ordinamento albanese costituisce un parametro di costituzionalità, dall'altro, il richiamo espressamente effettuato alla Convenzione, aiuta a colmare le carenze istituzionali e funzionali della Costituzione nazionale. Attraverso il richiamo e l'interpretazione conforme al diritto convenzionale (art. 17 cost.) ed a quello internazionale (art. 5 cost), l'ordinamento interno compensa le proprie carenze, inserendosi nel nuovo ordine del costituzionalismo globale. A ben vedere, pur difettando la Costituzione albanese di un richiamo espresso alla normativa comunitaria, così come ad esempio effettuato dall'art. 117 primo comma Cost. italiana, tale richiamo a "tutta la legislazione europea" viene offerto dall'interpretazione della Corte costituzionale già prima della firma degli Accordi di Stabilizzazione ed Associazione. Dopo la firma del trattato di adesione a quest'ultimi, il riconoscimento degli effetti diretti delle disposizioni dell'ASA e in generale della normativa comunitaria nell'ordinamento nazionale, è oggetto di interpretazione giurisprudenziale⁷¹.

D'altro canto, come evidenziato, il processo di transizione che vede coinvolti i Paesi in attesa di adesione e l'Unione Europea, risulta essere caratterizzato da una bidirezionalità degli effetti. Una continua *cross fertilization* tra entità sovranazionale e Stati nazionali, che in maniera simultanea contribuiscono alla formazione del patrimonio assiologico europeo.

Seguendo tale schema, la Costituzione albanese si potrebbe classificare in quello che Ruggeri chiama "la parziarietà delle costituzioni" laddove "quelle nazionali richiamano le fonti internazionali e viceversa, integrandosi e completandosi attraverso il reciproco richiamo"⁷².

A tale logica potrebbero essere ricondotte anche alcune delle più importanti pronunce della Corte costituzionale albanese laddove afferma che "*la Convenzione è parte integrante dell' diritto interno albanese*"⁷³ e che il limiti che possono subire i diritti fondamentali si devono interpretare in maniera conforme al "*testo della Convenzione*" e alla "*giurisprudenza della Corte EDU*"⁷⁴ oppure ad un richiamo di più ampio respiro secondo "*la legislazione europea*"⁷⁵.

Nel contesto politico istituzionale nel quale l'Albania cerca da anni di inserirsi, poco spazio rimane per l'applicazione di eventuali contro-limiti da parte del legislatore e della giurisprudenza nazionale.

⁷¹ Come evidenziato anche nel ultimo *Progress State Report* della Commissione Europea del 2015 "*The legal framework for the protection of human rights is broadly in line with European standards*". La Commissione, tuttavia, sottolinea che a dispetto della cornice legislativa formale ritenuta coerente con gli *standars* europei, ancora esiste una lacuna con riferimento all'applicazione sostanziale della legislazione diretta alla protezione dei diritti umani e delle libertà fondamentali. In particolar modo, la Commissione rileva che a dispetto della legislazione in linea con gli *standards* internazionali ed europei, è la mancata indipendenza e imparzialità e la diffusa corruzione degli organi giudiziari e la non esecutività delle loro decisioni che rendono il sistema di protezione dei diritti fondamentali non soddisfacente: European Commission, *Commission Staff Working Document, Albania 2015 Report*, Brussels, 10.11.2015 SWD (2015) 213 final, 5 e 55 e ss.

⁷² Secondo la definizione offerta dall'A. "Costituzione-parziale, che al fine di vedere colmate le proprie lacune di costruzione si dispone a farsi fecondare dalle altre Carte, laddove si dimostrino ancora più attrezzate a venire incontro alle istanze suddette": A. RUGGERI, *CEDU, diritto "eurounitario" e diritto interno: alla ricerca del "sistema dei sistemi*, in questa *Rivista, Studi, 2013* (19.04.2013). Per una critica a tale costruzione di "costituzione parziale" e delle implicazioni derivanti sul piano della sovranità dello Stato, si rinvia a L. MELICA, *L'Unione incompiuta*, cit., 157 ss.

⁷³ Corte costituzionale albanese, decisione nr. 5 del 22.01.2007.

⁷⁴ Corte costituzionale albanese, decisione nr. 6 del 31.03.2006.

⁷⁵ Corte costituzionale albanese, decisione nr. 65 del 11.11. 1999.

Tramite il loro operato, con l'intento di offrire il massimo grado di tutela ai diritti fondamentali e di allineare l'ordinamento interno ai parametri europei, essi hanno dato vita ad un ordinamento dal carattere tipicamente monista.

Antonio Ignazio Arena

Brevi osservazioni sull'ammissibilità del referendum "per fermare le trivelle"

SOMMARIO: 1. L'oggetto del quesito referendario. – 2. La decisione della Corte costituzionale. – 3. La vicenda politica. – 4. La "sinossi" della sentenza.

1. L'oggetto del quesito referendario

Il 17 aprile 2016 i cittadini italiani saranno chiamati alle urne. Con la [sentenza n. 17 del 19 gennaio 2016](#), la Corte costituzionale ha dichiarato l'ammissibilità di un quesito referendario proposto da dieci Consigli regionali¹. Oggetto della richiesta era l'articolo 6, comma 17, del decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152 (Norme in materia ambientale). Questa disposizione, nella sua formulazione risultante dalle modifiche apportate da ultimo dall'articolo 35, comma 1, del decreto-legge n. 83 del 2012 (convertito con modificazioni dall'articolo 1, comma 1, nella legge 7 agosto 2012, n. 134 e di seguito indicato, seguendo il gergo giornalistico, "Decreto Sviluppo"), prevedeva al secondo e terzo periodo una serie di eccezioni al generale divieto di attività di ricerca, di prospezione nonché di coltivazione di idrocarburi liquidi e gassosi in mare.

Il divieto concerneva (e concerne ancora oggi) non solo le aree a qualsiasi titolo protette, ma anche le zone di mare poste entro 12 miglia dalle linee di costa, lungo l'intero perimetro nazionale e dal perimetro esterno delle predette aree protette. Le eccezioni al divieto, così come configurate dal "decreto Sviluppo", erano numerose e – in estrema sintesi – consentivano di sbloccare i progetti di trivellazione in precedenza concessi o autorizzati, e sospesi nel 2010².

In occasione dell'ultima manovra finanziaria, e più precisamente nel corso del passaggio del disegno di legge di stabilità alla Camera dei deputati, è stato introdotto un nuovo comma che ha riscritto la disposizione oggetto del quesito referendario. Il nuovo comma 17, terzo periodo, come sostituito dall'articolo 1, comma 239, della legge 28 dicembre 2015, n. 208 (Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato – legge di stabilità 2016³), ha confermato

¹ Si tratta dei Consigli regionali delle Regioni: Basilicata, Marche, Puglia, Sardegna, Abruzzo, Veneto, Calabria, Liguria, Campania e Molise.

² Così recitava l'articolo 6, comma 17, secondo e terzo periodo del decreto-legislativo 3 aprile 2006, n. 152 (come sostituito nel 2012) prima delle modifiche apportate nel 2015: «Il divieto è altresì stabilito nelle zone di mare poste entro dodici miglia dalle linee di costa lungo l'intero perimetro costiero nazionale e dal perimetro esterno delle suddette aree marine e costiere protette, fatti salvi i procedimenti concessori di cui agli articoli 4, 6 e 9 della legge n. 9 del 1991 in corso alla data di entrata in vigore del decreto legislativo 29 giugno 2010 n. 128 ed i procedimenti autorizzatori e concessori conseguenti e connessi, nonché l'efficacia dei titoli abilitativi già rilasciati alla medesima data, anche ai fini dell'esecuzione delle attività di ricerca, sviluppo e coltivazione da autorizzare nell'ambito dei titoli stessi, delle eventuali relative proroghe e dei procedimenti autorizzatori e concessori conseguenti e connessi. Le predette attività sono autorizzate previa sottoposizione alla procedura di valutazione di impatto ambientale di cui agli articoli 21 e seguenti del presente decreto, sentito il parere degli enti locali posti in un raggio di dodici miglia dalle aree marine e costiere interessate dalle attività di cui al primo periodo, fatte salve le attività di cui all'articolo 1, comma 82-sexies, della legge 23 agosto 2004, n. 239, autorizzate, nel rispetto dei vincoli ambientali da esso stabiliti, dagli uffici territoriali di vigilanza dell'Ufficio nazionale minerario per gli idrocarburi e le georisorse, che trasmettono copia delle relative autorizzazioni al Ministero dello sviluppo economico e al Ministero dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare».

³ Entro quest'anno, come si ricava – si deve adesso senz'altro intendere – dal combinato degli articoli 15, comma 10 e 21, comma 3 della legge 24 dicembre 2012, n. 243 (Disposizioni per l'attuazione del principio del pareggio di bilancio ai sensi dell'articolo 81, sesto comma, della Costituzione), dovrebbe essere data attuazione all'art. 15 della legge stessa, e quindi definito il nuovo contenuto della legge di bilancio. Disposizioni come quella di cui al comma 239 (a tacere di ogni dubbio sulla loro effettiva riconducibilità ai contenuti di cui all'art. 15 della legge n. 243 del 2012), se in futuro fossero inserite nella prima sezione della "nuova" legge di bilancio, non potrebbero – in assenza di novità nella

il contenuto del divieto, intervenendo invece sulle eccezioni. La nuova formulazione è la seguente: «I titoli abilitativi già rilasciati sono fatti salvi per la durata di vita utile del giacimento, nel rispetto degli standard di sicurezza e di salvaguardia ambientale». In altre parole, chi ha un titolo per le trivellazioni potrà continuare ad effettuare le estrazioni dal fondale marino fino all'esaurimento delle risorse.

Le ravvicinate modifiche apportate alla disposizione qui in esame sono un esempio della realtà magmatica di cui per lo più si sostanzia il sistema giuridico italiano, nel quale l'intervento legislativo non è sempre preceduto da un'adeguata istruttoria⁴ e talvolta si produce senza che scaturisca da effettive trasformazioni degli interessi sociali, consolidate e riscontrabili sul piano ordinamentale⁵. Nel caso di specie, non sarebbe stato forse impossibile intervenire dando alla materia una disciplina più stabile, coerente, comprensibile.

Apparentemente le ultime modifiche previste nella legge di stabilità 2016 per le c.d. "attività *upstream*" (espressione con la quale si sintetizza: ricerca, prospezione e coltivazione di idrocarburi liquidi e gassosi) hanno una portata restrittiva delle eccezioni. Vengono infatti soppresse le disposizioni precedentemente vigenti che consentivano di derogare a tale divieto, «confermando solo la parte della disposizione che fa salvi i titoli già rilasciati»⁶. A ben vedere, però, il comma 239 finisce per determinare la proroga della durata dei titoli in questione, nella misura in cui la estende nel tempo sino all'incerto momento nel quale i giacimenti non si saranno esauriti. Dal punto di vista del Governo⁷, il comma 239, riducendo le eccezioni, costituisce già un ragionevole bilanciamento tra interessi economici ed ambientali: tuttavia non è stato sufficiente a scongiurare il *referendum*⁸.

Il quesito del quale la Corte costituzionale si occupa nella [sentenza n. 17](#) è il sesto presentato dai Consigli regionali. I primi cinque, sempre in materia di risorse energetiche, riguardavano disposizioni anch'esse oggetto di successivi interventi da parte del legislatore (realizzati in occasione dell'approvazione della legge di stabilità). Tali modifiche hanno condotto l'Ufficio centrale per il *referendum* a dichiarare che le richieste non dovevano avere più corso. Conseguentemente la Corte costituzionale, con la [sentenza n. 16](#), ha dichiarato estinto il giudizio sull'ammissibilità delle stesse⁹. Viceversa, le modifiche che la legge di stabilità ha apportato

giurisprudenza costituzionale – costituire oggetto di *referendum*.

⁴ Il primo elemento che occorre valutare nel corso di un'istruttoria legislativa è la necessità dell'intervento legislativo stesso, avendo in particolare riguardo alla possibilità di conseguire i fini mediante il ricorso a fonti diverse dalla legge (cfr. art. 79, comma 4, r.C.): vedi sul punto N. LUPO, *L'informazione parlamentare nell'istruttoria legislativa in Commissione*, in *Il ruolo delle Assemblee elettive*, vol. II, *La qualità della legislazione nei nuovi statuti regionali*, a cura di M. Carli, Torino, 2001, 227 ss.

⁵ Le leggi (e più in generale le disposizioni di diritto oggettivo), secondo l'insegnamento di S. PUGLIATTI (*Continuo e discontinuo nel diritto*, in *Grammatica e diritto*, Milano, 1978, 88-89), rispondono a bisogni, a interessi che emergono dal contesto sociale di riferimento. Il mutamento legislativo dovrebbe rispecchiare fasi sufficientemente consolidate della naturale trasformazione, in genere lenta e graduale, degli interessi che di volta in volta vengono in gioco.

⁶ Così si legge nel Dossier sulla Legge di stabilità 2016 realizzato dalle due Camere: cfr. Dossier n. 240/10, XVII Legislatura, gennaio 2016, *Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (Stabilità 2016)*, Legge 28 dicembre 2015, n. 208, Volume I - *Articolo 1, commi 1-510*, a cura del Servizio studi e del Servizio del bilancio del Senato della Repubblica, del Servizio studi (Dipartimento Bilancio) della Camera dei Deputati, 310 ss.

⁷ La disposizione qui in esame è stata introdotta con la proposta emendativa 16.293 del Governo in Commissione V (Bilancio, tesoro e programmazione), in sede referente, riferita all'A.C. 3444, pubblicata sul Bollettino delle Giunte e Commissioni del 14/12/2015.

⁸ Di solito, nel giudizio sull'ammissibilità del *referendum* davanti alla Corte costituzionale, «il Governo propende ormai – verrebbe da dire: quasi consuetudinariamente – per una linea di rigoroso *self-restraint*, non costituendosi in giudizio e mostrando *factis* di non trovarsi istituzionalmente in uno stato di conflitto di interessi coi promotori» (così A. RUGGERI, A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Torino, 2014, 325). Stavolta, però, il *self-restraint* è venuto meno, probabilmente perché il Governo riteneva di "avere già fatto abbastanza" per soddisfare le istanze ambientaliste.

⁹ Più precisamente la legge di stabilità 2016 è intervenuta (art. 1, commi 240, 241 e 242) sull'articolo 38 del decreto-

all'articolo 6, comma 17, delle "Norme in materia ambientale" non sono state sufficienti¹⁰ – a giudizio dell'Ufficio centrale – ad arrestare il procedimento referendario.

2. La decisione della Corte costituzionale

Come noto, alcune prerogative dell'Ufficio centrale, le cui valutazioni hanno ad oggetto la legittimità, o come da altri scritto la «procedibilità»¹¹, del *referendum*, sono potenzialmente idonee a condizionare quelle della Corte costituzionale: è questo il caso del potere di valutare la capacità delle leggi abrogative sopravvenute durante il procedimento referendario di far cessare le relative operazioni, e ancor più del potere (derivante dall'innovativa interpretazione dell'articolo 39 della legge 25 maggio 1970, n. 352, suggerita dalla Corte costituzionale a partire dalla [sentenza n. 68 del 1978](#)) di trasferire il quesito dalle vecchie alle nuove disposizioni, quando queste introducano una normativa "priva di sostanziali modifiche" rispetto alla precedente¹². L'operazione ermeneutica affidata all'Ufficio centrale è affascinante in quanto dimostra che è possibile intervenire sulle disposizioni, lasciando "sostanzialmente impregiudicate" (in questo caso, in parte) le norme che se ne traggono. L'abrogazione determina comunque l'eliminazione dal sistema della disposizione di legge previgente, limitandone nel tempo l'efficacia¹³. Il precetto che si trae dalla disposizione abrogante successiva nel tempo non è esattamente lo stesso che si sarebbe ricavato dalla disposizione abrogata, ma è equivalente ad esso.

Se la disposizione successiva nel tempo esprime una norma di contenuto corrispondente a quello ricavabile dalla disposizione abrogata, non è possibile arrestarsi alla considerazione della mera forma giuridica. Sarebbe altrimenti pregiudicata la *ratio essendi* dello strumento di democrazia diretta (o partecipativa?)¹⁴. Se il significato, malgrado le innovazioni formali apportate al significante, rimane equivalente, «la corrispondente richiesta non può essere bloccata, perché diversamente la sovranità del popolo [...] verrebbe ridotta ad una mera apparenza» ([sent. n. 68 del](#)

legge 12 settembre 2014, n. 133, prevedendo: 1) l'eliminazione del carattere strategico, di indifferibilità e urgenza delle attività *upstream*; 2) l'abrogazione della disposizione che prevede l'emanazione di un piano delle aree in cui sono consentite le predette attività. Si stabilisce inoltre che le attività *upstream* siano svolte con le modalità di cui alla legge 9 gennaio 1991, n. 9 o – come già previsto in precedenza – a seguito del rilascio di un titolo concessorio unico e sulla base di un programma generale dei lavori articolato in una prima fase di ricerca (della durata di 6 anni) a cui segue la fase della coltivazione (della durata di 30 anni) – con eliminazione delle disposizioni che consentivano la proroga della durata di tali fasi. Va anche aggiunto che la Corte dovrà prossimamente pronunciarsi sui conflitti di attribuzione che le "Regioni promotrici" hanno sollevato asserendo che la Corte di cassazione ha leso la loro sfera di attribuzioni. Il nodo della discordia è chiaramente il presunto carattere non sufficientemente modificativo delle nuove disposizioni. In attesa dunque che la Corte si pronunci, occorre limitarsi alla considerazione della [sentenza n. 17](#).

¹⁰ A. CERRI, *Corso di giustizia costituzionale*, Milano, 1997, 211, descrive il giudizio dell'Ufficio centrale per il *referendum*, in casi come questi, nei termini di un «giudizio sulla "sufficiente abrogazione"». Secondo l'Autore l'Ufficio svolge funzioni di carattere giurisdizionale, sebbene quest'ultimo si sia espresso in senso contrario (ordinanza del 29 marzo 1994, in G.U. Serie Generale n. 75 del 31/3/1994).

¹¹ *Ibidem*, 209 ss., dove si sottolinea il rischio di sovrapposizione tra giudizio dell'Ufficio centrale e della Corte costituzionale.

¹² Di «margini di sovrapposizione tra i due giudizi» scrivono anche G. ZAGREBELSKY, V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, Bologna, 2012, 487.

¹³ «Propriamente si parla di abrogazione con riferimento all'effetto che un atto legislativo produce rispetto ad un atto legislativo preesistente, ponendo fine alla sua efficacia»: cfr. S. PUGLIATTI, voce *Abrogazione*, in *Enc. dir.*, vol. I, Milano, 1958, 142.

¹⁴ Che si tratti di uno strumento di democrazia diretta è contestato da autorevole dottrina: M. LUCIANI, *Il referendum. Questioni teoriche e dell'esperienza italiana*, in *Revista catalana de dret públic*, núm. 37, 2008, 158 ss., e più ampiamente in ID., *Commento all'articolo 75 della Costituzione italiana*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di G. Branca e A. Pizzorusso, Bologna-Roma, 2005.

[1978](#), citata dalla Corte nella [sent. n. 17 del 2016](#), punto 4 *cons. in dir.*)¹⁵.

Il contenuto del sesto quesito mira infatti a fare salvi – senza altre precisazioni o aggiunte – i titoli abilitativi già rilasciati, abrogando ogni altra deroga al divieto di cui si è detto. Non ha quindi un contenuto radicale, diretto alla totale eliminazione di ogni deroga. Non perde di senso in quanto correlare la durata dei titoli concessori all'esaurimento delle risorse estraibili significa (o almeno può significare) estendere la durata dei titoli stessi, e quindi introdurre nuove eccezioni (chiaramente le stesse che i promotori del *referendum* intendono eliminare). L'Ufficio centrale, nella interpretazione dello *ius superveniens*, ha svolto le sue funzioni nel rispetto dell'articolo 32 della legge n. 352 del 1970, e quindi delle prerogative della Corte costituzionale come definite dall'articolo 2 della legge costituzionale 11 marzo 1953, n. 1 (o meglio, come dalla stessa Corte costituzionale ridefinite a partire dalla [sentenza n. 16 del 1978](#)).

Ciononostante una delle “Regioni promotrici” (l'Abruzzo) ha mostrato di non condividere la soluzione offerta dalla ordinanza dell'Ufficio centrale. Quanto al merito della stessa, però, è difficile sfuggire alla conclusione che le parole «per la durata di vita utile del giacimento» non costituiscano una sostanziale proroga dei titoli abilitativi già rilasciati, non scalfendo fundamentalmente una parte della sostanza normativa che il quesito referendario mirava (e mira) ad eliminare. In tutti i casi in cui i giacimenti dovessero essere ancora in grado di fornire risorse energetiche dopo la cessazione della durata stabilita nel titolo, l'effetto della norma sarebbe quello di prorogare – con un termine certo soltanto nel “se”, non nel “quando” – il titolo stesso.

Si osservi poi come, nella [sentenza n. 17](#), la Corte costituzionale abbia richiamato la [sentenza n. 24 del 2011](#). Ciò al fine di ribadire, ancora una volta, come l'obiettivo del *referendum* (“l'intenzione dei promotori”) vada desunto esclusivamente dalle finalità incorporate nel quesito. Di questo hanno tenuto conto l'Ufficio centrale e la stessa Corte costituzionale, specialmente nel valutarne l'idoneità a conseguire il risultato perseguito (oltreché nel riscontrare la natura ablativa dell'operazione referendaria).

Secondo l'Avvocatura dello Stato il quesito, così come riformulato dall'Ufficio centrale, darebbe luogo all'abrogazione di una “norma costituzionalmente necessaria”. Nella seconda memoria della Avvocatura generale si sostiene a questo proposito che il quesito, se accolto, comporterebbe la lesione del “diritto” alla proroga delle concessioni petrolifere nel frattempo maturato dai titolari, quindi del loro legittimo affidamento su di essa. Così argomentando – ha giustamente osservato la Corte – si sposta (*rectius*: si è cercato invano di spostare) l'oggetto del giudizio, dall'ammissibilità del *referendum* alla legittimità della situazione normativa eventualmente risultante dall'approvazione del quesito da parte del corpo elettorale.

A proposito di leggi costituzionalmente necessarie, va brevemente ricordato che la Corte costituzionale, nella [sentenza n. 16 del 1978](#), le aveva distinte (in quanto ammesse al *referendum*) da quelle a contenuto costituzionalmente vincolato (invece escluse dal *referendum*, consequenzialmente alla consolidata¹⁶ – ma forse teoricamente non irresistibile¹⁷ – esclusione delle leggi costituzionali). Più tardi, però, la Corte costituzionale ha chiarito come anche leggi costituzionalmente necessarie (vale a dire, di attuazione della Costituzione, in una delle “vie” che la stessa consente di “imboccare”) non possano essere sottoposte a *referendum* nella misura in cui l'abrogazione priverebbe totalmente di efficacia un principio costituzionale o farebbe venire meno un organo previsto dalla Costituzione (*ex pluribus*: [sent. n. 25/1991](#), dove si conclude però nel senso

¹⁵ Di per sé, quindi, la valutazione affidata all'Ufficio è molto delicata anche perché in casi come quello adesso in esame la modifica legislativa finisce per essere considerata volta «a frodare l'iniziativa referendaria». L'espressione è tratta da A. RUGGERI, A. SPADARO, *op. cit.*, 327.

¹⁶ Cfr. G.M. SALERNO, voce *Referendum*, in *Enc. Dir.*, vol. XXXIX, Milano, 1988, 242. Tanto consolidata che per una parte della dottrina l'inabrogabilità delle leggi costituzionali deve considerarsi un “limite esplicito” nella Carta costituzionale: v., per tutti, E. MALFATTI, S. PANIZZA, R. ROMBOLI, *Giustizia costituzionale*, Torino, 2013, 285.

¹⁷ Così A. RUGGERI, *Fonti, norme, criteri ordinatori. Lezioni*, Torino, 2009, 122.

dell'ammissibilità; [sent. n. 17/1997](#); ecc.). Tuttavia occorre segnalare che, in ogni caso, la parte del comma 17 interessata dal quesito difficilmente avrebbe potuto farsi rientrare nella categoria delle leggi costituzionalmente necessarie.

La domanda rivolta agli aventi diritto – sostiene poi la Corte – non è priva di coerenza per il fatto di estendersi anche alle parole «nel rispetto degli standard di sicurezza e di salvaguardia ambientale». A parte l'ovvia considerazione per cui altrimenti (cioè proponendo di abrogare solo le parole «per la durata di vita utile del giacimento») la disposizione eventualmente risultante dall'esito positivo del *referendum* non avrebbe senso, l'estensione di per sé non è equivoca in quanto non si può pensare che l'unica garanzia di tutela dell'ambiente nello svolgimento delle operazioni di trivellazione dipenda dalla parte conclusiva di quell'enunciato. In definitiva, la richiesta è ammissibile perché rispetta i limiti indicati dall'articolo 75 della Costituzione o «comunque desumibili sulla base dell'interpretazione logico-sistematica dell'ordinamento costituzionale».

3. La vicenda politica

Il Presidente della Repubblica, previa deliberazione del Consiglio dei ministri, ha fissato con proprio decreto per il 17 aprile 2016 la consultazione referendaria, rivelandosi, quindi, inutile l'iniziativa delle associazioni ambientaliste che avevano indirizzato al Capo dello Stato una lettera per convincerlo dell'opportunità di un "*election day*", ignorando (o fingendo di ignorare) che la sostanza della decisione spetta al Consiglio dei ministri. L'art. 34 della legge n. 352 del 1970 prevede che il *referendum* si svolga in una domenica tra il 15 aprile ed il 15 di giugno. Lo spazio per le polemiche è ridotto ai costi di una consultazione elettorale apposita, sebbene risulti complessivamente confermata «la diffidenza di molti politici nei confronti del *referendum*»¹⁸. Anche perché, se è chiaro che il decreto presidenziale è atto non certo privo di una carica politica, lo sarebbe stato anche accorpare il *referendum* alla prossima tornata elettorale amministrativa in quanto si sarebbe potuto così favorire (e non poco) il raggiungimento del *quorum* di partecipazione previsto dall'articolo 75, comma 4, Cost.

Sebbene l'*appeal* della questione referendaria sia al momento piuttosto scarso, la questione politica di fondo è non solo importante, ma prioritaria. Infatti le scelte in materia di tutela dell'ambiente e di politica economica in campo energetico rappresentano un vero e proprio crocevia: più passa il tempo, più queste rischiano di essere salvifiche ovvero catastrofiche. Errore di un passo, errore di mille miglia.

In questa legislatura sono stati presentati atti parlamentari relativi alla questione della trivellazione o ad essa strettamente connessi. Tra questi, si segnala un'interpellanza¹⁹, a prima firma della sen. Puppato (quindi l'iniziativa viene dai parlamentari di maggioranza), nella quale si chiede se i Ministri dell'ambiente e dello Sviluppo economico ritengano opportuno rivedere gli obiettivi della politica energetica al fine di sospendere ogni progetto di trivellazione esplorativa, valorizzare e preservare le coste italiane, evitare il rischio di contenziosi con le Regioni. Nell'atto parlamentare speciale attenzione viene riservata alle coste del Mare Adriatico e si evidenzia come la Croazia abbia di recente sospeso ogni progetto di trivellazione esplorativa per meglio valutare se questo tipo di pratica finisca per arrecare, interferendo con l'ecosistema marino, la capacità attrattiva turistica delle proprie coste. La stessa ragionevolezza dell'opzione di politica economica, poi espressa dall'asse Governo-maggioranza al momento dell'approvazione della manovra finanziaria, trova una

¹⁸ M. LUCIANI, *Il referendum*, cit., 178. Nel dibattito pubblico si è anche osservato che se la Corte accogliesse i ricorsi presentati dalle Regioni in relazione alla decisione dell'Ufficio centrale sui primi cinque quesiti non si disporrebbe del tempo necessario per effettuare la campagna: sarebbe ragionevole, in questo caso, un rinvio.

¹⁹ Legislatura XVII, Atto di sindacato ispettivo n. 2-00320, pubblicata il 16 novembre 2015, nella seduta n. 537.

previa contestazione nell'interpellanza nel punto in cui i presentatori osservano come, secondo i dati pubblicati, in accordo con lo stesso Ministero dello sviluppo economico, dalla *BP Statistical review of world energy*²⁰ (giugno 2015) la «total proved reserve» di petrolio in Italia ammonti a circa 100 milioni di tonnellate, a fronte di un utilizzo di 56,6 milioni di tonnellate l'anno nel nostro Paese. Sicchè, sempre secondo i presentatori, se pure venisse estratto l'intero petrolio potenziale, si garantirebbero scorte per l'Italia per meno di due anni, producendo al contempo danni permanenti ed irreparabili all'ambiente marino e costiero con urgenti rischi e inevitabili perdite dal punto di vista naturalistico e turistico a causa dell'inquinamento dei fragili ecosistemi coinvolti.

Ecco dunque la vera questione politica: puntare sulle energie alternative? E se sì, in che misura? Non a caso, nell'interpellanza si sottolinea anche che l'Arabia Saudita, primo paese produttore di petrolio, ha da anni iniziato un programma di sviluppo della produzione dell'energia solare, al fine di diversificare i propri investimenti e ridurre la dipendenza delle fonti fossili. A ben vedere, il referendum del 17 aprile si inserisce in questo più ampio e complesso dibattito sulle politiche energetiche, anche se – va pure sottolineato – ne rappresenta soltanto un piccolo frammento. In effetti le trivellazioni cui si riferisce il comma 17 sono già in corso, mentre il Governo ha respinto istanze volte alla realizzazione di nuove operazioni esplorative. In termini generali, però, la questione ambientale continua ad essere sottovalutata dal punto di vista politico²¹, sebbene costituisca forse la più grande e importante sfida di questo secolo.

4. La “sinossi” della sentenza

Per la prima volta, con riferimento alle sentenze n. 10 e [n. 17](#), sul sito della Corte costituzionale²², sono state pubblicate le sinossi di alcune decisioni, inserite nella colonnina a destra, tra i comunicati e le note. Quella relativa all'ammissibilità del referendum “per fermare le trivelle” è curiosamente scomparsa dal sito già il 19 febbraio. Figurava senza alcuna intestazione e con il semplice titolo “[Sentenza n. 17 del 19 gennaio 2016](#)” (ma veniva definita “sinossi” sulla pagina principale del sito). Insomma, *scripta volant*. Di solito non è così, perché i comunicati e le note rimangono consultabili nella sezione “attualità”, nella quale la sinossi è stata successivamente rimpiazzata da un'altra [comunicazione](#), rivista, ridotta e riferita più genericamente alle decisioni in tema di ammissibilità dei quesiti referendari²³.

Occorre chiedersi se le sinossi possano essere ascritte alla Corte e quindi farsi rientrare nella

²⁰ La rivista è consultabile sul sito www.bp.com. La BP (l'acronimo sta per *British Petroleum*) è una delle più importanti compagnie attive nel settore energetico nel mondo.

²¹ Lo dimostra il fatto che «il metro più comune per misurare il reddito e la produttività delle nazioni, il PIL, non tiene conto né dello sfruttamento intensivo né dell'inquinamento»; continuiamo a presentare le decisioni di risanare l'ambiente «in modo non veritiero – come un danno per la prosperità»: così A. GORE, *Il mondo che viene. Sei sfide per il nostro futuro*, trad. it. di D. Didero, Milano, 2013, 236.

²² V. www.cortecostituzionale.it. Sul sito della Corte costituzionale, cfr., *amplius*, P. COSTANZO, [La Corte costituzionale come “nodo” della Rete](#) in questa *Rivista*, 2015, 264 ss.

²³ L'efficacia giuridica delle comunicazioni della Corte costituzionale è controversa: sul punto v., tra i molti, A. CELOTTO, *I “comunicati stampa” aiutano o danneggiano la motivazione delle decisioni?*, in *Giur. cost.*, 5/2009, 3728 ss. Sulla Corte costituzionale nella “sfera pubblica” v. anche G. AZZARITI, *Concezioni della democrazia e opinione pubblica: la Corte costituzionale tra conflitti plurali e unità costituzionale*, in AA.VV., *Corte costituzionale e processi di decisione politica*, a cura di V. Tondi della Mura, M. Carducci, R.G. Rodio, Torino, 2005, 879 ss.; O. CHESSA, *Corte costituzionale e trasformazioni della democrazia pluralistica*, in AA.VV., *Corte costituzionale*, cit., 17 ss.; ID., *I giudici del diritto. Problemi teorici della giustizia costituzionale*, Milano, 2014; M. FIORILLO, *Corte costituzionale e opinione pubblica*, in AA.VV., *Corte costituzionale*, cit., 90 ss.; L. OLIVERI, *Auctoritas vs. opinione pubblica e Corte costituzionale*, in AA.VV., *Corte costituzionale*, cit., 551 ss.; A. RAUTI, *Il “diritto” alla reputazione del singolo di fronte al “tribunale” dell'opinione pubblica: la Corte costituzionale nelle vesti del barone di Münchhausen*, in AA.VV., *Corte costituzionale*, cit., 617 ss.

categoria delle sue esternazioni²⁴ o comunque, più ampiamente, in quella delle esternazioni del pubblico potere²⁵. Con tale ultima locuzione ci si riferisce alle manifestazioni di pensiero o di volontà degli organi pubblici, espresse in forme atipiche, atte a concorrere alla formazione dell'opinione pubblica²⁶, in quanto abbiano o possano avere ricadute di natura politico-istituzionale ovvero, incidendo su situazioni giuridiche soggettive, siano da considerarsi comunque rilevanti per il diritto²⁷.

L'Ufficio stampa fa parte dell'Amministrazione della Corte costituzionale e cura i rapporti con gli organi di stampa e di informazione, secondo le direttive del Presidente²⁸. Questo potere di direzione dell'Ufficio stampa non è espressamente previsto. Il Regolamento della Corte dispone che il Presidente eserciti «i poteri previsti dalle leggi e dai regolamenti della Corte» (art. 6-*bis*) e che il Presidente rappresenti la Corte (art. 22). Ai sensi dell'articolo 29-*bis*, l'Amministrazione della Corte, costituita dal Segretario generale e dai vari servizi ed uffici (tra i quali, l'Ufficio stampa) compie tutti gli atti di amministrazione e gestione che non siano riservati alla Corte, all'Ufficio di Presidenza o al Presidente.

Il potere di dare direttive all'Ufficio stampa è quindi “implicito”, ricompreso nelle altre prerogative del Presidente della Corte, dipendente dal ruolo complessivo che gli viene assegnato nel nostro ordinamento. Tale funzione pare essere strettamente correlata al potere di esternazione del Presidente e al ruolo rappresentativo testé indicato²⁹. Se, dunque, di vera direttiva si tratta, essa lascia all'Ufficio stampa una sfera di autonomia più o meno ampia, ma gli scopi devono intendersi determinati dal Presidente.

La sinossi è senz'altro un'esternazione dato che ne presenta tutte le caratteristiche. Si tratta, infatti, di un atto atipico, proveniente da un organo pubblico, volto a concorrere alla formazione

²⁴ Come noto, la letteratura sulle esternazioni del Presidente della Corte (tema suggestivo cui, in questo breve scritto, è possibile soltanto accennare) è oramai ampia: vedi, tra gli altri, S. ALOISIO, *Alcuni cenni sull'evoluzione delle esternazioni del Presidente della Corte costituzionale e sulle prospettive del fenomeno*, in AA.VV., *L'organizzazione e il funzionamento della Corte costituzionale*, a cura di P. Costanzo, Torino, 1996, 169-181; ID., *Le «esternazioni» come strumento per rafforzare l'«effettività» ed il «seguito» delle decisioni della Corte costituzionale*, in AA.VV., *«Effettività» e «seguito» delle tecniche decisorie della Corte costituzionale*, vol. 8, Napoli, 2006, 495-510; G. AZZARITI, *Il ruolo del Presidente della Corte costituzionale nella dinamica del sistema costituzionale italiano*, in AA.VV., *L'organizzazione*, cit., 182 ss.; G. GEMMA, *Potere di esternazione del Presidente della Corte costituzionale: quali limiti?*, in AA.VV., *L'organizzazione*, cit., 201 ss.; M.C. GRISOLIA, *Alcune osservazioni sul potere di esternazione del Presidente della Corte costituzionale*, in AA.VV., *La giustizia costituzionale a una svolta*, a cura di R. Romboli, Torino, 1991, 159 ss.; ID., *Il potere di esternazione del Presidente della Corte costituzionale vent'anni dopo*, in AA.VV., *La Corte costituzionale vent'anni dopo la svolta*, a cura di R. Balduzzi, M. Cavino, J. Luther, Torino, 2011, 243 ss.; S. PANIZZA, *La composizione, l'organizzazione e il funzionamento della Corte costituzionale*, in AA.VV., *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (1996-1998)*, a cura di R. Romboli, Torino, 1996, 19 ss.; S. RODOTÀ, *La svolta «politica» della Corte costituzionale*, in *Pol. dir.*, 1970, 38 ss.; ID., *La Corte, la politica, l'organizzazione sociale*, in AA.VV., *Corte costituzionale e forma di governo in Italia*, a cura di P. Barile, E. Cheli, S. Grassi, Bologna, 1982, 502 ss.

²⁵ Propone uno studio sistematico delle esternazioni degli organi pubblici V. PIERGIGLI, *Potere di esternazione e pubbliche funzioni: una valutazione d'insieme*, in *Dir. soc.*, n. 3, 1993, 415-471.

²⁶ Accedendo alla tesi di J. HABERMAS (*Storia e critica dell'opinione pubblica*, trad. it. a cura di A. Illuminati, F. Masini, W. Peretta, Roma-Bari, 2006, 103 ss.) per “opinione pubblica”, o “sfera pubblica”, si intende quella zona della vita sociale nella quale si dibattono questioni di interesse collettivo mediante il metodo dell'argomentazione.

²⁷ Si pensi al reato di diffamazione, perfezionato in tutti i suoi elementi anche quando dovesse trovare applicazione l'esimente comune dell'insindacabilità: v., per tutti, E. LA ROSA, *Tutela penale dell'onore*, in AA.VV., *Diritto penale, Parte speciale*, Vol. I, *Tutela penale della persona*, a cura di D. Pulitanò, Torino, 2011, 341 ss.

²⁸ Già dal sito della Corte si apprendono i compiti dell'Ufficio stampa: «Cura, secondo le direttive del Presidente, i rapporti con gli organi di stampa e di informazione. Ordina e seleziona la documentazione della stampa nazionale ed estera per l'informazione del Presidente e dei Giudici e per l'attività dei servizi della Corte: redige una rassegna stampa quotidiana e una rassegna della stampa estera quindicinale».

²⁹ T. MARTINES (*Il Presidente della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1981, n. 12, 2057 ss., ora in *Opere*, Tomo II, Milano, 2000) riconduce il potere di esternazione del Presidente della Corte «alla figura del presidente di organi collegiali come *primus inter pares* [...] in quanto diretta espressione del potere di rappresentanza».

dell'opinione pubblica (e in questo caso ad essa direttamente indirizzato), di innegabile rilevanza sotto il profilo politico-istituzionale. È dubbio, invece, se la direttiva in concreto data all'Ufficio stampa possa considerarsi in linea con il ruolo istituzionale della Corte. La Corte costituzionale ha il dovere di rendere chiare le sue motivazioni negli atti tipici nei quali si estrinseca l'esercizio delle sue funzioni ed è in questi atti che dovrebbe esprimersi, fintantoché è possibile, la sua funzione di garanzia e, al tempo stesso, la sua «forza politica»³⁰.

³⁰ Cfr. T. MARTINES, voce *Indirizzo politico*, in *Enc. Dir.*, vol XXI, Milano, 1971, 134, ora in *Opere*, cit., Tomo I, Milano, 2000, 456. Vedi anche L. D'ANDREA, *La "forza politica" della Corte costituzionale nel pensiero di Temistocle Martines*, in AA.VV., *Indirizzo politico e Costituzione, a quarant'anni dal contributo di Temistocle Martines* (Giornate di studio, Messina, 4-5 ottobre 1996) a cura di M. Ainis, A. Ruggeri, G. Silvestri, L. Ventura, Milano, 1998, 313 ss.

Riccardo Guastini

I limiti intrinseci alla revisione costituzionale nella giurisprudenza colombiana¹

1. Dice la Corte costituzionale italiana, in una decisione molto nota (estensore A. Baldassarre): «i principi supremi dell'ordinamento costituzionale» hanno «una valenza superiore rispetto alle altre norme o leggi di rango costituzionale»; «non si può, pertanto, negare che questa Corte sia competente a giudicare sulla conformità delle leggi di revisione costituzionale e delle altre leggi costituzionali anche nei confronti dei principi supremi dell'ordinamento costituzionale»².

Così dicendo, la Corte enuncia la duplice tesi: (a) che certi, non meglio precisati, “principi supremi” costituiscono altrettanti limiti materiali alla revisione costituzionale; e (b) che la Corte stessa è competente a giudicare della conformità a siffatti principi delle leggi di rango costituzionale. La seconda tesi, sia detto per inciso, *non* segue logicamente dalla prima (sicché quel “pertanto”, che si legge nel testo, è fuori luogo)³. Ma il punto più interessante è che l'argomentazione della Corte su entrambe le questioni è molto carente, per non dire inesistente.

Si legge nella sentenza: «Questa Corte [...] ha già riconosciuto in numerose decisioni come i principi supremi dell'ordinamento costituzionale abbiano una valenza superiore rispetto alle altre norme o leggi di rango costituzionale». *Non sequitur*. Ovviamente, il fatto che la Corte così avesse già deciso in passato non è di per sé un argomento⁴, a meno di presupporre che la Corte sia vincolata al principio *stare decisis* (il che notoriamente non è⁵). Ma, soprattutto, le precedenti decisioni, che la Corte richiama, risultano anch'esse del tutto prive di motivazione sul punto in questione (limiti materiali alla revisione costituzionale): *et pour cause*, giacché esse *non* avevano ad oggetto norme di rango costituzionale⁶.

Dice ancora la Corte: «Se così non fosse, del resto, si perverrebbe all'assurdo di considerare il sistema di garanzie giurisdizionali della Costituzione come difettoso o non effettivo proprio in relazione alle sue norme di più elevato valore». Questa *reductio ad absurdum*, tuttavia, non è un argomento serio, giacché presuppone proprio ciò che dovrebbe dimostrare, ossia: che talune norme costituzionali abbiano «più elevato valore» rispetto alle altre⁷; che tali norme costituiscano un limite

¹ Una prima stesura di questo lavoro è stata letta e commentata da diversi amici, ai quali devo un ringraziamento: GIULIO ITZCOVICH, MAURICIO MALDONADO MUÑOZ, ANDRÉS MORALES VELÁSQUEZ, DIEGO MORENO CRUZ, PABLO MORENO CRUZ, GIANPAOLO PARODI, LUCIO PEGORARO. Sono grato anche ai colleghi e ai dottorandi dell'Istituto Tarello per la Filosofia del diritto, con i quali ho avuto occasione di discutere il lavoro.

² Corte cost. it. [sent. n. 1146/1988](#).

³ Se anche vi sono principi costituzionali intangibili, non per questo la Corte costituzionale è competente a usarli come parametro di legittimità delle leggi costituzionali in assenza di una norma che lo preveda. Sia detto per inciso: non è affatto ovvio che le leggi di rango costituzionale, di cui all'art. 138 cost., abbiano “forza di legge” ai sensi dell'art. 134, che così circoscrive la giurisdizione della Corte: non è questo il senso usuale della locuzione “forza di legge”, e che dunque siano soggette al controllo di legittimità costituzionale (almeno sotto il profilo materiale).

⁴ Comunque non un argomento logico. Non è neppure un argomento *ex auctoritate*, giacché la Corte fa riferimento non ad una autorità “terza”, ma solo a sé stessa.

⁵ La giurisprudenza della Corte è affollata di *overrulings*, non sempre convenientemente argomentati (come il principio *stare decisis* richiederebbe).

⁶ Lo stesso dicasi per la sentenza Corte cost. it. [n. 238/2014](#). Vedi al riguardo P. FARAGUNA, *Ai confini della Costituzione. Principi supremi e identità costituzionale*, FrancoAngeli, Milano, 2015. Del resto, anche nella decisione 1146/1988, il passaggio sui principi supremi è solo un *obiter dictum*., giacché prelude ad una decisione di inammissibilità per ragioni processuali. Vero è che la Corte considera «di rango equivalente a quello costituzionale» (così nella sentenza ora cit.) le norme cui fanno rinvio gli articoli 7 (norme concordatarie), 10 (norme internazionali consuetudinarie), e 11 (norme comunitarie o, meglio, europee) cost. Ma trattasi di puro diritto giurisprudenziale, privo di qualsivoglia base testuale in costituzione e di qualsivoglia sostegno logico: non si vede come (né perché) una norma N2 cui un'altra norma N1 fa rinvio possa avere lo stesso rango di quest'ultima nella gerarchia delle fonti; parrebbe, al contrario, che N2 sia, in più di un senso, “subordinata” a N1. Può una fonte qualsivoglia istituire una fonte “concorrente” con (i.e. parificata a) sé stessa? La migliore dottrina (penso specialmente a V. Crisafulli) lo nega.

⁷ La Corte, in una ormai risalente decisione, pur senza argomentare in alcun modo, ritenne «di indubbia fondatezza» la tesi della sussistenza di una gerarchia fra norme e norme della stessa Costituzione: un ordine che conduce a «conferire

alle leggi costituzionali; e che la garanzia giurisdizionale della costituzione si estenda alle leggi di revisione.

In altra occasione, ho congetturato che questo modo di vedere della Corte trovi (tacito) fondamento in una dottrina che:

(i) distingue (correttamente) tra revisione costituzionale e instaurazione di una nuova costituzione⁸ e, di conseguenza, tra potere costituente e potere (costituito) di revisione;

(ii) assume che il potere di revisione non possa spingersi, senza snaturarsi, fino a instaurare una nuova costituzione, così sostituendo quella vigente; e soprattutto

(iii) assume una concezione “sostanzialistica” della identità della costituzione, tale per cui ogni costituzione è non un semplice insieme di enunciati normativi, ma un insieme, diciamo così, strutturato, entro il quale taluni principi sono preminenti, avendo un valore essenziale o caratterizzante⁹; dal che segue

(iv) una concezione egualmente “sostanzialistica” della revisione e della instaurazione, tale per cui questi due atti di produzione normativa si distinguono per ciò che dispongono, per il loro contenuto normativo, e non per il procedimento (legale o invece *extra ordinem*) adottato¹⁰.

Ebbene, diversi elementi di questa dottrina, che io ho congetturabilmente attribuito alla Corte costituzionale italiana, si trovano espressamente enunciati nella giurisprudenza della Corte costituzionale della Colombia¹¹, che ha pronunciato diverse sentenze di incostituzionalità di leggi costituzionali¹².

2. La [Costituzione della Colombia \(1991\)](#) disciplina all’art. 241 la giurisdizione costituzionale: alla Corte costituzionale è affidata la garanzia «della integrità e della supremazia» della Costituzione «nei termini stretti e precisi di questo articolo» (art. 241.1). Questa ultima clausola, si noterà, suona come un precetto di interpretazione letterale, e in particolare come un divieto esplicito di

preminenza» ad alcune norme rispetto ad altre entro uno stesso corpo «di disposizioni coordinate in sistema» (Corte cost. it. [sent. n. 175/1971](#)). Trattasi evidentemente di una gerarchia assiologica: una gerarchia, cioè, attinente ai valori, che intercorre tra due norme allorché non una fonte, ma l’*interprete*, mediante un suo *giudizio di valore comparativo*, ascrive a una di esse un valore superiore rispetto al valore dell’altra (R. GUASTINI, *Le fonti del diritto. Fondamenti teorici*, Giuffrè, Milano, 2010, 241 ss., nonché *Interpretare e argomentare*, Giuffrè, Milano, 2011, 169 ss.). Sul tema vedi M. TROPER, *Il problema dell’interpretazione e la teoria della sovralegalità costituzionale*, in P. COMANDUCCI, R. GUASTINI (eds.), *L’analisi del ragionamento giuridico. Materiali ad uso degli studenti*, II, Giappichelli, Torino, 1989; C. KLEIN, *Théorie et pratique du pouvoir constituant*, P.U.F., Paris, 1996.

⁸ Su questo concetto non si può non richiamare S. ROMANO, *L’instaurazione di fatto di un ordinamento costituzionale e la sua legittimazione* (1902), ora in S. ROMANO, *Lo Stato moderno e la sua crisi. Saggi di diritto costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1969.

⁹ Come è noto, tracce di questa concezione si rinvencono in C. SCHMITT, *Dottrina della costituzione* (1928), trad. it. Giuffrè, Milano, 1984, e in C. MORTATI, *La costituzione in senso materiale*, Giuffrè, Milano, 1940. Chiamo invece “formalistico” quel modo di vedere secondo il quale la costituzione non è che un insieme di enunciati normativi, o disposizioni.

¹⁰ R. GUASTINI, *Nuovi studi sull’interpretazione*, Aracne, Roma, 2008, 160 s.; cfr. anche R. GUASTINI, *Le fonti del diritto. Fondamenti teorici*, cit., 225 ss. Chiamo invece “formalistica” la concezione opposta, secondo cui gli atti instaurazione e di revisione costituzionale, rispettivamente, si distinguono non per il loro contenuto, ma per le “forme” in cui sono adottati.

¹¹ Ha richiamato la mia attenzione su questa giurisprudenza costituzionale colombiana la tesi dottorale di ANDRÉS MORALES VELÁSQUEZ, *Hacia una regla de reconocimiento realista*, discussa nel 2015 presso il Dipartimento di Giurisprudenza della Università di Genova.

¹² Analizzo nel seguito solo quelle che mi paiono le più interessanti. Parlo qui di cose note ai comparatisti, ma (credo) non altrettanto ai teorici del diritto. Un resoconto dettagliato della giurisprudenza in questione si legge in CARLOS BERNAL PULIDO, *Unconstitutional Constitutional Amendments in the Case Study of Colombia: An Analysis of the Justification and Meaning of the Constitutional Replacement Doctrine*, in *International Journal of Constitutional Law*, 11, 2013, e in S. RAGONE, *I controlli giurisdizionali sulle revisioni costituzionali*, Bononia U.P., Bologna, 2011, 74 ss. Di questo volume, in cui si trova una miniera di informazioni sul controllo giurisdizionale della revisione costituzionale in diversi ordinamenti, nonché una vastissima bibliografia, esiste peraltro una versione castellana: S. RAGONE, *El control judicial de la reforma constitucional. Aspectos teóricos y comparativos*, Porrúa, México, 2012. Vedi anche L. PEGORARO, *Giustizia costituzionale comparata. Dai modelli ai sistemi*, Giappichelli, Torino, 2014, 175 ss.

interpretazione estensiva.

L'art. 241 prevede espressamente la giurisdizione della Corte non solo sulla legislazione ordinaria (parlamentare e governativa), ma altresì sulle leggi di revisione costituzionale¹³.

Ora, quanto alla legislazione ordinaria, l'art. 241 dispone che le leggi e i decreti governativi con forza di legge sono soggetti al controllo della Corte «tanto per il loro contenuto materiale quanto per i vizi di procedimento nella loro formazione» (art. 241.4 e 241.5).

Per contro, in relazione alle leggi di revisione costituzionale, lo stesso articolo dispone che il controllo della Corte è circoscritto ai soli «vizi di procedimento nella loro formazione» (art. 241.2).

Inoltre, l'art. 379 stabilisce (ribadisce) che gli atti di revisione «solo potranno essere dichiarati incostituzionali quando siano violati i requisiti stabiliti in questo titolo», ossia nel titolo XIII, che appunto disciplina i procedimenti – e null'altro che i procedimenti – della revisione costituzionale.

Queste disposizioni in materia di giurisdizione sulla revisione costituzionale suppongono evidentemente una dottrina dei “vizi” degli atti normativi. La teoria costituzionale¹⁴ usa distinguere tra vizi formali e vizi sostanziali: i vizi formali attengono al procedimento di formazione dell'atto; i vizi sostanziali attengono al suo contenuto normativo. La Costituzione colombiana, all'evidenza, fa eco precisamente a questa distinzione¹⁵. Pare escluso, dunque, che la Corte possa controllare la legittimità costituzionale del contenuto normativo di una legge di revisione.

L'interpretazione letterale del complesso di disposizioni menzionate – espressamente richiesta dall'art. 241.1 – non sembra lasciare dubbi. La Corte ha un controllo “pieno”, formale (di procedimento) e sostanziale (di contenuto), sulla legislazione ordinaria. Ma, quando si tratti di revisione costituzionale, il controllo è circoscritto agli aspetti formali o procedurali della revisione.

Ebbene, in numerose decisioni degli anni 2000 la Corte costituzionale colombiana ha aggirato questa norma con un ragionamento molto ingegnoso, in cinque mosse.

La storia comincia con la [sentenza 551 del 2003 \(C-551/2003\)](#).

3. La prima mossa della Corte consiste nell'estendere il suo controllo dai vizi di procedimento ai vizi di competenza.

Come dicevo, pare escluso che la Corte possa controllare i vizi materiali – e dunque il contenuto normativo – di una legge di revisione. Tuttavia, argomenta la Corte¹⁶, alcuni distinguono, accanto ai vizi formali e ai vizi materiali, un terzo tipo di vizio: il vizio di (in)competenza.

Questo vizio ulteriore si presenta quando un atto normativo disciplina un oggetto (una “materia”) che esso non è competente a disciplinare poiché quell'oggetto ricade nella competenza di un atto diverso, proprio di una diversa autorità normativa.

Effettivamente, il vizio di incompetenza è, almeno *prima facie*, diverso sia dai vizi formali, sia dai vizi sostanziali. Si distingue dai vizi formali, poiché è in discussione non il procedimento di formazione dell'atto, ma il soggetto che lo ha posto in essere¹⁷. Si distingue dai vizi sostanziali, poiché è in discussione *quale oggetto* è disciplinato da un dato atto, e non *il modo in cui* esso è

¹³ Per la precisione, il titolo XIII della [Costituzione colombiana](#) prevede tre diversi possibili procedimenti di revisione costituzionale: «La Costituzione politica potrà essere riformata dal Congresso, da un'Assemblea costituente, o dal popolo mediante referendum» (art. 374). Ebbene, la Corte costituzionale esercita il controllo successivo di legittimità costituzionale sulle leggi di revisione e il controllo preventivo sulle leggi di convocazione di un'Assemblea costituente e/o di un referendum di revisione (art. 241.1). Qui e nel seguito, per non appesantire il discorso, uso l'espressione “leggi di revisione” per fare riferimento non solo alle leggi di revisione propriamente dette, ma anche alle leggi di convocazione di referendum di revisione e alle leggi di convocazione di un'Assemblea costituente.

¹⁴ In particolare quella italiana, che la Corte colombiana mostra di conoscere (citandola sommariamente nella sentenza [C-551/2003](#)).

¹⁵ Così opina la stessa Corte colombiana ([C-551/2003](#)).

¹⁶ Citando Gustavo Zagrebelsky.

¹⁷ La classe delle norme sulla produzione giuridica include due sottoclassi: le norme che conferiscono una competenza normativa e le norme che ne disciplinano i modi di esercizio, rispettivamente.

disciplinato ¹⁸.

Naturalmente, è sufficiente cambiare il concetto corrente di “forma” degli atti, dove la forma è comunemente intesa come procedimento, per ritornare alla semplice bipartizione tra vizi formali e vizi sostanziali. In particolare, si può ridefinire il concetto di “forma” degli atti in modo puramente negativo: “forma” è tutto ciò che *non* tocca il contenuto normativo (né ciò che è regolato, né come è regolato). Alla luce di questa ridefinizione, la “forma” di un atto denota non più solo il suo procedimento di formazione, ma altresì l’identità dell’autorità normativa – concretamente: l’organo dello stato – da cui l’atto promana. Non c’è dubbio, infatti, che l’autorità normativa che pone in essere l’atto (il Governo, poniamo, invece che il Parlamento) è altra cosa dal contenuto normativo dell’atto stesso, sicché in *questo* specifico senso il vizio di incompetenza è un vizio “formale”. Tuttavia, la Corte colombiana segue un percorso argomentativo leggermente diverso ¹⁹.

La Corte colombiana dapprima rende omaggio all’art. 241.2, dicendo che «la esclusione, dal controllo di costituzionalità, del contenuto materiale di una riforma costituzionale è naturale, giacché il contenuto di qualunque riforma costituzionale è per definizione contrario alla Costituzione vigente, poiché pretende precisamente di modificarne le norme». Ammettere un controllo sostanziale sulle leggi di revisione equivarrebbe a «pietrificare l’ordinamento costituzionale e annullare la stessa clausola di riforma», i.e. le disposizioni che ammettono la revisione ²⁰.

Ma, ciò detto, la Corte osserva che «la nozione di vizi di procedimento [...] non è di per sé evidente». In generale, l’incostituzionalità può dipendere dalla incompetenza dell’organo, da una irregolarità nel procedimento, dal contrasto con norme superiori nella gerarchia delle fonti, da una irregolarità nella formazione dell’organo, etc. È necessario insomma approfondire sistematicamente «il senso e la portata della nozione di vizi di procedimento».

La Costituzione «*sembra* ²¹ adottare una classificazione bipartita», vizi formali vs. vizi sostanziali, dice la Corte. Tuttavia, si domanda, «che succede con i vizi di competenza»? E risponde: «un vizio di competenza si proietta tanto sul contenuto materiale della disposizione controllata quanto sul procedimento, giacché costituisce un pilastro fondamentale di entrambi». «Perché un atto giuridico emanato da una pubblica autorità sia regolare e valido è necessario non solo che l’autorità segua il procedimento previsto dall’ordinamento, ma anche che essa abbia la facoltà di dettare certi contenuti normativi. Ciò significa che un atto normativo può essere viziato perché l’organo che lo emana non poteva farlo, ossia non aveva la facoltà di emanare questo contenuto normativo». «La competenza è un presupposto ineludibile del procedimento, a tal punto che il procedimento è sempre viziato se l’organo che emana un atto giuridico è incompetente», per quanto il procedimento seguito sia stato formalmente impeccabile. Non avrebbe senso (argomento c.d. “apagogico”, ossia *reductio ad absurdum*) che la Costituzione attribuisse alla Corte il controllo dei vizi di procedimento della revisione costituzionale strettamente intesi, ma le precludesse di verificare la competenza degli organi.

Per questa via, pur senza ricondurre strettamente il vizio di incompetenza ai vizi di procedimento, la Corte estende la sua propria giurisdizione ai vizi di incompetenza. «Dovrebbe la Corte costituzionale limitarsi a considerare il procedimento della riforma, malgrado l’assoluta invalidità

¹⁸ Ad esempio, là dove si tratti di un oggetto di disciplina riservato alla legge formale (la “materia” penale, poniamo), un regolamento dell’Esecutivo su quell’oggetto è invalido, per incompetenza, del tutto indipendentemente da ciò che dispone: per *ciò che* disciplina, non per *come* lo disciplina.

¹⁹ La Corte colombiana inizia respingendo una «interpretazione puramente letterale e isolata dell’art. 379», giacché la Costituzione, dice, è «un testo armonico che deve essere interpretato in maniera sistematica, tenendo conto, altresì, dei propositi del costituente». Ne segue che «la restrizione dell’art. 379 [le leggi di revisione potranno essere dichiarate incostituzionali «solo (...) quando siano violati i requisiti stabiliti in questo titolo», ossia nel titolo concernente appunto i procedimenti di revisione] non implica che la Corte non debba prendere in considerazione altre norme costituzionali che siano rilevanti». Tuttavia, questa linea argomentativa, ricorrente nella giurisprudenza della Corte, è poco più che un *obiter dictum*, giacché non conduce, di per sé, ad alcuna conclusione significativa.

²⁰ Vuol dire la Corte che, se la costituzione fosse pietrificata (immodificabile), sarebbero prive di effetto le disposizioni che, regolandola, ne prevedono la revisione.

²¹ Il corsivo è mio.

della riforma stessa per carenza di competenza? Che resterebbe della sua funzione di “vigilare sulla integrità e supremazia della Costituzione” che le assegna [l’art. 241 della Carta](#)? Ciò mostra dunque [ancora l’argomento apagogico] che questa Corte, se non verificasse la competenza dell’organo che promuove la riforma, non controllerebbe davvero che il procedimento di approvazione della riforma sia stato fatto nelle forme dovute».

Concretamente, la Costituzione conferisce alla Corte la competenza ad esaminare «se il Costituente derivato, nell’esercitare il potere di riforma, sia o no incorso in un vizio di competenza»²².

La Corte non si accorge (o finge di non accorgersi) che “competenza” (come “incompetenza”) può assumere due sensi ben distinti. In un primo senso, un organo può essere, o no, competente ad emanare un *certo tipo di atto*, caratterizzato da un preciso *nomen juris*: ad esempio, l’Esecutivo può avere competenza ad emanare “regolamenti”, ma non “leggi” formali. In un secondo senso, un organo può essere, o no, competente ad emanare *atti con un certo contenuto*: ad esempio, l’Esecutivo può non avere competenza ad emanare regolamenti in materia penale. Per decidere se vi sia, o no, competenza in questo secondo senso, è proprio al contenuto degli atti che occorre guardare²³.

4. La seconda mossa della Corte colombiana consiste nel distinguere il potere costituente primario od “originario”, ossia costituente in senso stretto, dal potere “costituente derivato” o secondario, cioè dal potere di revisione costituzionale²⁴.

Il potere costituente «è radicato nel popolo, che ha e conserva il potere di darsi una costituzione», ivi inclusa una nuova costituzione. Esso pertanto non è soggetto a limiti di sorta: è un potere “sovrano”, sicché i suoi atti sfuggono a qualunque controllo giurisdizionale, essendo non atti giuridici ma atti «politico-fondativi»²⁵, la cui validità riposa sulla «volontà politica della società»²⁶.

Il potere di revisione, per contro, è, in un senso, anch’esso “costituente”, giacché può riformare la costituzione ma, strettamente parlando, è tuttavia un potere costituito, e pertanto «derivato e limitato». Sicché è, «per ciò stesso», soggetto a limiti e controlli. In particolare, a «limiti di competenza». Del resto, secondo la Corte, dottrina e giurisprudenza (anche internazionali) concordano che «ogni costituzione democratica, pur non contenendo espressamente clausole pietrificate, impone limiti materiali al potere costituente derivato, per il fatto che questo è un potere costituito, e non il potere costituente originario».

La Corte – si osservi – fa derivare i limiti del potere di revisione non dalle norme positive che

²² Aggiunge la Corte: il titolo XIII, infatti, oltre a disciplinare i diversi procedimenti di revisione, individua anche i titolari del potere di revisione: secondo i casi, il Congresso, il popolo, o l’Assemblea costituente, rispettivamente. Si tratta tuttavia di un argomento del tutto inconcludente, giacché la Costituzione non conferisce poteri di revisione distinti a ciascuno dei tre titolari: tutti sono competenti alla revisione costituzionale senza ulteriori specificazioni e *senza limiti espressi di oggetto o di contenuto*.

²³ Vero è che il “contenuto normativo” di un atto, come si è accennato nel testo, è scomponibile in due parti: l’oggetto di disciplina (la fattispecie regolata) e il modo di disciplina (la conseguenza giuridica connessa a quella fattispecie). Per decidere se l’autorità normativa, cui è imputato l’atto, sia o no competente occorre guardare all’oggetto di disciplina, e dunque, in *questo* senso, al “contenuto” dell’atto. D’altra parte, i confini tra l’oggetto di disciplina e il modo di disciplina sono fluidi in modo inquietante. Si prenda l’esempio seguente: la Costituzione italiana (art. 139) preclude la revisione della forma repubblicana dello Stato. Ebbene, la norma espressa da questa disposizione può essere ricostruita indifferentemente dicendo che al potere di revisione è *proibito* (modalità deontica) mutare la forma repubblicana dello stato, o che il potere di revisione è *incompetente* (modalità hohfeldiana) a disciplinare la materia “forma dello stato”.

²⁴ Sul concetto di potere costituente originario mi piace richiamare l’analisi (e la critica) magistrale di G.R. CARRÍO, *Sobre los límites del lenguaje normativo*, Astrea, Buenos Aires, 1973.

²⁵ Atti che definiscono «la struttura del potere statale, le relazioni tra lo Stato e il resto della società, i doveri dello Stato e i diritti e doveri dei privati cittadini, i meccanismi di soluzione dei conflitti, e i modi di proteggere lo schema adottato».

²⁶ Peraltro, nella sentenza [C-574/2011](#), la Corte sostiene – citando Siéyès – che lo stesso potere costituente, del quale disporrebbe un’Assemblea convocata allo scopo, è soggetto a limiti, nel senso che «(i) deve fare una costituzione e non altra cosa, (ii) deve agire entro un tempo limitato, (iii) non può discostarsi dalla volontà dei rappresentati». Inoltre una eventuale Assemblea costituente dovrebbe comunque rispettare i trattati internazionali e lo *jus cogens*, sempre che volesse instaurare una «costituzione democratica liberale».

eventualmente lo disciplinano e che eventualmente lo sottopongono a limiti e controlli, ma dal *concetto stesso* di potere di revisione, inteso (correttamente) come potere *costituito*. Si tratta dunque di limiti (non di diritto positivo, ma) “logici”, ossia concettuali: banalmente, un potere che non si limita alla revisione, ma fa altro, non risponde alla definizione di “potere di revisione”. Limiti, dunque, comuni a *tutte* le costituzioni, del tutto indipendentemente da ciò che ciascuna di esse dispone.

Tuttavia, la Corte si ingegna a trovare anche un argomento testuale: l’art. 374 della [Costituzione](#) dispone che «la Costituzione potrà essere riformata...». *Riformata*, si badi bene, non *sostituita*: sicché il «tenore letterale» di questa disposizione esclude che il potere di revisione possa «sostituire la Costituzione». Risulta dunque dall’interpretazione letterale che la Costituzione colombiana, a differenza di altre costituzioni (quali, ad esempio, le costituzioni austriaca e spagnola), autorizza *solo* la sua revisione, non la sua sostituzione con una diversa costituzione. E, d’altra parte, l’art. 121 della [Costituzione](#) statuisce che «nessuna autorità statale potrà esercitare funzioni distinte da quelle che le attribuiscono la Costituzione e la legge»²⁷.

5. La terza mossa della Corte colombiana consiste nell’interrogarsi sulla competenza del potere di revisione. Fin dove si estende questa competenza? Quali sono i limiti (materiali) della revisione?

La revisione – dice la Corte – «può modificare qualunque disposizione del testo vigente, ma senza che tali riforme implicino la soppressione della Costituzione vigente e la sua sostituzione con una nuova costituzione», la qual cosa può essere opera solo del costituente originario. «La Costituzione deve conservare la sua identità nel suo complesso e dal punto vista materiale, quali che siano le riforme che vi si introducono».

La revisione costituzionale può ben contraddire «una regola, una norma, o un principio costituzionale». Ma qui non si tratta, dice la Corte, di confrontare il contenuto di un emendamento con una specifica norma (sia essa una regola o un principio) costituzionale, il che «equivarrebbe ad esercitare un controllo materiale» sulle leggi di revisione, che alla Corte è espressamente precluso. Si tratta invece di controllare che rimanga intatta la «identità» della Costituzione. La Costituzione è (solo) emendata, ma non sostituita, fino a che conservi la sua identità.

Il potere di revisione, insomma, «non è competente a distruggere la Costituzione»: se cercasse di sostituire la Costituzione «non solo si erigerebbe a potere costituente, ma minerebbe anche le basi della sua stessa competenza», dal momento che essa deriva appunto dalla costituzione vigente. «La facoltà di riformare la Costituzione non include la possibilità di abrogarla, sovvertirla, o sostituirla integralmente».

6. La quarta mossa della Corte colombiana consiste nel distinguere tra modificazione e sostituzione della costituzione. Il punto è sviluppato soprattutto in una sentenza del 2003 ([C-1200/2003](#)).

Anzitutto, la Corte ribadisce la distinzione tra potere costituente e potere di revisione: adottare una costituzione è «un atto di sovranità»; la revisione costituzionale è invece esercizio di una competenza attribuita a qualcuno dal popolo sovrano, e dunque derivata e limitata. La revisione è «uno dei modi di preservare la Costituzione», adattandola a nuove esigenze sociali o correggendone gli errori. La sua funzione è dunque «garantire la permanenza della Costituzione», non sostituirla con il pretesto di riformarla.

La Costituzione vigente, prosegue la Corte, non è «intangibile», dal momento che prevede essa stessa la propria revisione²⁸. Ma è «insostituibile» ad opera dal potere di revisione: solo il popolo sovrano, i.e. il potere costituente stesso, potrebbe sostituirla. La sostituzione della costituzione attuata (mascherata) nelle forme della revisione costituzionale sarebbe una «invasione» del potere

²⁷ Dal che la Corte desume il principio generale di legalità: le pubbliche autorità «possono fare solo ciò che è loro espressamente permesso».

²⁸ Diversamente, dice la Corte, ogni revisione costituirebbe di per sé *violazione* della Costituzione.

costituente.

Orbene: in che consiste la “sostituzione” di una costituzione?

Risponde la Corte: «la sostituzione della Costituzione consiste nel rimpiazzarla, non in termini formali, ma in termini materiali, con un'altra Costituzione. Sebbene ogni modificazione di una parte della Costituzione comporti, logicamente, che essa smetta di essere identica a quale era prima della modifica, per quanto minima questa sia, la sostituzione esige che la modificazione sia di una dimensione [*magnitud*] e importanza [*trascendencia*] materiale tale da trasformare la Costituzione modificata in una Costituzione completamente distinta. Nella sostituzione non vi è [semplicemente] contraddizione tra una norma e un'altra, ma trasformazione di una forma di organizzazione politica in una forma opposta».

Per esempio, dice la Corte, la Costituzione sarebbe non semplicemente emendata, ma sostituita, ove la forma repubblicana dello stato fosse rimpiazzata da una forma monarchica, sia pure tenendo fermi «i principi di uno stato democratico di diritto». «Se la Colombia cessasse di essere una repubblica per trasformarsi in una monarchia parlamentare, continuando però ad essere democratica, pluralista, rispettosa della dignità umana, e soggetta allo stato sociale di diritto, sarebbe ovvio che la [Costituzione del 1991](#) è stata sostituita da una diversa costituzione».

La Corte si sforza anche, peraltro con scarso successo, di delineare i caratteri del test di “sostituzione”. Una legge di revisione – dice – non può essere trattata come una legge ordinaria, incapace come tale di modificare la Costituzione; non vi sono regole o principi costituzionali intangibili, giacché il divieto di sostituzione non equivale a pietrificare una parte della Costituzione; neppure vi sono «contenuti normativi sovra-costituzionali intoccabili». Piuttosto, occorre domandarsi se «gli emendamenti *nel loro insieme*²⁹ costituiscano una modifica di tale dimensione e importanza sì che risulti manifesto che la Costituzione originaria è stata rimpiazzata da una costituzione totalmente diversa, dacché gli emendamenti rappresentano una sostituzione totale o parziale di essa».

Si legge poi in una sentenza del 2010 ([C-141/2010](#)): nel «giudizio di sostituzione» si deve guardare non a un particolare articolo della Costituzione, ma alla «Costituzione tutta, intesa alla luce degli elementi essenziali che definiscono la sua identità». Nel giudizio di sostituzione «(a) si valuta se la riforma introduca un nuovo elemento essenziale alla Costituzione, (b) si analizza se tale elemento rimpiazza quello originariamente adottato dal costituente, e poi (c) si confronta il nuovo principio con il precedente per verificare non se siano distinti, il che sarà sempre il caso, ma se siano opposti o integralmente differenti, tanto da risultare incompatibili».

E ancora: in una decisione del 2011 ([C-574/2011](#)) la Corte tenta nuovamente di articolare la natura del «giudizio di sostituzione» nel modo che segue. Per dimostrare che «un elemento essenziale definitorio della identità» della Costituzione è stato sostituito, la Corte deve anzitutto enunciare chiaramente quale esso sia e argomentare perché esso abbia carattere essenziale, definitorio, «strutturale o assiale», per la Costituzione «integralmente considerata». Ciò richiede una lettura «trasversale e integrale», un'analisi «storica e sistematica», della Costituzione. La Corte deve poi mostrare che l'elemento in questione non è riducibile ad una specifica clausola costituzionale: diversamente tale clausola risulterebbe pietrificata, intangibile, e il giudizio della Corte si convertirebbe, da giudizio di incompetenza, in un giudizio «di contraddizione materiale», che alla Corte è precluso, giacché essa non può sindacare il contenuto della revisione, può solo controllare che il potere di revisione non abbia superato i propri limiti di competenza. Infine, la Corte deve determinare se questo elemento essenziale sia stato non semplicemente alterato, modificato, o vulnerato, ma rimpiazzato, ossia sostituito da un nuovo elemento, egualmente essenziale, non semplicemente «distinto», ma «opposto o completamente differente», al punto da risultare «incompatibile con gli elementi definatori della identità della Costituzione anteriore»³⁰.

Nondimeno, la Corte riconosce che il concetto di sostituzione «non è un concetto completo, finito

²⁹ La sottolineatura è mia.

³⁰ Ad esempio, la Corte ha pronunciato decisioni di incostituzionalità per violazione dei principi di libertà di voto dell'elettore ([C-1200/2003](#)) e di autonomia personale («elemento consustanziale alla dignità umana»: [C-574/2011](#)).

[*acabado*], esaurito [*agotado*], che consenta di identificare l'insieme totale di ipotesi che lo caratterizzano»: la Corte può solo analizzare se un principio strutturale sia stato sostituito «in ogni caso concreto»³¹.

La Corte ammette dunque che il “giudizio di sostituzione” è intrinsecamente una valutazione *case by case*, cioè non soggetta a regole predeterminate, e pertanto largamente, se non totalmente, discrezionale.

Come che sia, la costituzione risulta non solo modificata, ma decisamente sostituita, allorché venga alterata la sua *identità*. Occorre dunque domandarsi in che consista la “identità” di una costituzione.

7. La quinta mossa della Corte colombiana consiste precisamente nel determinare l'identità – i caratteri definitivi – della costituzione. Ma qui il discorso della Corte si fa ondivago e, fatalmente, molto approssimativo.

(i) Nella [sentenza 551 del 2003](#), la Corte dice che, per accertare l'identità della costituzione, occorre «tenere conto dei principi e valori che essa contiene»³².

Pare dunque che l'identità della costituzione risieda, non (banalmente) nel suo testo, e neppure nelle sue regole di dettaglio, ma nei suoi principi e/o valori. Si tratta di una concezione “sostanzialistica” della costituzione e della sua identità.

Questo modo di vedere sembra supporre (a) che la costituzione sia non un banale insieme di disposizioni, come tale definibile estensionalmente³³, ma qualcosa come una totalità armonica di principi e valori, e (b) che in seno alla costituzione si possa distinguere tra regole e principi. Dal che si potrebbe concludere che la revisione può sì toccare le disposizioni costituzionali, nel loro tenore letterale, e/o le regole (assiologicamente marginali) che esse esprimono, ma non i principi o valori che il testo esprime (e/o sottintende) senza rompere l'armonia e alterare così l'identità della costituzione.

Tuttavia la Corte colombiana nega espressamente questa conclusione: ammette che la revisione costituzionale possa contraddire «una regola, una norma, o un principio costituzionale», e insiste che nella Costituzione colombiana non vi sono principi pietrificati, intangibili³⁴, che la revisione costituzionale non possa contraddire. E d'altra parte, in questa decisione, la Corte non sostiene che, tra i principi costituzionali, ve ne siano alcuni caratterizzanti o “supremi”, e che solo questi ultimi siano sottratti alla revisione costituzionale.

Sicché, alla fine, questa prima soluzione al problema dell'identità della costituzione risulta alquanto inconcludente.

(ii) La questione è ripresa in una successiva sentenza del 2003 ([C-1200/2003](#)), ma con una variante significativa.

Come si ricorderà, la Corte afferma che la costituzione sarebbe non semplicemente emendata, ma sostituita, ove la forma repubblicana dello stato fosse rimpiazzata da una forma monarchica, sia pure tenendo fermi «i principi di uno stato democratico di diritto»: se la Colombia si trasformasse da repubblica in monarchia parlamentare, «sia pure continuando ad essere democratica, pluralista, rispettosa della dignità umana, e soggetta allo stato sociale di diritto, sarebbe ovvio che la [Costituzione del 1991](#) è stata sostituita da una diversa costituzione».

L'identità della costituzione sembra qui risiedere non nei suoi principi e (inafferrabili) valori, bensì nella forma di stato. Senza dubbio, questo criterio di identità è assai meno evanescente del precedente.

³¹ In tal senso anche [C-1040/2005](#).

³² Sicché, ad esempio, non sarebbe lecito sostituire lo «Stato democratico e sociale di diritto (art. 1 Cost.) con uno Stato totalitario, con una dittatura o una monarchia». Ma l'esempio, a onor del vero, non sembra del tutto pertinente, giacché mescola le diverse forme dello stato con i diversi possibili contenuti dell'ordinamento statale.

³³ Ossia per semplice enumerazione degli elementi (le norme, in questo caso) che compongono l'insieme.

³⁴ “Supremi”, nel linguaggio della Corte costituzionale italiana, la quale considera “supremi” i principi che «qualificano indefettibilmente e necessariamente l'ordinamento vigente» (Corte cost. it. [sent. n. 159/2009](#)). Di «intangibilità dei principi coesenziali ad un ordinamento positivo», discorre C. MORTATI, *Dottrine generali e costituzione della Repubblica italiana*, Giuffrè, Milano, 1986 (estratto da *Enc. dir.*, XI, Milano, 1962), 208.

Questo modo di vedere è molto diverso dal precedente, giacché fa riferimento non più al contenuto normativo dell'ordinamento, ma appunto alla forma di stato. Il concetto di “forma di stato”, per quanto vago e discutibile esso sia³⁵, ha un nucleo di significato su cui non si può non convenire: monarchia e repubblica, stato unitario e stato federale, democrazia e autocrazia, per fare gli esempi più ovvi, sono forme di stato che chiunque direbbe differenti.

Se poi, seguendo Kelsen, si vogliono ricondurre tutte le forme di stato, in ultima analisi, al modo di produzione del diritto, e dunque alle norme sulla produzione giuridica³⁶, il criterio di identità della costituzione risulta ancora più semplice e trasparente. Giacché le norme sulla produzione giuridica, a differenza dei principi “strutturali”, sono riconoscibili dal giudice costituzionale (o da chiunque altro) con un modesto grado di discrezionalità.

Come che sia, nel 2005 fu sottoposta alla Corte la questione di legittimità di una revisione che consentiva la rielezione per la seconda volta consecutiva del Presidente della Repubblica allora in carica. La Corte (nelle sentenze da [C-1040](#) a [C-1057/2005](#)) deliberò che tale revisione, malgrado la sua evidente importanza politica, *non* costituiva sostituzione della Costituzione, giacché non toccava i fondamenti dello Stato sociale di diritto, il Presidente era pur sempre eletto direttamente dal popolo, ed erano conservati tutti i pesi e contrappesi propri della forma di governo adottata dalla Costituzione. Nel 2010, però, la Corte ebbe occasione di giudicare della legittimità di una nuova legge di revisione³⁷ la quale consentiva una terza rielezione consecutiva del Presidente. Nella sentenza [C-141/2010](#), la Corte dichiarò incostituzionale la legge in questione, adducendo, tra l'altro, che un terzo mandato del Presidente avrebbe impedito l'alternanza politica, danneggiato i diritti politici della minoranza, e alterato l'equilibrio dei poteri a favore dell'esecutivo, mettendo così in discussione la stessa separazione dei poteri³⁸.

(iii) Tuttavia, ancora nella [sentenza 1200 del 2003](#), la Corte – ribadito che non vi sono regole o principi costituzionali intangibili, né «contenuti normativi sovra-costituzionali intoccabili» – afferma

³⁵ Sia detto di passaggio: nella letteratura italiana, che usa distinguere tra forme di stato e forme di governo, il concetto di forma di stato risulta opaco sotto almeno quattro profili. (i) In primo luogo, il concetto è comunemente definito con un linguaggio oscuro e privo di qualunque rigore, mediante espressioni del tipo: l'“assetto strutturale” dello stato, il “modo di essere dell'intero assetto della ‘corporazione’ statale”, “il complesso degli elementi che caratterizzano globalmente un ordinamento”, etc. (ii) In secondo luogo, non è chiaro perché si stia parlando di “forma” dello stato, dal momento che, almeno nel tracciare alcune distinzioni, si fa riferimento ad aspetti dell'ordinamento costituzionale (o dell'ordinamento giuridico in genere) che nulla hanno di “formale” in alcun senso plausibile di questa parola, ma palesemente attengono piuttosto al contenuto normativo dell'ordinamento. Ad esempio, alcuni distinguono tra forme di stato a seconda che l'ordinamento includa, o no, il principio di eguaglianza e/o certe libertà individuali dei cittadini e/o il principio di legalità dell'amministrazione. Si può convenire che si tratti di caratteristiche strutturali e caratterizzanti di un ordinamento, ma con ogni evidenza attengono al suo contenuto normativo. (iii) In terzo luogo, si usa talora come criterio di distinzione la relazione che si instaura tra governanti e governati (concetto peraltro quanto mai evanescente), talaltra la relazione – del tutto diversa – tra governo e territorio, altre volte ancora il sistema sociale e/o (nuovamente) il contenuto dell'ordinamento normativo e/o l'ideologia politica dominante. Ad esempio: per un verso, conformemente ad una risalente tradizione, si distingue tra monarchia e repubblica; per un altro verso, si distingue tra stato patrimoniale, stato di polizia, e stato di diritto, e poi ancora tra stato liberale, stato democratico, stato sociale, e stato totalitario; per un altro verso ancora si distingue tra stato unitario e stato federale. È ovvio che queste distinzioni poggiano su criteri diversi ed eterogenei – non sempre chiari, peraltro – sicché non possono essere accostate sotto l'unico denominatore della “forma di stato”. (iv) In quarto luogo, la classificazione delle forme di stato risulta anche insoddisfacente perché: da un lato, si prendono in considerazione aspetti dell'organizzazione costituzionale, che parrebbero rilevanti piuttosto per la distinzione delle cosiddette “forme di governo” (tipico esempio: la divisione dei poteri); dall'altro, si omette invece di prendere in considerazione certi aspetti dell'organizzazione costituzionale, la cui rilevanza per la forma di stato – in un senso accettabile di questa espressione – a me pare indiscutibile (ad esempio, il controllo giurisdizionale sulla legittimità costituzionale delle leggi).

³⁶ Concretamente alle norme che conferiscono poteri normativi: soprattutto il potere legislativo, inteso come creazione di norme generali. L'insieme delle norme che conferiscono poteri normativi è ciò che Kelsen chiama “costituzione materiale” (in un senso, dunque, assai diverso da quello di Mortati).

³⁷ Più precisamente: una legge che convocava un referendum di revisione.

³⁸ In proposito: S. RAGONE, *I controlli giurisdizionali sulle revisioni costituzionali*, cit., 84 ss. In questa stessa sentenza si leggono importanti osservazioni “teoriche” sulla «forma politica», la quale include, secondo la Corte, il «sistema di governo», la «forma di governo» (in particolare «repubblicana»), e il «regime politico».

che dati «emendamenti nel loro insieme» possono costituire una modifica di tale dimensione e importanza da sostituire, in tutto o in parte, la Costituzione originaria.

La Corte colombiana³⁹, dunque, non si avventura qui sul terreno impervio dei principi “supremi” sovra-costituzionali, cioè paradossalmente sovraordinati alla costituzione cui pure appartengono, anzi scarta espressamente questa opzione. Avanza però l’idea che, sebbene emendare una o più disposizioni (toccare uno o più principi) costituzionali di per sé non incida sull’identità della costituzione, tuttavia una *pluralità* di emendamenti – una revisione “massiva” – possa “nel suo insieme” sostituire la costituzione⁴⁰.

La Corte imbecca, in questo modo, una via alquanto insidiosa, giacché, riecheggiando certo inconsapevolmente la dialettica hegeliana, suggerisce, se così si può dire, che la quantità possa trasformarsi in qualità: si può ben cambiare un principio costituzionale, ma non una (vasta) pluralità di principi, almeno non simultaneamente. Ciò sottintende un criterio di identità della costituzione meramente intuitivo, certo non insensato⁴¹, ma del tutto evanescente.

(iv) In una decisione del 2011 ([C-574/2011](#)), la dottrina della Corte cambia ancora⁴². Qui la Corte introduce la nozione di «principi strutturali», contenuti nella costituzione formale, ma caratterizzanti la «costituzione materiale». In essi giace l’identità della costituzione.

La Corte distingue poi tra sostituzione totale e sostituzione parziale⁴³. La sostituzione è totale allorché la costituzione «come un tutto» è rimpiazzata da un’altra, e questa è cosa che solo il potere costituente originario (cioè il popolo) potrebbe fare. La sostituzione della costituzione è parziale allorché «un elemento essenziale definitorio della sua identità è rimpiazzato da un altro completamente distinto». La competenza del potere di revisione non si estende fino a «gli elementi fondamentali [*básicos*] o fondamenti strutturali» che identificano la Costituzione.

Dunque, non tutti i principi costituzionali indistintamente danno identità alla costituzione, ma solo certi principi caratterizzanti, “strutturali”, “essenziali”, “definitori” (cioè, sembrerebbe, i principi “supremi” della giurisprudenza costituzionale italiana)⁴⁴.

La sostituzione (sia pure solo parziale) della costituzione consiste insomma nella sostituzione di uno dei suoi principi strutturali. A ben vedere, ciò è quanto dire che l’identità della costituzione giace nei principi che, appunto, la identificano. Ma quali? In mancanza della enumerazione dei principi caratterizzanti, ciò è nulla più che una tautologia, che nulla dice intorno al criterio di identità della costituzione, e lascia alla Corte una discrezionalità totale nel valutare *case by case* quali principi siano “strutturali” (pertanto insostituibili) e quali no⁴⁵.

³⁹ A differenza della Corte costituzionale italiana.

⁴⁰ Per inciso: secondo la giurisprudenza della Corte costituzionale austriaca, deve ritenersi revisione “totale” – e dunque sostituzione – «non solo la revisione consistente nella sostituzione dell’intero testo costituzionale, ma anche quella conseguente alla sua trasformazione progressiva attraverso una pluralità di revisioni parziali successive ed altresì quella conseguente alla modifica, o deroga, con legge costituzionale, di taluni principi fondamentali, “di costruzione” (*Bauprinzipien*, o *Baugesetze*), tra i quali il principio dello Stato di diritto e la separazione dei poteri, il principio di eguaglianza e gli altri *Grundrechte*, il principio democratico e quello federale» (G. PARODI, *La giurisprudenza della Corte costituzionale austriaca nel biennio 2001-2002*, in *Giur. cost.*, 2003, 4121; vedi anche G. PARODI, *La giurisprudenza della Corte costituzionale austriaca nel biennio 1999-2000*, in *Giur. cost.*, 2001, 3052 s.).

⁴¹ L’emendamento, poniamo, di 100 articoli di una costituzione che ne conta 200, non avrebbe forse, intuitivamente, l’effetto di sostituire la costituzione vigente?

⁴² Per non appesantire troppo il discorso, ometto l’analisi di altre decisioni, pure rilevanti, quali [C-816/2004](#), [C-970/2004](#), [C-1040/2005](#), etc. Nella sentenza [C-970/2004](#) si legge tra l’altro: «Una cosa è alterare un principio fondamentale, altra cosa distinta è sostituire un elemento definitorio della identità della Costituzione».

⁴³ Così anche in [C-757/2008](#).

⁴⁴ Di «intangibilità dei principi coessenziali ad un ordinamento positivo», discorre C. MORTATI, *Dottrine generali e costituzione della Repubblica italiana*, Giuffrè, Milano, 1986 (estratto da *Enc. dir.*, XI, Milano, 1962), 208.

⁴⁵ Tra questi – nella [sentenza C-970/2004](#) – la Corte include, a mo’ d’esempio, il principio democratico e il principio della separazione dei poteri. Principi, entrambi, che identificano la forma dello stato (in qualche senso di questa espressione).

8. Scrive Carlos Bernal Pulido, in un *informe*⁴⁶ presentato alla Corte costituzionale dell'Ecuador: «La dottrina [della Corte colombiana] ha la struttura di un argomento composto da quattro premesse e da una conclusione. Prima premessa: la competenza a controllare il rispetto del procedimento di riforma include la competenza a controllare che l'organo riformatore sia, a sua volta, competente a riformare la costituzione. Seconda premessa: la competenza a riformare la costituzione non porta con sé la competenza a sostituirla, ma solo a modificarla. Terza premessa (che deriva dalle due precedenti): la Corte costituzionale è competente a controllare che l'organo riformatore abbia modificato, e non sostituito, la costituzione. Quarta premessa: solo un'analisi del contenuto delle riforme consente di stabilire se la costituzione sia stata modificata o sostituita. Conclusione: la competenza a verificare se la costituzione sia stata sostituita include la competenza a controllare il contenuto delle riforme costituzionali».

Nella sentenza [C-1040/2005](#), la Corte, a sua volta, sintetizza così la sua dottrina.

(i) La Costituzione colombiana non contiene clausole immodificabili.

(ii) Il potere di revisione tuttavia è soggetto a limiti di competenza: «il riformatore della Costituzione non è sovrano».

(iii) In virtù di tali limiti, il potere di revisione può emendare la costituzione, ma non sostituirla interamente: solo il potere costituente originario potrebbe sostituire la costituzione.

(iv) Per stabilire se una data revisione sia, in realtà, una sostituzione della costituzione, è necessario prendere in considerazione i principi strutturali che le danno identità.

9. Nessuna delle decisioni qui analizzate o menzionate è stata presa, dalla Corte colombiana, all'unanimità. Tra le opinioni ora dissenzienti, ora concorrenti, meritano di essere riferite quelle del giudice Humberto Sierra Porto (HSP d'ora in avanti) relative soprattutto alle sentenze [C-1040/2005](#) e [C-141/2010](#)⁴⁷.

HSP contesta in radice la tesi dei limiti alla revisione costituzionale, e adduce contro di essa una grande quantità di argomenti. Per comodità, li raggruppo in quattro classi (sebbene i confini tra una classe e l'altra siano alquanto approssimativi).

(i) Tre argomenti interpretativi.

Anzitutto, HSP sostiene (argomento letteralista) che la tesi dei limiti alla revisione è in contrasto con il tenore letterale dell'art. 241 della [Costituzione](#) (e come dargli torto?): estendendo il controllo della Corte al contenuto delle leggi di revisione, si priva l'espressione “vizi di procedimento” del suo «senso naturale, derivato dalle accezioni del linguaggio comune e del linguaggio giuridico».

Inoltre, sostiene (argomento *a contrario*) che, poiché la Costituzione non indica tassativamente i limiti di contenuto cui è soggetta la revisione, «si deve ritenere che essi non esistano» affatto.

Infine, sostiene (argomento originalista-intenzionalista) che la tesi in questione è in contrasto con l'intenzione originaria del costituente, giacché nell'ordinamento costituzionale precedente la Corte suprema di giustizia, che fungeva da organo di giustizia costituzionale, riteneva vi fossero limiti alla revisione; e risulta dai lavori preparatori della [Costituzione del 1991](#) che i costituenti intendevano reagire precisamente a questo orientamento giurisprudenziale, limitando di conseguenza le attribuzioni della Corte costituzionale.

(ii) Un argomento logico.

Il ragionamento della Corte, sostiene HSP, è intrinsecamente contraddittorio, giacché: per un verso, in ossequio alla lettera della Costituzione, nega che vi siano clausole costituzionali pietrificate, e dunque limiti materiali alla revisione; ma, per un altro verso, afferma che vi sono in Costituzione «elementi strutturali» immodificabili, il che converte siffatti elementi strutturali in clausole pietrificate. La figura dei “vizi di sostituzione” della costituzione si risolve precisamente in quel controllo materiale sul contenuto delle leggi di revisione, espressamente proibito dall'art. 241, come

⁴⁶ Inedito, di cui sono venuto a conoscenza grazie alla cortesia di Mauricio Maldonado Muñoz.

⁴⁷ Su di esse ha richiamato la mia attenzione Andrés Morales. Per la precisione, è *dissenting* l'opinione di HSP nella [sentenza C-1040/2005](#), mentre è *concurring* la sua opinione nella [sentenza C-141/2010](#), di cui lo stesso HSP è estensore (!).

la stessa Corte riconosce, e non si vede come si possa esercitare un controllo siffatto se non vi sono limiti materiali al potere di revisione. I limiti alla revisione attengono «solo al procedimento di deliberazione, non al contenuto delle decisioni».

(iii) Quattro argomenti dogmatici (di “teoria” costituzionale).

HSP, anzitutto, rifiuta la distinzione, o almeno una distinzione netta, tra potere costituente e potere di revisione. Il potere di revisione, a suo avviso, è – benché derivato, non originario – genuino potere costituente. Il che è quanto dire che non è soggetto a limiti sostanziali. Certo, «una volta instaurata una costituzione, tutto l’esercizio del potere costituente è derivato o costituito, poiché deve operare entro i limiti [di procedimento] imposti nel testo costituzionale». Ma anche la revisione spetta, in definitiva, «al titolare della sovranità, cioè al popolo, secondo i casi direttamente o attraverso organi da esso eletti»⁴⁸.

Per conseguenza, secondo HSP, la tesi dei limiti taciti alla revisione si risolve in una alterazione del principio di sovranità popolare e in una indebita limitazione della sua estensione.

Inoltre, secondo HSP, la tesi degli elementi strutturali immodificabili ha il torto di cambiare «in modo radicale e profondo» il concetto stesso di costituzione: dalla costituzione formale (scritta) alla cosiddetta “costituzione materiale”.

Infine, sostiene HSP che «il parametro di validità di una riforma costituzionale non può essere l’ordinamento costituzionale preesistente, precisamente perché in quel caso non si avrebbe [alcuna] riforma».

(iv) Due argomenti politici.

Il “giudizio di sostituzione”, osserva HSP, ha natura politica ed è intrinsecamente soggettivo – «dipende interamente dalla volontà dell’interprete», dal «libero apprezzamento del giudice» in ciascun caso concreto – giacché non si fonda su alcuna norma giuridica preesistente, che definisca (e proibisca) la “sostituzione” della costituzione. È pertanto un «tipico esercizio del criticato decisionismo giudiziale».

In questo modo, la Corte mette in discussione le stesse fondamenta democratiche del sistema politico colombiano, poiché «un corpo giudiziale si arroga la potestà di decidere quali questioni possano essere sottoposte alla decisione popolare».

10. Per concludere questa analisi programmaticamente inconcludente, osserverò soltanto che a mio modo di vedere il problema della identità di una costituzione può essere affrontato in sede teorica da due punti di vista, molto diversi ma complementari: quello della teoria politica e quello della teoria giuridica, rispettivamente.

(i) Dal punto di vista politico, si può convenire che ogni costituzione si identifichi per il modo in cui disegna l’organizzazione dei pubblici poteri. Sono rilevanti in tal senso: il modo di formazione

⁴⁸ Sia detto per inciso: la distinzione tra potere costituente e potere di revisione non mi pare discutibile. La nozione di potere costituente si definisce, banalmente, per opposizione a quella di potere costituito. Si dice “costituito” ogni potere “legale”, ossia conferito e disciplinato da norme positive (ed esercitato, almeno *prima facie*, in conformità ad esse). Le norme che promanano da un potere costituito trovano il loro fondamento dinamico di validità nelle norme sulla produzione giuridica dell’ordinamento positivo di cui si tratta. Si dice per contro “costituente” il potere che di fatto instaura una “prima” costituzione, ossia una costituzione che non trova il suo fondamento di validità (e legittimità) in una costituzione precedente. Il potere costituente è banalmente il *fatto* politico da cui la (prima) costituzione nasce. Una prima costituzione è insomma una costituzione emanata *extra ordinem* – frutto di rivoluzione (in senso ampio) – e pertanto priva di fondamento di validità in norme (le eventuali norme sulla produzione costituzionale) proprie dell’ordinamento costituzionale precedente. Con il corollario che la prima costituzione è né valida, né invalida, nell’ambito dell’ordinamento di cui essa è costituzione. Il criterio di esistenza giuridica della prima costituzione è l’effettività. Il concetto di revisione costituzionale suppone che il testo costituzionale, pur emendato, conservi tuttavia la sua identità (come un uomo non perde la sua identità quando gli si amputi o gli si trapianti un arto, così la costituzione non perde la sua identità quando sia sottoposta a revisione). Per contro, il concetto di instaurazione costituzionale suppone che la costituzione preesistente sia sostituita, e che dunque la costituzione vigente cambi identità. Insomma, è del tutto sensato sostenere che la revisione costituzionale non possa alterare l’identità della costituzione, senza con ciò tramutarsi in potere costituente. Il problema in discussione è non se il potere costituente sia altra cosa dal potere di revisione, ma quale sia il criterio di identità della costituzione, e pertanto il criterio di distinzione tra l’uno e l’altro.

dei supremi organi costituzionali; il modo in cui sono distribuite tra di essi le funzioni giuridiche fondamentali; il modo in cui sono disciplinati i loro reciproci rapporti.

Ma naturalmente i confini tra un tipo di organizzazione politica e un altro sono labili. È facile mostrarlo con qualche semplice esempio. Introdurre, o rispettivamente sopprimere, il controllo di costituzionalità sulle leggi altera o no l'identità della costituzione? Introdurre, o rispettivamente sopprimere, il rapporto fiduciario tra governo e parlamento altera o no l'identità della costituzione? Introdurre, o rispettivamente sopprimere, il suffragio universale nella designazione del capo dello stato altera o no l'identità della costituzione? È evidente che qualunque risposta a domande di questo tipo suppone una valutazione *lato sensu* politica.

(ii) Dal punto di vista giuridico, il problema della identità di una costituzione ammette, dopo tutto, anche una risposta molto semplice e completamente diversa da tutte quelle fin qui incontrate.

Una costituzione può essere concepita banalmente come un *insieme* di disposizioni⁴⁹. Conferire all'una o all'altra disposizione (o alla norma da essa espressa) un valore superiore alle altre, istituendo così una gerarchia assiologica tra disposizioni (o norme) di una medesima costituzione, può solo essere frutto di un giudizio di valore.

Ma, se prescindiamo da ogni valutazione, il punto interessante è che un insieme può essere modificato in tre modi: aggiungendo un elemento, sottraendo un elemento, o sostituendo un elemento (la sostituzione essendo, ovviamente, una combinazione di addizione e sottrazione)⁵⁰. Addizione, sottrazione, e sostituzione hanno, tutte, l'effetto di *cambiare* l'insieme, e dunque di alterarne estensionalmente la "identità"⁵¹.

Sicché, ove la costituzione sia considerata come un insieme di disposizioni, ogni emendamento (additivo, soppressivo, o sostitutivo) produce una costituzione distinta dalla precedente.

Con questo non si vuol dire che ogni revisione costituzionale⁵² costituisca di per sé "instaurazione di una nuova costituzione", che sarebbe un modo troppo enfatico di descrivere la cosa. Si vuol dire, con sano formalismo, che la distinzione tra revisione costituzionale e instaurazione costituzionale, tra potere costituente e potere (costituito) di revisione, può essere cercata non nel contenuto dei relativi atti normativi, ma nella loro "forma"⁵³.

Qualunque emendamento, per quanto incida in profondità sul testo previgente, se attuato nelle forme che la stessa costituzione prevede, costituisce mera revisione, sicché non altera l'identità costituzionale. Qualunque emendamento attuato *extra ordinem*, per quanto politicamente banale, costituisce esercizio di potere costituente, e per ciò stesso interrompe la continuità dell'ordinamento.

Naturalmente, possono darsi casi "difficili", in relazione ai quali è discutibile se una data revisione

⁴⁹ Naturalmente, tali disposizioni sono soggette a interpretazioni confliggenti e mutevoli nel tempo. E, in un senso, si può ben dire che ogni nuova interpretazione costituzionale modifichi la costituzione esistente (vedi ad es. S. BARTOLE, *Interpretazioni e trasformazioni della Costituzione repubblicana*, Il Mulino, Bologna, 2004). Ma, quando si discorre di revisione costituzionale, il mutamento della costituzione per via di interpretazione non è rilevante, giacché una revisione costituzionale consiste nell'emendare il *testo*.

⁵⁰ È, questa, una nozione elementare di teoria degli insiemi.

⁵¹ Cfr. E. BULYGIN, *Norme, validità, sistemi normativi*, Giappichelli, Torino, 1995, 76 ss.

⁵² E ancora meno ogni nuova interpretazione del testo.

⁵³ Scrive Kelsen: «Lo Stato rimane lo stesso anche se la sua costituzione viene modificata per via giuridico-positiva, vale a dire nelle forme prescritte dalla costituzione stessa. La modificazione può essere incisiva quanto si vuole, però – se avviene in modo conforme a quanto prescritto – non vi è assolutamente alcuna ragione per supporre che con la costituzione modificata sia sorto un nuovo Stato. Soltanto se la modificazione della costituzione ha luogo in forma di rottura della costituzione [...] allora si può parlare di un nuovo Stato» (H. KELSEN, *Dottrina generale dello Stato*, 1925, trad. it. Giuffrè, Milano, 2013, 563). E ancora: «Occorre distinguere fondamentalmente due casi. Nel primo caso la costituzione viene modificata alle condizioni da essa stessa sancite [...]; per esempio, una monarchia assoluta viene trasformata, con una legge del monarca, in una monarchia costituzionale. La continuità del diritto è garantita [...]. Il secondo caso, diverso in linea di principio dal primo, è quello di una trasformazione rivoluzionaria della costituzione, cioè attraverso una rottura della costituzione esistente. Il criterio decisivo è questo, indipendentemente dal fatto che la modifica costituzionale sia più o meno profonda» (H. KELSEN, *Il problema della sovranità*, 1920, trad. it. Giuffrè, Milano, 1989, 347). Sul punto cfr. A. ROSS, *Teoría de las fuentes del derecho. Una contribución a la teoría del derecho positivo sobre la base de investigaciones lógico-dogmáticas*, 1929, trad. sp. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1999, 434 ss.

sia stata compiuta nelle “forme” dovute o invece *extra ordinem*.

Un buon esempio è il seguente. L'[art. 11 della costituzione francese \(1958\)](#) consente al Presidente della Repubblica di sottoporre direttamente a referendum un progetto di legge «relativo all'organizzazione dei pubblici poteri». La stessa costituzione, però, disciplina altrove, in modo del tutto differente, la revisione costituzionale; sicché sembra ovvio, in sede di interpretazione cognitiva, che l'art. 11 non si applichi a progetti di legge di revisione costituzionale. Nondimeno, come si sa, nel 1962 il generale De Gaulle si avvalse (o pretese di avvalersi) dell'art. 11 per sottoporre a referendum precisamente [un progetto di revisione costituzionale \(relativo alla elezione del Presidente a suffragio universale\)](#), interpretando l'espressione “organizzazione dei pubblici poteri” come sinonimo di “costituzione” (in senso “materiale”). Interpretazione che a tutti parve non plausibile e imprevedibile, e pertanto “creativa”. Semplice revisione o genuino esercizio di potere costituente?

Antonia Abbatiello¹

La legge elettorale torna al vaglio della Corte costituzionale. Considerazioni a margine dell'[ordinanza di rimessione del Tribunale di Messina](#)

SOMMARIO: *Premessa.* – 1. *Sui profili processuali del nuovo giudizio costituzionale in materia elettorale.* – 2. *Sui profili sostanziali: i singoli motivi di ricorso.* – 3. *Considerazioni conclusive.*

Premessa

La legge elettorale politica torna al vaglio della Corte costituzionale. Il 17 febbraio 2016, infatti, il [Tribunale di Messina ha sollevato questione di legittimità costituzionale](#) di diverse disposizioni della nuova disciplina per l'elezione della Camera dei deputati (cd. *Italicum*)². La vicenda suscita particolare interesse tanto sotto il profilo processuale quanto sotto quello sostanziale. Di seguito si offre una prima lettura dell'ordinanza di rimessione condotta alla luce della recente giurisprudenza costituzionale in materia³.

1. Sui profili processuali del nuovo giudizio costituzionale in materia elettorale

La vicenda ripropone, innanzitutto, la questione dell'accesso alla giustizia costituzionale in materia elettorale, questa volta però sotto una duplice prospettiva: quella, già nota, della sede in cui sollevare questione di legittimità della legge elettorale politica; e quella, meno consueta, del tempo, ovvero, del momento in cui la Corte è chiamata a pronunciarsi sulle norme elettorali. Con riguardo alla prima prospettiva, ancora una volta, una questione di legittimità della disciplina sulle elezioni politiche viene introdotta alla Corte nel corso di un giudizio di accertamento della lesione che il diritto di voto patirebbe a causa di una normativa elettorale non conforme ai principi costituzionali. Modalità d'instaurazione del giudizio costituzionale che, com'è noto, permette un accesso sostanzialmente diretto alla Corte costituzionale.

In occasione della [sentenza 1/2014](#), tale modalità d'instaurazione del giudizio costituzionale aveva suscitato un forte allarme in dottrina risultando difficilmente compatibile con il meccanismo incidentale e potenzialmente in grado di aprire le porte ad una nuova forma di accesso, in pratica diretta, alla giustizia costituzionale quanto meno in materia di diritti fondamentali⁴. Tale prospettiva è stata prontamente smentita dalla stessa Corte costituzionale nella [sentenza 110/2015](#) sull'elezione dei rappresentanti italiani al Parlamento europeo, che ha confermato, in relazione all'accertamento

¹ Dottoranda in Diritto dell'Economia e tutela delle situazioni soggettive, XXIX ciclo, presso l'Università degli studi di Napoli Federico II. Borsista presso il servizio di dottrina del *Tribunal constitucional de España*.

² L. n. 52 del 6 maggio 2015.

³ Oltre all'ormai storica [sentenza 1/2014](#) vanno menzionate le [sentenze 275/2014](#), [110/2015](#) e [193/2015](#).

⁴ Sulla incidentalità della questione di legittimità della legge elettorale politica, prima della [sentenza 1/2014](#): A. ANZON DEMMIG, *Un tentativo coraggioso ma improprio per far valere l'incostituzionalità della legge per le elezioni politiche (e per coprire una "zona franca del giudizio di costituzionalità)*, in *Nomos*, n. 1/2013; S. STAIANO, *L'accesso alla Corte costituzionale per far dichiarare l'illegittimità della legge elettorale*, *ibid.*; M. SICLARI, *Osservazioni sulla questione di legittimità costituzionale della legge elettorale sollevata dalla Corte di cassazione*, *ibid.*; A. GIGLIOTTI, *Violata la "zona d'ombra"? La quaestio legitimitatis della legge elettorale*, *ibid.*; P. CARNEVALE, *La Cassazione all'attacco della legge elettorale. Riflessioni a prima lettura alla luce di una recente ordinanza di rimessione della Suprema Corte*, *ibid.*. Per una analisi dei profili processuali della [sentenza 1/2014](#), A. ANZON DEMMIG, *Accesso al giudizio di costituzionalità e intervento "creativo" della corte costituzionale*, in *Rivista AIC*, n. 2/2014; S. STAIANO, *La vicenda del giudizio sulla legge elettorale: crisi forse provvisoria del modello incidentale*, *ibid.*, n. 2/2014; F. GHERA, *La sentenza 1/2014 della Corte costituzionale: profili processuali e "sostanziali"*, in *Diritti Fondamentali* 28.05.2014; M. D'AMICO e S. CATALANO, *Prime riflessioni sulla "storica" sentenza 1/2014 in materia elettorale*, Milano 2014.

del diritto di voto nelle competizioni elettorali diverse da quelle politiche, la regola dell'incidentalità. In tale decisione, infatti, il Giudice delle leggi, dichiarando l'inammissibilità della questione, ha negato la possibilità di un accesso diretto, sia pure a tutela del diritto fondamentale di voto. E ciò per un profilo determinate attinente al *“diverso regime del controllo giurisdizionale sulla relativa vicenda elettorale”* tra elezioni politiche ed elezioni europee. Le *“questioni relative ad eventuali profili di illegittimità costituzionale della normativa che disciplina l'elezione del Parlamento europeo ben possono pervenire ad essa attraverso l'ordinaria applicazione del meccanismo incidentale nell'ambito di un giudizio principale promosso a tutela del diritto di voto, passivo o attivo, avente ad oggetto la vicenda elettorale e, in particolare, i suoi risultati”*. Pertanto, prosegue la Corte, *“l'incertezza sulla portata del diritto di voto nelle elezioni europee non può essere considerata costituzionalmente insuperabile, cioè nel senso di non poter essere risolta, sul piano costituzionale, se non ammettendo un'azione del tipo di quella proposta nel giudizio a quo”*. Diversamente, nel caso della legge per l'elezione del Parlamento nazionale, l'incertezza sulla portata del diritto di voto non avrebbe potuto essere risolta, sul piano costituzionale, se non ammettendo una deroga alla regola generale dell'accesso incidentale; e ciò per la scarsa probabilità che una questione di legittimità costituzionale sulla legge elettorale politica possa essere sollevata nel corso della cd. verifica dei poteri, che costituisce la sede esclusiva del controllo giurisdizionale della relativa vicenda elettorale, e, dunque, la sola in cui potrebbe validamente sorgere un incidente di costituzionalità. Difatti, la Corte – nella [sentenza 1/2014](#) – desumeva l'ammissibilità *“precisamente dalla peculiarità e dal rilievo costituzionale”* della legge elettorale politica che più difficilmente avrebbe potuto essere ad essa sottoposta per altra via; e dunque dall'esigenza di estendere il sindacato di costituzionalità, evitando una zona franca, in un ambito strettamente connesso al circuito democratico.

Dalle argomentazioni contenute nelle due sentenze emerge, dunque, che l'incidentalità rimane un requisito fondamentale per l'ammissibilità, ma non può costituire un ostacolo insuperabile per l'accesso alla giustizia costituzionale tale da precludere del tutto il controllo su taluni atti legislativi. Ulteriori indicazioni sulla sede in cui sollevare questione di legittimità costituzionale di una legge elettorale sono emerse, da ultimo, dalla [sentenza 193/2015](#) sul sistema elettorale della Regione Lombardia in cui la Corte costituzionale ha considerato il giudizio *ex art. 130* del Codice del processo amministrativo una sede in cui può correttamente sollevarsi una questione di legittimità costituzionale delle leggi elettorali regionali, trattandosi di un giudizio volto all'impugnazione dei risultati elettorali.

Se, dunque, l'apertura della Corte costituzionale in favore di un accesso sostanzialmente diretto, realizzato per il tramite di un'azione di accertamento del diritto di voto in materia elettorale va limitata alle sole leggi che regolano l'elezione del Parlamento nazionale, non dovrebbero porsi particolari problemi di ammissibilità della riferita [questione di legittimità sollevata dal Tribunale di Messina](#) sotto il profilo della sede dell'instaurazione del giudizio costituzionale, risultando ormai acquisito un preciso orientamento giurisprudenziale in tal senso. Nell'ordinanza di rimessione, il giudice *a quo*, rifacendosi all'[ordinanza della Cassazione 12060/2013](#), riprende l'orientamento giurisprudenziale secondo cui *“l'espressione del voto – attraverso cui si manifestano la sovranità popolare e la stessa dignità dell'uomo – rappresenta l'oggetto di un diritto inviolabile e permanente, il cui esercizio da parte dei cittadini può avvenire in qualunque momento e deve esplicarsi secondo modalità conformi alla Costituzione, sicché uno stato di incertezza al riguardo ne determina un pregiudizio concreto, come tale idoneo a giustificare la sussistenza, in capo ad essi, dell'interesse ad agire per ottenere la rimozione in carenza di ulteriori rimedi, direttamente utilizzabili con analoga efficacia, per la tutela giurisdizionale di quel fondamentale diritto”*.

Più problematica appare, invece, la seconda prospettiva più sopra indicata, quella cioè del momento di proposizione del giudizio costituzionale, essendo stato l'*Italicum* sottoposto al giudizio di costituzionalità prima della sua applicazione, e addirittura prima che sia utilizzabile, avendone il legislatore differito l'applicazione al 1° luglio 2016. Tale circostanza appare di grande interesse perché distingue la vicenda sull'*Italicum* da quella sul *Porcellum*. Mentre, in quest'ultimo caso, infatti, la lamentata lesione del diritto di voto, riferendosi ad una precisa competizione elettorale, era frutto di una *“già avvenuta modificazione della situazione giuridica”*, nel caso della legge 52/2015,

la lesione del diritto di voto prescinde da qualsiasi atto di applicazione della legge, e risulta pertanto astratta e meramente ipotetica. Appare chiaro, infatti, che, rispetto alla vicenda sul *Porcellum*, quella sull'*Italicum* presenta un grado massimo di astrattezza, che induce a riflettere sulla rilevanza della questione, la cui incerta consistenza potrebbe comprometterne l'ammissibilità. Sotto tale profilo, il giudice *a quo* si rimette pedissequamente alle argomentazioni contenute nella [sentenza 1/2014](#) dal momento che, già in tale decisione, la Corte costituzionale dichiarava ammissibile una questione relativa ad una *"normativa elettorale non conforme ai principi costituzionali, indipendentemente da atti applicativi della stessa, in quanto già l'incertezza sulla portata del diritto costituisce una lesione giuridicamente rilevante"*. Ma, ancora una volta, l'ammissibilità della questione, non appare così scontata.

Un necessario riferimento merita la [sentenza 193/2015](#) intervenuta nel mezzo delle due vicende relative alla legislazione elettorale politica. Nel pronunciarsi sulla disciplina del premio di maggioranza e delle soglie di sbarramento prevista nella legislazione elettorale della Regione Lombardia, la Corte costituzionale ha volutamente costruito un concetto di rilevanza che esige, nella sua elevata concretezza, il riscontro dei vizi di incostituzionalità censurati nel fatto origine del giudizio *a quo*⁵. Il giudizio sull'*Italicum*, all'opposto, si presenta eccessivamente astratto non solo perché non sorge nel corso di un concreto contenzioso elettorale, ma anche perché viene proposto a prescindere da una qualsiasi vicenda elettorale, non essendo l'*Italicum*, come già accennato, né stato applicato né, addirittura, ancora applicabile. Ora, se è vero che la Corte, dominando il fenomeno dell'accesso, è spesso aperta ad un uso anche abbastanza flessibile degli istituti di giustizia costituzionale, appare evidente che l'ammissibilità di un giudizio sull'*Italicum* si possa conseguire solo a costo di un ulteriore "strappo" in tema di rilevanza⁶. Seguendo, infatti, il criterio utilizzato nella [sentenza 193/2015](#), la Corte dovrebbe dichiarare inammissibile la questione di legittimità costituzionale dell'*Italicum* perché *"meramente ipotetica, e pertanto non rilevante"*⁷, dal momento che non essendo state tali disposizioni normative ancora applicate non sarebbe possibile riscontrare nel caso concreto alcuno degli effetti incostituzionali paventati dal rimettente. La Corte potrebbe, invece, limitarsi, come avvenuto nella [sentenza 1/2014](#), ad un controllo esterno sulla rilevanza che non pretende di andare oltre la valutazione *"dell'adeguatezza delle motivazioni in ordine ai presupposti in base ai quali il giudizio a quo possa dirsi concretamente ed effettivamente instaurato, con un proprio oggetto, vale a dire un petitum, separato e distinto dalla questione di legittimità costituzionale, sul quale il giudice remittente sia chiamato a decidere"*⁸.

Ragionando in una prospettiva *de iure condendo*, si potrebbe anche ipotizzare che una decisione della Corte possa essere in qualche modo condizionata dal progetto di riforma costituzionale in corso di approvazione che, nell'introdurre un giudizio preventivo di legittimità costituzionale delle leggi che disciplinano l'elezione dei membri della Camera dei deputati e del Senato della Repubblica, prevede anche la possibilità di un giudizio costituzionale sulle leggi elettorali approvate nella legislatura in corso alla data di entrata in vigore dello stesso⁹. Pertanto, qualora la riforma

⁵ Per una analisi della [sentenza 193/2015](#) si veda A. O. COZZI, *La Corte non si esprime sui premi di maggioranza regionali*, in [Forum di Quaderni Costituzionali](#), 12.11.2015; G. D'AMICO, *Il sindacato di costituzionalità della normativa elettorale dopo la sent. 1/2014*, [ivi.](#); S. CATALANO, *La risposta, implicita, della sentenza n. 193 del 2015 alla questione di costituzionalità sul premio di maggioranza regionale*, [ivi.](#), 01.02.2016; D. MONEGO, *La rilevanza di una questione di legittimità sul premio di maggioranza regionale fra "riscontro" del vizio, applicabilità della norma ed influenza della decisione di costituzionalità*, [ibid.](#)

⁶ Sul concetto di rilevanza, v. in dottrina A. RUGGERI e A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Torino 2009, 182 ss.; A. CERRI, *Corso di giustizia costituzionale*, Milano 2008, 160 ss.; P. BIANCHI e E. MALFATTI, *L'accesso in via incidentale*, in A. ANZON, P. CARETTI e S. GRASSI (a cura di), *Prospettive di accesso alla giustizia costituzionale*, Torino 2000, 13 ss.; L. AZZENA, *La rilevanza*, in R. ROMBOLI (a cura di), *L'accesso alla giustizia costituzionale: caratteri, limiti, prospettive di un modello*, Napoli 2006, 601 ss.; G. ZAGREBELSKY e V. MARCENÒ, *La giustizia costituzionale*, Bologna 2012, 192 ss.

⁷ [Corte costituzionale 193/2015](#), n. 3.1 del considerato in diritto.

⁸ [Corte costituzionale 1/2014](#), n. 2 del considerato in diritto. Tra le molte, si veda anche la [sentenza 263/1994](#).

⁹ Articoli 13 e 39, comma 11, d.d.l. costituzionale A.S. 1429. A norma dell'art. 13 il giudizio preventivo di legittimità costituzionale potrà essere attivato entro dieci giorni dall'approvazione della legge se lo richiedono, con ricorso motivato,

costituzionale ricevesse il consenso popolare nel *referendum* confermativo e venisse definitivamente approvata, l'*Italicum* sarebbe comunque sottoponibile ad un controllo della Corte. In tal caso, il giudizio della Corte si svolgerebbe in un contesto istituzionale differente in cui la Camera dei deputati costituisce la sola assemblea parlamentare a legittimazione diretta, la sola titolare del rapporto fiduciario con il Governo e della funzione legislativa.

Sulla base delle considerazioni che precedono, dunque, possiamo affermare che la circostanza che la legge impugnata non sia stata ancora applicata potrebbe costituire, alla luce della recente giurisprudenza in materia, un ostacolo all'ammissibilità perché ne potrebbe pregiudicare la rilevanza, finendo con il trasformare il giudizio della Corte in un giudizio astratto finalizzato in via esclusiva ad ottenere la dichiarazione di incostituzionalità della legge impugnata¹⁰. Tuttavia, un sindacato di costituzionalità della legge elettorale politica prima della sua applicazione assicurerebbe agli elettori, qualora siano chiamati ad esprimere il proprio voto, di poterlo fare manifestando le proprie scelte secondo regole affidabili, trattandosi di quelle regole che definiscono la composizione di organi costituzionali essenziali per il funzionamento di un sistema democratico-rappresentativo. Un sindacato di costituzionalità prima della applicazione della legge impugnata garantirebbe inoltre pienezza ed effettività di tutela giurisdizionale al diritto invocato. Ciò, infatti, permetterebbe di evitare situazioni analoghe a quella che si è trovata ad affrontare la [sentenza 1/2014](#). Intervenedo la dichiarazione di incostituzionalità dopo le elezioni politiche del 2013, la Corte costituzionale è stata indotta a regolare gli effetti della sua decisione, limitandoli al futuro, non potendo travolgere gli organi parlamentari già costituitisi, né tantomeno gli atti che da essi sarebbero stati posti in essere¹¹. Proprio gli effetti della decisione di incostituzionalità sui risultati elettorali potrebbero essere alla base del maggiore rigore interpretativo mostrato dalla Corte nelle altre vicende elettorali. Nelle competizioni elettorali diverse dalle politiche, infatti, la dichiarazione di illegittimità costituzionale della legislazione elettorale potrebbe comportare, nel giudizio principale di annullamento dei verbali elettorali, l'invalidazione delle elezioni già svolte, eventualmente anche a distanza di tempo dal loro svolgimento, con effetti rilevanti sul funzionamento del sistema¹².

Un vaglio di costituzionalità della legge elettorale prima della sua applicazione garantirebbe certezza e affidabilità alle regole elettorali. Perciò, la disposizione del progetto di riforma costituzionale che introduce un giudizio preventivo di legittimità costituzionale sulle leggi che disciplinano l'elezione dei membri della Camera dei deputati e del Senato, anche se apprezzabile, è certamente monca, laddove sarebbe stato più opportuno che un giudizio preventivo di legittimità fosse previsto per tutte le legislazioni elettorali; anche se si sarebbe esteso in maniera consistente il potere della Corte in una materia squisitamente politica, aprendosi così la strada a possibili ingerenze nella regolazione dei sistemi elettorali. Del resto, un controllo preventivo di costituzionalità della legge

un terzo dei componenti del Senato e un quarto dei componenti della Camera. La Corte costituzionale si pronuncia entro 30 giorni, e fino ad allora, resta sospeso il termine per la promulgazione della legge. In caso di dichiarazione di illegittimità costituzionale la legge non può essere promulgata. Tra le disposizioni transitorie previste nell'art. 39, il comma 11 stabilisce che, in sede di prima applicazione, possano essere sottoposte al giudizio della Corte le leggi elettorali promulgate nella legislatura in corso alla data di entrata in vigore della legge costituzionale, sempre su ricorso motivato, presentato entro dieci giorni dalla entrata in vigore della riforma costituzionale, o della legge elettorale, da almeno un quarto dei componenti della Camera dei deputati o di un terzo dei componenti del Senato della Repubblica. La Corte costituzionale si pronuncia entro il termine di trenta giorni.

¹⁰ Sulle categorie di giudizio costituzionale, v. A. PIZZORUSSO, *I sistemi di giustizia costituzionale: dai modelli alla prassi*, in *Quad. cost.*, 1982, 521 ss., il quale distingue tra controllo di costituzionalità astratto e concreto, sulla base di una pluralità di elementi, relativi sia all'oggetto dell'attività interpretativa svolta nei due tipi di controllo, sia all'ambito di incidenza degli effetti delle decisioni costituzionali, sia alle finalità.

¹¹ [Corte costituzionale 1/2014](#), n. 7 del considerato in diritto. Anche in tale passaggio finale della sentenza emerge chiaramente come la Corte abbia dovuto fare una forzatura nel considerare l'elezione un fatto concluso con i decreti di proclamazione degli eletti, e non con la convalida in sede parlamentare che dunque viene a perdere ogni effetto.

¹² La circostanza che, per il carattere incidentale del giudizio costituzionale, la pronuncia della Corte sulla legislazione elettorale giungerebbe sempre ad elezioni già svolte, risolvendo gli eventuali dubbi di incostituzionalità solo *pro futuro*, aveva indotto parte della dottrina ad escludere la possibilità di un giudizio costituzionale in materia elettorale, v. C. LAVAGNA, *Il sistema elettorale nella Costituzione italiana*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1952, 851 ss.

elettorale politica, se, da un lato, permette di evitare situazioni di illegittimità costituzionali in un ambito strettamente connesso al circuito democratico; dall'altro, certamente assegna alla Corte costituzionale un potere particolarmente rilevante sia rispetto al Parlamento, che potrebbe vedersi censurare progetti di riforma elettorale, sia rispetto al Presidente della Repubblica, che già esercita un analogo controllo di legittimità costituzionale su tutte le leggi in sede di promulgazione. La [sentenza 1/2014](#) costituisce ancora una volta un precedente di riferimento: la dichiarazione di incostituzionalità, e in particolare l'intervento additivo sulle modalità di espressione del voto, hanno ridisegnato il sistema elettorale, obbligando il legislatore a precise scelte legislative; in tal modo invadendo, in maniera critica, anche se necessaria, un campo di competenza del legislatore.

Tuttavia, proprio perché si tratta delle regole di voto, si deve concludere che, se la Corte costituzionale, con la [sentenza 1/2014](#), ha consentito un'apertura verso le leggi elettorali politiche, anche in controtendenza con il sistema consolidato di giustizia costituzionale, deve auspicarsi che essa segua nella predetta linea giurisprudenziale ed ammetta la questione di legittimità sull'*Italicum*. In tal modo, un'eventuale dichiarazione di illegittimità delle disposizioni sul premio di maggioranza restituirebbe omogeneità alle regole elettorali di Camera e Senato per lo meno fin quando non venisse approvata la riforma costituzionale.

2. Sui profili sostanziali: i singoli motivi di ricorso

Per quanto riguarda i profili sostanziali della nuova vicenda costituzionale va rilevato che la questione di legittimità sull'*Italicum* presenta una maggiore ampiezza rispetto a quella sul *Porcellum*, che proponeva al giudizio della Corte solo alcuni degli aspetti problematici rilevati in dottrina. La [sentenza 1/2014](#) risolveva, infatti, le sole questioni sul premio di maggioranza e sulle liste bloccate, lasciando irrisolti, ad esempio, i dubbi sulla legittimità delle soglie di sbarramento. Le censure sollevate sull'*Italicum* dinanzi al [Tribunale di Messina](#) sono tredici; di queste, sei sono state ritenute rilevanti e non manifestamente infondate e sottoposte al vaglio della Corte costituzionale. Non è escluso, peraltro, che altre questioni vengano sottoposte al Giudice delle leggi, risultando attualmente pendenti altri diciassette giudizi¹³ di accertamento del diritto di voto per lesioni costituzionali discendenti dalla legislazione elettorale.

Il motivo di ricorso che più richiama l'attenzione è senza dubbio quello sul premio di maggioranza¹⁴. Ancora una volta, infatti, la Corte costituzionale si dovrà pronunciare sulla legittimità della sua controversa configurazione. La nuova legge elettorale della Camera dei deputati, mantiene, infatti, l'impostazione maggioritaria introdotta con la legge elettorale del 2005, ma, d'accordo con le indicazioni contenute nella [sentenza 1/2014](#), condiziona l'attribuzione del premio di maggioranza al raggiungimento di una soglia minima di voti, fissata al 40%. L'introduzione di una percentuale di voti minima necessaria ad accedere al premio viene inoltre accompagnata, nella nuova disciplina elettorale, da ulteriori accorgimenti normativi: da un lato, la previsione del premio alla sola lista, escludendo la possibilità di alleanze elettorali; dall'altro, l'introduzione di un secondo turno di ballottaggio, per il caso in cui nessuna delle forze politiche abbia ottenuto il 40% nella prima tornata elettorale¹⁵. I dubbi di costituzionalità prospettati dal [Tribunale di Messina](#) riguardano: la mancata

¹³ Analoghi ricorsi sono stati, infatti, depositati presso le sedi giudiziarie, capoluogo del distretto di Corte d'appello, di Roma, Milano, Napoli, Venezia, Firenze, Genova, Catania, Torino, Bari, Trieste e Perugia.

¹⁴ Artt. 1, lett. f) legge n. 52/2015; 1, c. 2 e 83, c. 1, 2, 3, 4 e 5, d.p.r. n. 361/1957, come modificati dall'art. 2, c. 1 e 25, legge n. 52/2015. Risulta interessante che tutte le recenti pronunce della Corte costituzionale in materia elettorale vertono su profili di legittimità costituzionale del premio di maggioranza, istituto correttivo delle formule proporzionali di riparto dei seggi utilizzato nelle legislazioni elettorali di tutti i livelli di governo. Per una ricostruzione del modello elettorale italiano, e della sua impostazione prevalentemente maggioritaria, si veda, A. VUOLO, *Formule maggioritarie e test di costituzionalità*, in S. STAIANO (a cura di), *Nella rete dei partiti*, Napoli 2014, 105 ss.

¹⁵ Sul nuovo sistema elettorale v. A. RUGGERI, A. RAUTI (a cura di), *Forum sull'Italicum*, Torino 2015; R. DICKMAN, *A proposito dell'Italicum. Prime osservazioni sul nuovo sistema elettorale di cui alla legge n. 52 del 6 maggio 2015*, in [Forum di Quaderni Costituzionali](#), del 03.06.2015; L. TRUCCO, [Il sistema elettorale Italicum alla prova della sentenza](#)

previsione di un *quorum* di votanti necessario per accedere al ballottaggio nell'ipotesi in cui nessuna delle predette forze abbia raggiunto il 40% al primo turno; la previsione dell'assegnazione del premio di maggioranza alla lista che abbia comunque vinto il ballottaggio, indipendentemente dalla percentuale di voti conseguiti; la esclusione dall'attribuzione dei seggi delle liste che non abbiano superato la soglia del 3% dei voti validi. Secondo il giudice *a quo*, pur non potendosi dubitare della conformità a Costituzione della previsione che assegna un premio di maggioranza alla lista che ottenga il 40% dei voti al primo turno perché si tratta di una soglia certamente non irragionevole, la circostanza che non venga previsto anche una sorta di *quorum* di votanti, nonché il fatto che il premio di maggioranza scatti anche in caso di ballottaggio, ovvero proprio nel caso in cui per definizione nessuna lista abbia conseguito il 40% dei voti, e ancora la previsione di una clausola di sbarramento al 3%, non esclude il rischio che il premio di maggioranza venga assegnato ad una lista che, pur rappresentando la maggioranza relativa, costituisca in realtà una percentuale molto modesta di suffragi.

Il condizionamento del premio di maggioranza ad una ragionevole soglia di accesso non impedirebbe, dunque, che nei fatti si verifichi una *“illimitata compressione della rappresentatività dell'assemblea costituzionale, incompatibile con i principi costituzionali in base ai quali le assemblee parlamentari sono sedi esclusive della rappresentanza politica nazionale”*, perché capace di liberare *“le decisioni della più forte minoranza da ogni controllo dell'elettorato”*. Anche il nuovo sistema di voto appare, dunque, potenzialmente in grado di comportare una rilevante distorsione tra voti espressi e seggi acquisiti, lesiva del principio di rappresentanza democratica e di uguaglianza del voto che, come risulta dalla recente giurisprudenza costituzionale in materia, assumono, al livello statale, una maggiore rilevanza.

Ciò, in previsione di una riforma costituzionale, che punta a trasformare la Camera dei deputati nella sola Assemblea parlamentare elettiva, titolare della funzione legislativa e del rapporto fiduciario del Governo, potrebbe produrre effetti ancora più distorsivi del sistema democratico, potendo in astratto dipendere tutto il potere decisionale da un solo partito, o addirittura da un solo uomo di partito, il suo *leader*. Emerge chiaramente anche nel contesto attuale che come la forma di governo parlamentare, diversamente da quella ad elezione diretta dell'organo esecutivo di vertice vigente a livello locale e regionale, presupponga un maggior rigore nel bilanciamento tra esigenze di governabilità e quelle di rappresentatività¹⁶. Rigore che le nuove regole elettorali mostrano di rispettare solo in apparenza, non eliminando in concreto il rischio di una eccessiva compressione della rappresentanza politica finalizzata ad una maggiore governabilità.

La Corte costituzionale dovrà, inoltre, valutare se violi il principio della rappresentatività territoriale e del voto diretto il complesso meccanismo che consente la traslazione di voti utili per l'elezione da una circoscrizione carente di candidati ad un'altra che ne risulti eccedentaria¹⁷. Si tratta del meccanismo attivabile dall'Ufficio centrale nazionale, che consente ad una lista che abbia esaurito in una circoscrizione il numero di candidati potenzialmente eleggibili di trasferire i seggi ad essa

[della Corte costituzionale n. 1 del 2014 \(note a prima lettura\)](#), in questa [Rivista, Studi 2014](#) (17.09.2014); ID, [Il sistema elettorale “Italicum-bis” alla prova della sentenza della Corte costituzionale n. 1 del 2014](#), in questa [Rivista, Studi 2015](#), 285 ss.; ID., [Le candidature multiple tra passato, presente...ed Italicum](#), in [Rivista AIC](#), 3/2015.

¹⁶ Il riferimento al carattere rappresentativo nazionale delle Camere e alla esclusività ed infungibilità delle funzioni che in virtù di esso le sono assegnate, contenuto nella [sentenza 1/2014](#) (n. 3.1 del considerato in diritto) diventa nelle successive sentenze della Corte un vero e proprio parametro di giudizio. Nella [sentenza 275/2014](#) sul sistema elettorale dei comuni trentini la Corte espressamente esclude che la possibilità di una sovrapposizione delle vicende, e dunque di una conseguente estensione al livello locale dei principi sanciti nella [sentenza 1/2014](#), stante la netta diversità delle discipline elettorali in virtù del diverso contesto istituzionale: di rappresentanza politica nazionale l'uno e di mera amministrazione l'altro. Anche nella [sentenza 193/2015](#), le argomentazioni della Corte si snodano tenendo conto del nesso di complementarietà ed integrazione tra legge elettorale e forma di governo; ciò che porta la Corte ad escludere la incostituzionalità della disciplina delle soglie di sbarramento in quanto frutto di scelte legislative non arbitrarie, ma funzionali ad assicurare un equilibrato funzionamento del sistema istituzionale.

¹⁷ Artt. 1, lett. a), d) ed e) della legge n. 52/2015; artt. 83, c. 1-5, e 84, c. 2 e 4, d.p.r. n. 361/1957, come sostituiti, rispettivamente, dall'art. 2, c. 25 e c. 26, legge n. 52/2015.

spettanti in questa circoscrizione “carente” ad altra in cui vi siano candidati “eccedentari”. Tale meccanismo, pur costituendo una scelta di politica legislativa, appare di dubbia costituzionalità perché svincolando l'utilizzazione dei voti dall'ambito territoriale in cui sono espressi sarebbe in grado di ledere il principio della rappresentatività territoriale di cui all'art. 56 della Costituzione, che stabilisce una relazione tra i seggi da distribuire e la popolazione di ogni circoscrizione¹⁸.

Il terzo motivo di ricorso sottoposto all'esame della Corte costituzionale riguarda la composizione delle liste e i meccanismi di scelta dei candidati eletti¹⁹. Nella [sentenza 1/2014](#), la Corte costituzionale aveva sancito l'illegittimità del precedente sistema in quanto fondato sul blocco totale delle liste. Tale meccanismo, non consentendo all'elettore di esprimere alcuna preferenza, rimetteva la designazione dei rappresentati politici interamente ai partiti politici. Nella stessa [sentenza 1/2014](#), la Corte costituzionale, con un intervento additivo, colmava il vuoto normativo conseguente alla dichiarazione di incostituzionalità con la reintroduzione della preferenza unica. Sul meccanismo di composizione delle liste e di espressione del voto, la legge n. 52/2015 interviene introducendo un sistema misto, in parte bloccato e in parte preferenziale²⁰. L'*Italicum* prevede il voto di preferenza, nella forma della doppia preferenza di genere, ma non per i capolista, primi eletti, che continuano ad essere bloccati. Introduce, inoltre, un limite alle candidature per i capolista che non potranno essere presenti in più di 10 collegi. Nell'ordinanza di rimessione, il giudice *a quo* dubita della costituzionalità del nuovo sistema di composizione delle liste e di espressione del voto in quanto, analogamente al precedente, sarebbe potenzialmente idoneo a rendere sostanzialmente indiretto il voto espresso dagli elettori. Secondo il giudice rimettente, il nuovo sistema di composizione delle liste e di scelta dei candidati eletti, pur introducendo un sistema diverso da quello totalmente bloccato sanzionato nella [sentenza 1/2014](#), non è esente da dubbi di costituzionalità. Anche con il nuovo sistema di voto, infatti, “*la grande maggioranza dei deputati verrà automaticamente eletta senza essere passata attraverso il vaglio preferenziale degli elettori*”. E, infatti, ciò si verificherebbe, oltre che per i cento capolista del partito che consegue il premio di maggioranza, anche per quelli delle forze minoritarie nei collegi in cui conseguano almeno un seggio. Ma, proprio in relazione alla rappresentanza delle forze politiche minoritarie, il sistema presenterebbe una chiara incompatibilità con i principi costituzionali, giacché, per esse la rappresentanza parlamentare verrebbe largamente dominata da capolista bloccati: effetto di una ingerenza partitica che continua a mostrarsi anche con la disciplina delle multi-candidature, nonostante la limitazione posta dalla legge 52/2015 rispetto alla precedente regolamentazione²¹.

Altro motivo di ricorso sottoposto al vaglio di costituzionalità riguarda la sproporzione attualmente esistente, non essendosi ancora concluso l'*iter* costituzionale di riforma del Senato, tra le soglie di sbarramento all'accesso dei seggi richieste nelle due Camere. Secondo il giudice *a quo*, sussistono dubbi sulla ragionevolezza della coesistenza di regole elettorali diverse nei due rami del Parlamento: tale differenza pregiudicherebbe, nel caso di elezioni prima del completamento della riforma costituzionale, l'obiettivo della governabilità per la possibilità che nei due rami del Parlamento si costituissero maggioranze diverse. Il problema della coesistenza di differenti sistemi elettorali nelle due Camere parlamentari discende oltre che dalla diversità dei procedimenti legislativi, ordinario per la riforma elettorale e costituzionale per la riforma del Senato, anche dalla scelta del legislatore di non saldarli tra loro, ad esempio, condizionando l'entrata in vigore dell'*Italicum* a quella della riforma costituzionale ancora in fase di approvazione. Pertanto, mentre la Camera dei deputati è stata fornita di un nuovo sistema elettorale di stampo chiaramente maggioritario, la composizione del Senato continua ad essere regolata da un sistema rigidamente proporzionale come risultante dalla [sentenza](#)

¹⁸ Su tale specifico punto si v. in particolare L. TRUCCO, [Il sistema elettorale “Italicum-bis” alla prova della sentenza della Corte costituzionale n. 1 del 2014](#), cit.

¹⁹ Artt. 1, lett. g) legge n. 52/2015, 18 bis, c. 3, primo periodo d.p.r. n. 361/1957, come modificato dall'art. 2, c. 10, lett. c) legge n. 52/2015, art. 19, c. 1, primo periodo d.p.r. n. 361/1957, sostituito dall'art. 2, c. 11, legge n. 52/2015, 84, c. 1, d.p.r. n. 361/1957, modificato dall'art. 2, c. 26 legge n. 52/2015.

²⁰ Si veda, in particolare, L. TRUCCO, [Candidature multiple ed Italicum](#), in [Forum di Quaderni Costituzionali](#), del 18.06.2015.

²¹ [Op. et loc. ult. cit.](#)

[1/2014](#), e ciò fino a quando non si concluda il processo di riforma costituzionale che punta a trasformarlo in una Camera non direttamente elettiva. È evidente però che, finché non sia concluso l'iter di riforma costituzionale, la possibilità di maggioranze diverse nei due rami del Parlamento, dovuta a sistemi elettorali completamente diversi, pur in presenza di una distribuzione del voto sostanzialmente omogenea tra i due rami del Parlamento “rischia di compromettere sia il funzionamento della forma di governo parlamentare delineata dalla Costituzione repubblicana, nella quale il Governo deve avere la fiducia delle due Camere, sia l'esercizio della funzione legislativa che l'art. 70 Cost. attribuisce collettivamente alla Camera e al Senato. In connessione con tale ultimo motivo di ricorso, il giudice *a quo* solleva questione di legittimità costituzionale anche rispetto alla previsione di cui all'art. 2, comma 35, della legge 52/2015, che ha fissato al 1° luglio 2016 l'entrata in vigore del nuovo sistema elettorale. Il dubbio sulla costituzionalità di tale previsione discenderebbe, appunto, dal mancato condizionamento dell'entrata in vigore della legge 52/2015 all'attuazione della riforma costituzionale in corso di approvazione. In tal senso, il legislatore avrebbe potuto mantenere il sistema elettorale proporzionale risultante dalla [sentenza 1/2014](#) o riformare il sistema elettorale politico, ma per entrambi i rami del Parlamento dato che, in caso di nuove elezioni a legislazione elettorale del Senato invariata, si produrrebbe una situazione di palese ingovernabilità per il caso probabile che coesistano due diverse maggioranze.

3. Considerazioni conclusive

A margine delle riflessioni che precedono, può concludersi che, se, come evidente, i profili sostanziali di incostituzionalità sollevati rispetto all'*Italicum* riproducono quelli che a suo tempo sono stati prospettati rispetto al sistema elettorale del 2005, e sui quali la Corte costituzionale ha ritenuto di doversi pronunciare nella [sentenza 1/2014](#) nonostante la evidente forzatura alle regole dell'accesso incidentale, la circostanza che [il giudizio costituzionale promosso dal Tribunale di Messina](#) sia, oltre che sostanzialmente diretto, anche palesemente astratto, non dovrebbe costituire un ostacolo “insuperabile” a che la Corte si pronunci per la sua ammissibilità. E ciò anche se, nella giurisprudenza in materia elettorale, successiva alla [sentenza 1/2014](#), la Corte costituzionale ha assunto un più cauto atteggiamento nel sindacare il merito delle scelte legislative sui meccanismi di voto, che tiene conto nello specifico del nesso di complementarità e integrazione tra legge elettorale e forma di governo. Ma, proprio la valorizzazione del rapporto di interrelazione tra sistema elettorale e modello istituzionale dovrebbe spingere la Corte ad una nuova coraggiosa pronuncia che sgombri il campo da possibili dubbi di costituzionalità della normativa elettorale prima che si completi il processo di riforma in corso.

Ilaria Rivera*

Le suggestioni del diritto all'autodeterminazione personale tra *identità* e *diversità* di genere. Note a margine di [Corte cost. n. 221 del 2015](#)

SOMMARIO: 1. La [sentenza n. 221 del 2015](#) della Corte costituzionale e l'affermazione dell'identità di genere come espressione dell'identità personale. - 2. La necessità dell'intervento chirurgico e il diritto alla salute psico-fisica dell'individuo. - 3. La rettificazione anagrafica di sesso e la previa sottoposizione ad intervento chirurgico: la sentenza CEDU Y.Y. c. Turchia e la sentenza della Corte di cassazione n. 15138 del 2015. - 4. La rettificazione anagrafica di sesso tra tutela della dignità umana e proporzionalità in ambito medico-scientifico. - 5. La Corte costituzionale e il transessualismo: il "precedente" della [sentenza n. 170 del 2014](#). - 6. La problematica tutela dell'identità personale: alcune riflessioni conclusive.

1. La [sentenza n. 221 del 2015](#) della Corte costituzionale e l'affermazione dell'identità di genere come espressione dell'identità personale.

Per Svevo, la vita è come una malattia, ma, al contrario delle comuni malattie, essa non ha *cura*¹. Forse, però, la *cura* esiste e risiede nella possibilità di ricorrere ad un giudice per perseguire una condizione vitale accettabile e dignitosa, a seconda delle aspirazioni umane. Un tale concetto, al netto di qualunque correttivo ermeneutico, rischia di essere rimesso alla fortunosa determinazione dell'azione dell'uomo, che assume le sembianze che il contesto sociale di volta in volta contribuisce a determinare. Ad ogni modo, la realizzazione dell'uomo non può prescindere dalla puntuale individuazione dei suoi bisogni primari e dalla cristallizzazione delle esigenze che ne informano l'animo e ne permeano la personalità.

Sulla base di questo portato argomentativo pare incentrarsi il nucleo essenziale della [pronuncia n. 221 del 2015](#) della Corte costituzionale, che si vuole qui commentare, con la quale il giudice delle leggi ha respinto, mediante una sentenza interpretativa di rigetto, la questione di legittimità costituzionale dell'art. 1, comma 1, della legge n. 164 del 1982², in materia di rettificazione anagrafica di sesso.

La decisione costituzionale prende le mosse dall'ordinanza di rimessione del Tribunale di Trento, il quale si doleva - sebbene attraverso una motivazione non del tutto coerente e carente di una ricostruzione sistematica della normativa censurata - in considerazione delle alterne oscillazioni giurisprudenziali³ che l'avevano interessata, del fatto che la subordinazione della possibilità di

* Dottore di ricerca in "Diritto pubblico, giustizia penale ed internazionale" - Università degli studi di Pavia – ilaria.rivera@virgilio.it.

¹ Letteralmente, l'Autore triestino afferma che la vita non *sopporta* cura (cfr. I. SVEVO, *La coscienza di Zeno*, Brescia, 1986, 477).

² Che recita testualmente: "La rettificazione si fa in forza di sentenza del tribunale passata in giudicato che attribuisca ad una persona sesso diverso da quello enunciato nell'atto di nascita a seguito di intervenute modificazioni dei suoi caratteri sessuali". Per un commento alla legge, cfr. S. PATTI, *Legge 14 aprile 1982, n. 164 – Norme in materia di rettificazione di attribuzione di sesso*, in *Commentario del codice civile* (diretto da E. GABRIELLI), Torino, 2010, 637 ss.; M. DOGLIOTTI, *Identità personale, mutamento del sesso e principi costituzionali*, in *Giur.it.*, 1981, 27 ss.; R. TOMMASINI, *L'identità del soggetto tra apparenza e realtà: aspetti di una ulteriore ipotesi di tutela della persona*, in *Scritti in memoria di Lorenzo Campagna*, Milano, 1981; P. VERONESI, *Cambiamento di sesso tra (previa) autorizzazione e giudizio di rettifica*, in *Fam.dir.*, 2005, 528 ss.; Con specifico riguardo alle "modificazioni" prescritte dalla normativa in esame, P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, 1984, 27, sottolinea come queste possa essere anche di carattere esclusivamente psicologico, senza involgere necessariamente la sfera fisica.

³ Sull'intervento chirurgico quale condicio sine qua non ai fini dell'accesso alla procedura di rettificazione anagrafica di sesso, si veda Corte App. Bologna, 20 marzo 2013, con commento di A. LORENZETTI, *Modifica del sesso e necessità dell'intervento chirurgico: lo stop and go della giurisprudenza di merito*, nella rivista telematica [Articolo29](#), 2013.

accedere alla rettificazione anagrafica di sesso⁴ alla modificazione dei caratteri sessuali attraverso trattamenti sanitari (ormonali o chirurgici) comportasse un'ingiustificata invasione nella sfera più intima del soggetto interessato, oltre a costituire un grave pericolo per la salute dello stesso. Più precisamente, a giudizio del rimettente, la necessità della previa sottoposizione ad intervento chirurgico⁵ rischierebbe di minare *in nuce* l'esercizio del fondamentale diritto alla *identità di genere*⁶.

Particolarmente rilevante risulta il richiamo, da parte del giudice rimettente in primo luogo, e del giudice delle leggi nella [sentenza n. 221](#) poi, al concetto di "identità di genere"⁷, da non confondersi con l'altro, seppur affine⁸, di "identità sessuale"⁹. Con la prima espressione, si fa riferimento alla tendenziale corrispondenza tra il sesso percepito nella propria psiche e quello attribuito alla nascita in base alle evidenze morfologiche e, quindi, si guarda alla eventuale distorsione – se non, in taluni casi, alla tensione – tra soma e psiche.

D'altra parte, l'*identità di genere* differisce anche dall'orientamento sessuale, che concerne più propriamente la tendenza a provare attrazione per persone appartenenti al medesimo sesso, a prescindere da considerazioni circa la percezione di sé o del proprio corpo. Ne risulta, quindi, una nozione complessa, proteiforme, condizionata non solo dalle specifiche inclinazioni sessuali, ma

⁴ Cfr. P. STANZIONE, *Transessualismo e sensibilità del giurista: una rilettura attuale della legge n. 164/1982*, in *Dir.fam.pers.*, 2, 2009, 729, che mostra le sue perplessità circa la mancata previsione normativa di un lasso di tempo "che contribuisca a fornire maggiore fondamento alle aspirazioni della persona".

⁵ Per l'affermazione che l'effettuazione del trattamento chirurgico demolitivo costituisca un presupposto indefettibile per la rettificazione del sesso, cfr. Trib. Cagliari 25-10-1982; Trib. Roma 3-12-1982; Corte app. Milano 29.1.1971. da ultimo, Trib. Vercelli, 27 novembre 2014; Trib. Potenza, 20 febbraio 2015, nella quale il giudice potentino, dopo aver ricostruito con particolare dovizia l'assetto normativo vigente negli ordinamenti europei in materia, conclude per una siffatta interpretazione in virtù del vincolo dell'elemento testuale ("dati normativi") della normativa, dal quale non si può prescindere; e, ancora, Corte App. Bologna, 22 febbraio 2013; Trib. Roma, 22 marzo 2011. Contra, Trib. Messina, 4 novembre 2014, nella quale si opta per il meno invasivo trattamento ormonale laddove sia sufficiente a ridurre lo iato sussistente tra vissuto sociale del soggetto e diritto all'identità di genere; Trib. Rovereto, 2 maggio 2013; Corte App. Napoli, 15 marzo 2013. Nel senso della necessità di procedere ad intervento chirurgico dei caratteri sessuali che compongano l'apparato riproduttivo, pur non richiedendosi totale coincidenza con i caratteri sessuali del sesso verso cui si transita, si vedano Trib. Taranto, 26 giugno 2013 e, più di recente, Trib. Catanzaro, 30 aprile 2014.

⁶ A tal proposito, la Corte di cassazione, con la sentenza n. 15138 del 2015, chiarisce che l'identità di genere è espressione dell'identità personale, come tale, sacrificabile dallo Stato solo nel caso in cui si renda necessario preservare interessi di rilievo superiore, tra i quali – a giudizio dei giudici di legittimità – non possono annoverarsi né l'esigenza di tutela della certezza dei rapporti giuridici né la necessaria diversità sessuale nelle relazioni familiari.

⁷ Per una ricostruzione della tematica, si vedano, ad esempio, F. BARTOLINI, *Identità di genere: per cambiare l'intervento chirurgico non è (più) necessario (secondo il Tribunale di Genova)*, in *Dir.civ.cont.*, 3 giugno 2015; S. PATTI, *Rettificazione di sesso e trattamento chirurgico*, in *Fam.pers.succ.*, 2007, 25 ss.; A. SCHUSTER, *Identità di genere: tutela della persona o difesa dell'ordinamento?*, in *Nuova Giur. civ.*, 2012, 243 ss.; M. TRIMARCHI, *L'attribuzione di una nuova identità sessuale in mancanza di intervento chirurgico*, in *Fam.Dir.*, 2012, 2, 183 ss.; A. VESTO, *Favorire l'emersione dell'identità sessuale per tutelare la dignità umana nella sua unicità*, in *Nuova Giur.civ.*, 2015, 6 ss.

⁸ Per la ricostruzione del dibattito circa la differenza tra identità di genere, identità sessuale e orientamento sessuale, si vedano, tra gli altri, F. BILOTTA, *Transessualismo (voce)*, in *Dig.disc.priv.*, Torino, 2013, 732 ss., spec. 765 ss.; P. STANZIONE, *Transessualismo e sensibilità del giurista: una rilettura attuale della legge n. 164/82*, in *Dir.fam.pers.*, 2009, 713 ss.

⁹ Per una distinzione tra i due concetti, si veda, tra gli altri, R.J. STOLLER, *Sex and gender. On the development of masculinity and femininity*, London, 1968. Per una ricostruzione del dibattito dottrinario circa la differenza tra sex e gender e le relative ricadute pratiche, si veda, più di recente, L. PALAZZANI, *Identità di genere come problema biogiuridico*, in F. D'AGOSTINO (a cura di), *Identità sessuale e identità di genere*, Milano, 2012, 8 ss. sul punto, si veda, peraltro, [Corte cost. sentenza n. 161 del 1985](#), nella quale il giudice delle leggi chiarisce come il diritto al perseguimento dell'identità sessuale costituisca espressione del più generale diritto all'autodeterminazione personale, in relazione al quale sussiste l'obbligo in capo alla collettività sociale di assicurare adeguato rispetto "per dovere di solidarietà sociale". Sul punto, cfr. L. TRUCCO, *Introduzione allo studio dell'identità individuale nell'ordinamento costituzionale italiano*, Torino, 2004, 201. A tal riguardo, G. PALMERI, *Il cambiamento di sesso*, in *Trattato di Biodiritto*, in S. CANESTRARI, C.M. MAZZONI, S. RODOTÀ, P. ZATTI (a cura di), *Il governo del corpo*, I, diretto da S. RODOTÀ, P. ZATTI, Milano, 2011, 740, evidenzia che "il diritto all'identità sessuale [rappresenta] proiezione della percezione psicologica di genere del soggetto". Similmente, P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, 1984, 26, considera il diritto all'identità sessuale come "corollario del diritto all'identità personale dall'art. 2".

anche dal contesto sociale nel quale l'individuo si trova a vivere e, infine, dalla percezione dell'io da parte della comunità sociale.

Così intesa, l'identità di genere¹⁰ si ricollega ad un'altra nozione non facilmente intellegibile nelle composite sfumature che la connotano, ossia il transessualismo¹¹, che si manifesta nel caso in cui il sentimento di rifiuto al genere convenzionalmente riconosciuto alla nascita comporta, nel soggetto che non vi si riconosce, il bisogno di transitare verso il sesso al quale sente più propriamente di appartenere, attraverso la modificazione – nel caso – anche dei tratti corporei primari o secondari che disvelano, appunto, il sesso biologico. In tal senso, la modifica morfologica, mediante il trattamento chirurgico od ormonale¹², si porrebbe funzionalmente allo scopo di attenuare il divario tra la percezione di sé e la percezione della propria persona da parte degli altri.

Ciò nondimeno, la modificazione dei caratteri sessuali non pare risultare necessario¹³, almeno nella lettera della norma di cui all'art. 1, comma 1, della legge n. 164 del 1982, in combinato disposto a quanto previsto dall'art. 31, comma 4, del d.lgs. n. 150 del 2011¹⁴, ai fini dell'ottenimento della rettificazione anagrafica del sesso. Circostanza, questa, che ha portato la giurisprudenza di merito¹⁵ a porsi variamente rispetto alla questione e a ravvisarne o meno i caratteri di necessità a seconda della specifica situazione del soggetto che intendeva sottoporsi al percorso psico-fisico di transito. Non sono mancate, più nello specifico, pronunce nelle quali l'autorità giurisdizionale, mediante la valorizzazione del dato *personale* su quello prettamente *biologico*, ha inteso assicurare la prevalenza ad un concetto di "salute" comprensivo anche della sfera psicologica, escludendo, quindi, la sottoponibilità a interventi chirurgici modificativi particolarmente invasivi.

D'altra parte, non è mancato chi abbia dato rilievo alla necessità di assicurare la certezza degli status giuridici soggettivi attraverso la nitida individuazione dell'appartenenza sessuale e la precisa corrispondenza tra questa e il nome anagraficamente attribuito. Così intesa, la dicotomia del sesso potenzialmente attribuibile sembrerebbe rispondere all'esigenza di assicurare situazioni giuridiche *chiare* ovvero *chiarificate* mediante procedimenti che non trasmodino nella arbitraria determinazione della volontà del soggetto.

2. La necessità dell'intervento chirurgico e il diritto alla salute psico-fisica dell'individuo.

¹⁰ La quale può rappresentare uno dei motivi di persecuzione e giustificare, quindi, a livello internazionale il riconoscimento dello status di rifugiato. In tal senso, L'art. 10, paragrafo 1, lett. d), della direttiva 2011/95/UE (Direttiva qualifiche) prevede che "in funzione delle circostanze nel paese d'origine, un particolare gruppo sociale può includere un gruppo fondato sulla caratteristica comune dell'orientamento sessuale. L'interpretazione dell'espressione «orientamento sessuale» non può includere atti penalmente rilevanti ai sensi del diritto interno degli Stati membri. Ai fini della determinazione dell'appartenenza a un determinato gruppo sociale o dell'individuazione delle caratteristiche proprie di tale gruppo, si tiene debito conto delle considerazioni di genere, compresa l'identità di genere".

¹¹ Per un approfondimento sul punto, si veda, P. STANZIONE, *Transessualismo*, in *Enc.dir.*, Milano, 1992, 874 ss.

¹² Sul punto, A. VESTO, *Favorire l'emersione dell'identità sessuale per tutelare la dignità umana nella sua unicità*, in *Nuova Giur.Civ.*, 2015, 6, 10544.

¹³ In tal senso, la Corte di cassazione, nella citata sentenza n. 15138 del 20 luglio 2015, specifica che la mera eventualità della sottoposizione all'intervento chirurgico deriva dal fatto che quest'ultimo può, in taluni casi, risultare eccessivamente invasivo per la salute del soggetto che vi si sottopone, con la conseguenza che risulta auspicabile procedere, di volta in volta, al bilanciamento tra il diritto all'identità di genere del soggetto interessato e il diritto alla salute, il quale prevale sul primo nel caso in cui si abbia "diagnosi di disforia di genere e (...) modificazione certa dei caratteri sessuali secondari attraverso interventi di chirurgia estetica e terapie ormonali". Peraltro, la dicotomia sussistente tra il godimento del diritto all'identità personale, nella peculiare accezione di identità di genere, e quello del diritto alla salute traspare, secondo la Cassazione, dalla sottoposizione o meno al trattamento chirurgico, ove, nel primo caso, troverebbe piena attuazione il diritto al perseguimento della propria identità personale, mentre, nel secondo, verrebbe preservato il diritto alla propria integrità psicofisica, a scapito dell'autodeterminazione personale.

¹⁴ Cfr. "Quando risulta necessario un adeguamento dei caratteri sessuali da realizzare mediante trattamento medico-chirurgico, il tribunale lo autorizza con sentenza passata in giudicato. Il procedimento e' regolato dai commi 1, 2 e 3". Sul punto, cfr. M. PILLONI, *Delle controversie in materia di rettificazione di attribuzione di sesso – commento all'art. 31 del d. lgs. 1° settembre 2011, n. 150*, in *Codice di procedura civile commentato* (diretto da C. CONSOLO), Milano, 2012, 396 ss.

¹⁵ Vedi nota 5.

Al netto delle possibili interpretazioni che di tale articolato normativo sono state offerte nelle diverse pronunce giurisprudenziali, è agevole osservare che, in ogni caso, il percorso di transizione, da intendersi non esclusivamente nella accezione propriamente sessuale, si denota per la sua complessità, involgendo una serie di fattori, fisici, psicologici, sociali¹⁶, che debbono essere presi in dovuta considerazione dagli operatori sanitari e da tutti coloro che intendano accompagnare la persona che voglia sottoporvisi.

La valorizzazione della dignità umana¹⁷, nei molteplici accenti nei quali essa si esprime¹⁸, e la necessità di assicurare la prevalenza ontologica dell'uomo kantianamente inteso come fine, complesso centro di relazioni sociali e di intime aspirazioni personali, sembra aver costituito la traccia argomentativa nel solco della quale il giudice costituzionale è giunto a riconoscere che la richiesta di accesso alla rettificazione anagrafica del sesso può prescindere dall'intervento chirurgico¹⁹.

In particolare, il giudice delle leggi, riprendendo e sviluppando ulteriormente l'asse motivazionale della precedente sentenza n. 161 del 1985²⁰, evidenzia l'importanza dell'identità di genere quale estrinsecazione specifica dell'identità personale, la cui tutela si impone nell'ordinamento giuridico interno ai sensi degli artt. 2 e 32 della Costituzione e 8 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

La necessità dell'intervento chirurgico al fine della rettificazione del sesso²¹ sembra collidere – a giudizio della Corte – con un concetto di salute psicofisica da intendersi nel senso *positivo* di libera espressione dei bisogni che determinano la trama personale e nel senso *negativo* di libertà dello stesso da qualsiasi tipo di costrizione, fisica o psicologica²². In tal senso, il percorso di transizione pare dover trovare un'attuazione differente, lontano da rigide determinazioni aprioristiche, che dover conto delle legittime aspirazioni personali e delle contingenze concrete nelle quali l'individuo vive e si relaziona con gli altri. Così inteso, l'intervento chirurgico diviene uno strumento meramente funzionale al

¹⁶ Cfr. P. STANZIONE, *Sesso e genere nell'identità della persona*, in F. D'AGOSTINO, *Identità sessuale e identità di genere*, cit., 29.

¹⁷ Che – a giudizio di F. RINALDI, *La «dignità umana» e la «vita»: tra «volontà» e «rappresentazione»*. Note minime, nella rivista telematica [Diritti Fondamentali](#), 2012 – assume precisa consistenza nell'atto di lesione o di compressione della stessa. Nella giurisprudenza costituzionale, il giudice delle leggi evidenzia come la dignità umana costituisca “un valore costituzionale che permea di sé il diritto positivo” ([sentenza n. 293 del 2000](#)) ovvero che rappresenti un “valore supremo”, sottratto, quindi, alle dinamiche della revisione costituzionale ai sensi dell'art. 138 Cost. ([sentenza n. 414 del 1991](#)).

¹⁸ Cfr. C. DRIGO, *La dignità umana quale valore (super) costituzionale*, in L. MEZZETTI (a cura di), *Principi costituzionali*, Torino, 2011, 239 ss.

¹⁹ In senso analogo, si vedano Trib. Benevento, 10 gennaio 1986; Trib. Roma, 22 marzo 2011, Trib. Rovereto, 3 maggio 2013. Contra, cfr. Trib. Roma, 3 dicembre 1982; Trib. Milano 2 novembre 1982; Trib. Roma, 18 ottobre 1997; Trib. Sanremo, 7 ottobre 1991; Trib. Macerata, 21 maggio 1985; Trib. Vercelli, 27 novembre 2014; Trib. Potenza, 20 febbraio 2015. Nel dibattito dottrinario, circa l'opportunità di sottoposizione ad intervento chirurgico, si veda L. FERRARO, *Transessualismo e Costituzione: i diritti fondamentali in una lettura comparata*, nella rivista telematica [Federalismi.it](#), 2013.

²⁰ Nel senso che “Nel transessuale, infatti, l'esigenza fondamentale da soddisfare è quella di far coincidere il soma con la psiche (come ebbe ad esprimersi il *Bundesverfassungsgericht* nella nota sentenza dell'11 aprile 1978), ed a questo effetto, di norma, è indispensabile il ricorso all'operazione chirurgica (...) l'intervento chirurgico e la conseguente rettificazione anagrafica riescono nella grande maggioranza dei casi, come si è detto, a ricomporre l'equilibrio tra soma e psiche, consentendo al transessuale di godere una situazione di, almeno relativo, benessere, ponendo così le condizioni per una vita sessuale e di relazione quanto più possibile normale”. Per un commento, tra gli altri, si veda M. DOGLIOTTI, *La Corte Costituzionale riconosce il diritto all'identità sessuale*, in *Giur.it.*, 1, 1987, 236.

²¹ Sul punto, M.M. WINKLER, *Cambio del sesso del coniuge e scioglimento del matrimonio: costruzione e implicazioni del diritto fondamentale all'identità di genere*, in *Giur.mer.*, 3, 2012, 584, sottolinea che “La concezione per cui vedersi riconosciuto un proprio diritto una persona debba per forza sottoporsi a trattamenti clinici altamente invasivi, al limite di mettere in pericolo la propria salute, stride in maniera evidente con lo scopo della legge, che è quello di consentire alla persona transessuale di raggiungere l'equilibrio psico-fisico”.

²² Così, anche la Corte di cassazione, nella sentenza supra richiamata, ravvisa l'impossibilità, per la norma di cui all'art. 1 della legge n. 164 del 1982 di esprimere l'imposizione dell'intervento chirurgico nella illogicità che sussista un obbligo in natura di qualsiasi tipo di trattamento chirurgico demolitorio.

perseguimento di un maggior livello di benessere psicofisico²³, ma non il mezzo esclusivo cui ricorrere per dare seguito all'esigenza di inverare la propria identità²⁴.

In tale prospettiva, peraltro, assume un ruolo cruciale il giudice, chiamato a valutare gli elementi fattuali dirimenti nel procedimento di autorizzazione all'intervento chirurgico ai fini della rettificazione anagrafica di sesso, all'esito del quale, questi potrebbe escludere la l'opportunità di prescrivere il suddetto intervento qualora risulti eccessivamente gravoso per la salute del soggetto interessato ovvero non necessario, in quanto già effettuato all'estero o supplito da idonea terapia ormonale.

L'eventualità dell'intervento chirurgico risponde, in ogni caso, alla necessità di garantire il diritto alla salute²⁵, da considerarsi come "stabile equilibrio psico-fisico", nei casi in cui la tensione tra il sesso biologico e quello psicologico risulti imm modificabile e, anzi, rischi di aggravare il profondo disagio nel quale versa il soggetto che si ritrova a vivere in una condizione di frazionamento della propria personalità.

La Corte costituzionale pare, quindi, dare rilievo alla imprescindibile connotazione personalistica del diritto alla salute, che si manifesta nella necessità di assicurare la soddisfazione delle prioritarie esigenze dell'individuo, anche nella specifica realizzazione personale e secondo le modalità che risultino più opportune nel perseguimento di quel fine ultimo che è costituito, appunto, dall'*uomo*.

Come sottolineato in diversi passaggi della pronuncia in commento, il riconoscimento della possibilità di accedere alla procedura di rettificazione anagrafica di sesso, a prescindere o meno dalla sottoposizione al previo intervento chirurgico²⁶, costituisce un approdo evolutivo ed ermeneutico in

²³ Al riguardo, si fa rinvio alla nota sentenza della Corte costituzionale tedesca dell'11 gennaio 2011, con la quale il giudice costituzionale tedesco ha dichiarato l'incostituzionalità della normativa in materia di transessualismo – segnatamente l'art. 8, comma 1, n. 2 e 4 del *Transsexuellengesetz* nella parte in cui imponevano, ai fini della rettifica del sesso, la permanente incapacità a procreare e "un'operazione chirurgica di trasformazione dei suoi attributi sessuali esteriori, con la quale sia stato raggiunto un chiaro avvicinamento al quadro morfologico dell'altro sesso" – per l'irragionevolezza di imporre un trattamento sanitario particolarmente lesivo per la salute al fine di provare la serietà della transessualità. In senso analogo, anche la Corte costituzionale austriaca con sentenza del 3 dicembre 2009. In Gran Bretagna, il *Gender Recognition Act 2004* prevede la mera eventualità dell'intervento chirurgico ai fini della rettificazione dell'attribuzione del sesso, in particolare affermando che "the fact that a person's gender has become the acquired gender under this Act does not affect the status of the person as the father or mother of a child" e che tale nuova situazione "does not affect the disposal or devolution of property under a will or other instrument made before the appointed day". In Spagna, la legge n. 3 del 15 marzo 2007 consente l'effettuazione della rettifica dell'attribuzione del sesso, senza bisogno di intervento chirurgico, a qualsiasi persona spagnola, maggiorenne e nel pieno delle facoltà mentali, cui sia diagnosticata disforia di genere e sia sotto trattamento ormonale da almeno due anni. Per un commento alla normativa spagnola, cfr. R. PLATERO MÉNDEZ, *Transsexualidad y agenda política: una historia de (dis)continuidades y patologización*, in *Política y Sociedad*, 46, 1-2, 2009, 112 ss. da ultimo, nell'aprile del 2015, è stata approvata a Malta una legge che consente l'accesso alla rettificazione anagrafica del sesso, senza previa sottoposizione ad intervento chirurgico, nella quale, peraltro, si dà la possibilità ai soggetti interessati di non dichiarare il proprio sesso o genere sui documenti di identità attraverso la menzione del simbolo X. Si prevede, inoltre, che se, al momento della nascita non possa essere stabilito il sesso biologico perché dubbio, non si compilerà la relativa sezione nel certificato di nascita, dovendo, di contro, provvedere i genitori alla relativa dichiarazione entro il quattordicesimo giorno successivo alla nascita.

²⁴ Costituendo, così, il fine primario da perseguire nell'esercizio dell'attività interpretativa da parte del giudice interno (cfr. A. LORENZETTI, *Corte costituzionale e transessualismo: ammesso il cambiamento di sesso senza intervento chirurgico ma spetta al giudice la valutazione*, in *Quad.cost.*, 4/2015, 1009).

²⁵ Sulla preservazione del diritto alla salute nella condizione di transessualismo, cfr. P.M. VECCHI, *Transessualismo (voce)*, in *Enc.giur.*, XXXI, Roma, 1994, 2 ss.

²⁶ Nel senso di ritenere necessario l'intervento chirurgico esclusivamente nell'ipotesi in cui sussista una patente discrepanza tra sesso anatomico e percezione sessuale, si vedano, tra le altre, Trib. Roma 22-3- 2011 e Trib. Rovereto 3-5-2013. In senso analogo, anche Trib. Benevento 10-1-1986, che ribadisce la mera eventualità di questo nel caso in cui non sussiste la volontà di sottoporvisi.

un contesto sociale mutato e maturato²⁷, nel quale la tutela dell'identità personale²⁸ impone un ripensamento complessivo dei canoni assiologici alla luce dei quali valutare e proteggere le istanze individuali²⁹.

Le modalità operative³⁰ attraverso le quali provvedere al riconoscimento e all'arricchimento del percorso di strutturazione dell'identità personale dovrebbero essere rimesse, come sottolineato dalla Corte, alla libera scelta del soggetto che *transita*³¹, di modo da non ingerire in una scelta personalissima di rinvenimento della propria identità. In questo percorso di realizzazione e di maturazione della personalità³², nelle molteplici accezioni cui si presta tale espressione, sarà il giudice a verificare le condizioni nelle quali vive il soggetto e avallare, se del caso, la volontà di sottoporsi alla procedura di rettificazione senza preventivo intervento chirurgico demolitivo dei caratteri sessuali.

3. La rettificazione anagrafica di sesso e la previa sottoposizione ad intervento chirurgico: la sentenza CEDU Y.Y. c. Turchia e la sentenza della Corte di cassazione n. 15138 del 2015.

Nodo cruciale della normativa della pronuncia in commento, che sembra lasciare soluzioni ancora aperte e dai confini applicativi non immediatamente percepibili, sta nella corretta individuazione dei caratteri sessuali – primari o secondari³³ - sui quali si deve inserire la pretesa modificazione ai fini della rettificazione anagrafica del sesso.

Tale questione non è di poco momento se si considera che la sopravvenuta incapacità procreativa, ai fini della rettificazione anagrafica, veniva richiesta come prerequisito essenziale in taluni ordinamenti europei ed è stata sanzionata dal giudice di Strasburgo proprio in ragione della

²⁷ Al riguardo, si vedano le riflessioni di M. DI CIOMMO, *Dignità umana e Stato costituzionale*, Roma, 2010, 126, il quale pone in evidenza la necessità, oltre che l'opportunità, di bilanciare, da un lato, l'esigenza di assicurare la protezione della persona umana, anche nella mutevolezza del contesto sociale di appartenenza, e, dall'altro, quella di assicurare il rispetto del reticolo costituzionale, proponendo, così, un aggiornamento del diritto alla luce delle contingenze sociali, pur senza intaccare "le mura maestre della Costituzione".

²⁸ Al riguardo, D. BUZZELLI, *Il diritto all'identità ricostruita*, in *Nuova Giur.Civ.*, 2013, 6, 10630, sottolinea come il percorso di ricostruzione dell'identità personale si strutturi variamente a seconda del tipo di finalità perseguita. In particolare, il discorso diviene più problematico laddove venga in rilievo l'attribuzione di un segno distintivo convenzionale diverso da quello che connotava il soggetto nell'originaria condizione.

²⁹ Sui profili di pertinenza tra dignità umana e transessualismo, cfr., tra i molti, G. SILVESTRI, *Considerazioni sul valore costituzionale della dignità della persona. Intervento al convegno trilaterale delle Corti costituzionali italiana, portoghese e spagnola*, Roma 1° ottobre 2007, nella rivista telematica *Rivista AIC*, 2007; A. RUGGERI, "Famiglie" di omosessuali e famiglie di transessuali: quali prospettive dopo Corte cost. n. 138 del 2010?, *ivi*, 2011.

³⁰ Cfr. A. LORENZETTI, *Diritti in transito. La condizione giuridica delle persone transessuali*, Milano, 2013, 201.

³¹ Secondo un percorso che viene definito dal giudice di legittimità nella citata sentenza del 2015 "non standardizzabile".

³² Sulla nozione di "identità personale", si vedano, tra le altre, Corte cost. [sentenze nn. 278 del 2013](#) e [425 del 2005](#), in materia di parto in anonimato, [sentenza n. 120 del 2011](#), sull'attribuzione del cognome dell'adottante al figlio adottato, e [sentenza n. 13 del 1994](#), sempre in tema di attribuzione di cognome, nella quale il giudice costituzionale chiarisce che, in virtù dell'art. 2 Cost., rientra nel novero dei diritti inviolabili della persona il diritto all'identità personale, "di cui il nome (...) rappresenta il primo e il più immediato elemento caratterizzante, in quanto segno distintivo e identificativo della persona umana nella sua vita di relazione".

³³ A tal riguardo – come evidenziato da A. LORENZETTI, *Il cambiamento del sesso anagrafico e le sue condizioni: la necessità o meno dell'intervento chirurgico. Brevi riflessioni sulla situazione attuale e sui prossimi sviluppi*, nella rivista telematica *Genius*, n. 1, giugno 2015, 176-177 – l'intervento chirurgico deve essere inteso come una sorta di "contenuto minimo essenziale", riguardante gli elementi caratteristiche della differenziazione uomo/donna. Peraltro, l'Autrice si interroga se, dopo aver effettuato l'operazione de qua, risultino con nitore le caratteristiche fisiche auspiccate, "sia pure senza pretendere la funzionalità dei nuovi organi e comunque tenendo conto dei limiti in cui la conversione è tecnicamente possibile". Sul punto, si è espresso il Trib. Pavia, con sentenza 26 febbraio 2006, nella quale chiarisce che "ai fini della rettificazione dell'attribuzione di sesso, in particolare dell'attribuzione anagrafica con provvedimento giudiziario del sesso femminile a persona originariamente di sesso maschile, è sufficiente che la persona si sia sottoposta a trattamento chirurgico consistente nella totale asportazione di entrambi i testicoli, in quanto organi che permettono di generare come uomo, mentre non è necessaria anche l'asportazione del pene, con conseguente formazione degli organi sessuali femminili, ciò anche a salvaguardia del diritto del soggetto alla salute e all'integrità fisica".

intangibilità riconosciuta all'essere umano, la cui preservazione identitaria si impone assiologicamente sulla asserita certezza delle situazioni giuridiche esistenti.

La citata pronuncia della Corte europea³⁴, che curiosamente non viene richiamata nel percorso motivazionale della [sentenza n. 221 del 2015](#), forse in ragione dell'orientamento giurisprudenziale inaugurato con la [sentenza n. 49 del 2015](#)³⁵ volto ad evidenziare la priorità assiologica del dettato costituzionale sugli altri cataloghi di diritti internazionali proclamati – e nel caso di specie, sulla Convenzione europea dei diritti dell'uomo³⁶ –, dopo aver ribadito la facoltà per gli Stati membri del Consiglio d'Europa di adottare la disciplina normativa che ritengano più opportuna, in ossequio alla sussistenza del margine di apprezzamento nazionale e in assenza di un consolidato *consensus* europeo, osserva, d'altra parte, che la scelta normativamente imposta dall'art. 40 del codice civile turco di imporre la procedura di sterilizzazione al fine della successiva rettifica anagrafica del sesso non costituisce un'ingerenza statale “necessaria” e giustificata in una società democratica, così violando l'art. 8 CEDU³⁷ (“diritto al rispetto della vita privata e familiare”). A tal fine, il giudice europeo chiarisce che “la faculté pour les transsexuels de jouir pleinement, à l'instar de leurs concitoyens, du droit au développement personnel et à l'intégrité physique et morale ne saurait être considérée comme une question controversée exigeant du temps pour que l'on parvienne à appréhender plus clairement les problèmes en jeu (Christine Goodwin³⁸, précité, § 90)” (par. 109). Assume vigore, pertanto, nel percorso motivazionale adottato dalla Corte europea il libero

³⁴ Si tratta della sentenza *Y.Y. c. Turchia* del 10 marzo 2015, divenuta definitiva il 10 giugno 2015, nella quale il giudice di Strasburgo rammenta che, in tematica particolarmente sensibili, tra le quali è riconducibile il diritto all'autodeterminazione personale, il margine di apprezzamento rimesso ai singoli Stati si restringe. D'altra parte, questo è destinato ad ampliare il proprio raggio nel caso in cui non si strutturi un comune *consensus* europeo tra gli Stati aderenti alla Convenzione. Parimenti, nell'opinione concordante dei Giudici Keller e Spano, si evidenzia che, nella valutazione dell'ingerenza sul diritto alla determinazione personale, intesa quale determinazione di genere, la discrezionalità rimessa all'autorità pubblica deve ridursi al minimo.

³⁵ A commento della pronuncia, nella nutrita letteratura sul punto, si vedano, tra gli altri, M. BIGNAMI, *Le gemelle crescono in salute: la confisca urbanistica tra Costituzione, CEDU e diritto vivente*, in [Dirittopenalecontemporaneo](#), 2015; V. ZAGREBELSKY, *Corte cost. n. 49 del 2015, giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani, art. 117 Cost., obblighi derivanti dalla ratifica della Convenzione*, in [Rivista AIC](#), maggio 2015; R. CONTI, [La CEDU assediata? \(Osservazioni a Corte cost. sent. n. 49/2015\)](#), in questa [Rivista](#), 2015, 181 e, ancora, A. RUGGERI, *Fissati i nuovi paletti dalla Consulta a riguardo del rilievo della CEDU in ambito interno*, in [Dirittopenalecontemporaneo](#), 2015, 6-7, il quale non cela le proprie perplessità in ordine al ragionamento espresso dalla Corte costituzionale nell'organizzazione gerarchica delle Carte (costituzionale e convenzionale) sia sul piano della teoria delle fonti sia sul piano della teoria della interpretazione delle stesse, rispetto alla quale non sarebbe possibile effettuare una graduazione prioritaria.

³⁶ Sul rapporto tra ordinamento interno ed ordinamento sovranazionale, segnatamente CEDU, la giurisprudenza costituzionale si è assestata nel senso di riconoscere alla Convenzione europea, a partire dalle note sentenze gemelle nn. 348 e 349 del 2007, la natura di norma interposta nel giudizio di legittimità costituzionale, in virtù del richiamo degli obblighi internazionali nella formulazione del nuovo art. 117, primo comma, Cost. Peraltro, il giudice delle leggi chiarisce come anche le norme CEDU non siano sottratte ad operazioni di bilanciamento, al fine di assicurare una tutela sistemica, e non frazionata, degli interessi di volta in volta coinvolti nel sindacato concreto e nella prospettiva di perseguire “la massima espansione delle garanzie” di tutti i diritti e i principi rilevanti (così, Corte cost. sentenze nn. [170 del 2013](#), [264 del 2012](#), [236 del 2011](#), [93 del 2010](#)).

³⁷ Sulla giurisprudenza della Corte di Strasburgo in materia di rispetto alla vita privata, intesa quale diritto all'identità di genere, cfr., tra gli altri, L. TRUCCO, *Il transessualismo nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo alla luce del diritto comparato*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 1/2003, 378 ss.

³⁸ Nella sentenza dell'11 luglio 2002, [Goodwin c. Regno Unito](#), la Corte di Strasburgo, nel dichiarare la violazione dell'art. 8 CEDU (diritto al rispetto della vita privata e familiare) da parte del Governo britannico, ravvisando l'insussistenza di motivi di ordine pubblico tali da impedire il riconoscimento legale della rassegnazione del sesso della ricorrente, chiarisce, in un passaggio particolarmente significativo, che “*the very essence of the Convention is respect for human dignity and human freedom. Under Article 8 of the Convention in particular, where the notion of personal autonomy is an important principle underlying the interpretation of its guarantees, protection is given to the personal sphere of each individual, including the right to establish details of their identity as individual human beings (see, inter alia, Pretty v. the United Kingdom, no. 2346/02, judgment of 29 April 2002, § 62, and Mikulić v. Croatia, no. 53176/99, judgment of 7 February 2002, § 53, both to be published in ECHR 2002-...).* In the twenty first century the right of transsexuals to personal development and to physical and moral security in the full sense enjoyed by others in society cannot be regarded as a matter of controversy requiring the lapse of time to cast clearer light on the issues involved” (par. 90). Sul punto, cfr. S. PATTI, M.R. WILL, *Mutamento di sesso e tutela della persona*, Padova, 1986, 118 ss.

perseguimento dell'identità personale³⁹, il cui sviluppo risulta inscindibilmente connesso alla preservazione dell'integrità psico-fisica dell'individuo e al diritto all'autodeterminazione personale. Trova accoglimento, nella visione prospettica adottata dalla Corte europea, l'obbligo in capo agli Stati membri di astenersi – in attuazione del portato in senso negativo dell'art. 8 CEDU - da qualsiasi atto o comportamento che possa ledere la dignità dell'individuo – nel caso di specie, mediante l'imposizione dell'incapacità procreativa ai fini della transizione di genere⁴⁰ -, anche nell'ambito di un procedimento di cambiamento personale specificamente scelto e voluto dal soggetto.

La pronuncia *Y.Y. c. Turchia*⁴¹, costituisce, peraltro, la base argomentativa dalla quale prende le mosse un'altra sentenza, la n. 15138 del 2015 della Corte di cassazione⁴² che, a differenza di quella che qui si commenta, evidenzia in diversi passaggi che la citata legge n. 164 del 1982 non prescrive testualmente alcun tipo di intervento chirurgico né, tantomeno, specifica quali siano i caratteri sessuali che debbano essere modificati. Particolare attenzione viene dedicata dal giudice di legittimità al contesto normativo sovranazionale, europeo e CEDU, all'interno del quale si inquadra il fenomeno del transessualismo. Non potrebbe, a giudizio di quest'ultimo, determinarsi in capo al soggetto transessuale l'obbligo di effettuare la drammatica scelta tra la necessità di assicurare la propria salute psichica, mediante il cambio del sesso, e quella di non compromettere la salute fisica mediante la sottoposizione ad un intervento chirurgico serio e dagli esiti incerti. Il rifiuto della tesi volta ad accogliere la necessità dell'intervento medico-chirurgico sembra essere suffragato – a giudizio della Cassazione - anche dalla considerazione complessiva dei valori coinvolti e potenzialmente confliggenti. Invero, nessun interesse pubblico superiore sembrerebbe giustificare, in ogni caso, il sacrificio della condizione psico-fisica del soggetto in ragione dell'attribuzione del nuovo sesso. Il percorso di mutamento sessuale risulta piuttosto complesso, e attraversato dal dissidio di vivere una condizione umana non corrispondente esattamente al proprio intimo volere. Nel quadro così tratteggiato, l'imposizione dell'intervento chirurgico rischierebbe di acuire la gravità di una scelta personalissima già particolarmente sofferta e di portare ad esiti autodistruttivi il soggetto che vi si sottopone, non più libero di perseguire il proprio processo di maturazione personale, bensì coatto dall'esigenza collettiva di raggiungere una condizione di corrispondenza giuridica al nuovo genere.

Sottolinea, peraltro, il giudice di legittimità che la mancanza di qualunque obbligo circa l'intervento chirurgico demolitivo ovvero ricostruttivo dei caratteri sessuali non può prescindere dall'effettuazione di un rigoroso accertamento giudiziale dell'avvenuto transito personale. Similmente, in taluni ordinamenti europei, si richiede, al fine di accedere al mutamento di sesso, la verifica del fatto di vivere conformemente al nuovo sesso per un determinato lasso di tempo, di modo da valutare l'aderenza del sentire personale al sesso diverso da quello cui biologicamente si appartiene e la costante volontà di transitare verso il sesso cui si sente, al contrario, di appartenere⁴³.

³⁹ Sempre con riguardo alla questione della rettificazione anagrafica del sesso, la Corte europea dei diritti dell'uomo specifica che l'obbligo di garantire il pieno godimento di tutti gli aspetti della vita privata, compreso quello alla realizzazione della condizione psicologica della propria identità di genere, costituisce un obbligo positivo che incombe in capo ai singoli Stati membri a mente dell'art. 8 CEDU (così, sentenza CEDU, *L. c. Lituania* dell'11 settembre 2007). Peraltro, tale obbligo non si arresta nel riconoscimento giuridico del processo di transizione, ma deve volgere anche alla concreta tutela del soggetto interessato nella rimozione delle differenze fisiche che possano fondare una differenziazione con i membri biologici del sesso cui questo comincia ad appartenere.

⁴⁰ Peraltro, mostrano, al riguardo, le proprie perplessità i giudici Lemmens e Kuris, i quali si interrogano sulla necessità, in taluni Stati, di imporre requisiti così stringenti, quali l'incapacità procreativa, ai fini della rettificazione del sesso, invitando il consesso giudicante europeo a ripensare la questione in termini più approfonditi.

⁴¹ Per un commento alla pronuncia in questione, si veda A. CORDIANO, *La Corte di Strasburgo (ancora) alle prese con la transizione sessuale. Osservazioni in merito all'affaire Y.Y. c. Turchia*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2015, 502 ss.; A. DEL GUERCIO, *Il riconoscimento giuridico dell'identità di genere delle persone trans gender, tra sterilizzazione imposta e diritto all'autodeterminazione. Il caso Y.Y. c. Turchia e le cautele della Corte europea*, in *Diritti umani e Diritto internazionale*, 9, 2015, 441 ss.

⁴² Cfr. Corte di cassazione, I sez. civ., 20 luglio 2015, n. 15138. Per un commento, cfr. G. CASABURI, *La Cassazione sulla rettifica di sesso senza intervento chirurgico «radicale». Rivive il mito dell'ermafroditismo?*, in *Il Foro italiano*, 2015, I, 3138 ss.

⁴³ Cfr. S. PATTI, *Transessualismo*, in *Dig.it., disc.priv.*, IXI, Torino, 1999, 416.

Ciò che sembra risaltare alla luce della giurisprudenza richiamata è che il percorso personale di riscoperta identitaria⁴⁴ dovrebbe trovare specifica attuazione secondo modalità differenziate a seconda delle peculiari situazioni in rilievo⁴⁵. In tal senso, il punto di approdo sembra costituire un elemento problematico nella maturazione di una rinnovata coscienza personale, ma, allo stesso modo, anche la condizione di partenza, poiché la percezione originaria del soggetto transessuale pare acquisire un'importanza cruciale nella determinazione degli aspetti da valorizzare nella ricerca dell'*io*⁴⁶. Una siffatta affermazione, peraltro, rischia di esibire tutte le sue criticità se ci limita a considerare l'elemento volontaristico del cammino transessuale, che può trasmodare nella definizione volontaristica di canoni esistenziali nuovi⁴⁷ insuscettibili di essere sindacati⁴⁸. In realtà, quello che si vuole qui rilevare è che il perseguimento dell'identità personale⁴⁹ in generale, e dell'identità di genere⁵⁰ in particolare - a prescindere dal fatto che si parli o meno di transessualismo⁵¹, disforia di genere⁵² ovvero di distorsione dell'orientamento sessuale⁵³ - necessita di passaggi complessi che richiedono il progressivo perfezionamento nella mutata coscienza individuale, con l'imprescindibile

⁴⁴ Particolarmente significativa, al riguardo, risulta la riflessione di L. PALAZZANI, *Identità di genere come problema biogiuridico*, cit., 18-19, la quale sottolinea come il concetto di identità esiga la differenza, intesa quale opposizione. Così intesa, essa non può che comportare la sussistenza di una specifica prospettiva entro la quale sviluppare la propria personalità, perfettamente definita nelle caratteristiche essenziali. In tal modo, la trans-identità, pensata quale condizione di transizione del soggetto che inventa – nel significato classico – il proprio percorso di strutturazione individuale, costituisce una contraddizione logica, poiché implica una fluidità concettuale difficilmente conciliabile l'esigenza di rigida demarcazione sessuale.

⁴⁵ Con riguardo all'interazione tra invero della dignità umana e tutela egualitaria sostanziale, cfr. M.R. MARELLA, *A New Perspective on Human Dignity: European Contract Law, Social Dignity and the Retreat of the Welfare State*, in S. GRUNDMANN (ed.), *Constitutional Values and European Contract Law*, New York, 2008, 137 ss.

⁴⁶ Laddove il corpo – come sottolineato da M. CARTABIA, *Avventure giuridiche dell'identità sessuale*, in F. D'AGOSTINO, *Identità di genere e identità sessuale*, cit., 51 – viene visto come un ingombro per la realizzazione personale dell'individuo.

⁴⁷ Così, F. D'AGOSTINO, *Introduzione ai lavori*, in ID. (a cura di), *Identità sessuale e identità di genere*, Atti del Convegno nazionale dell'U.G.C.I. Palermo, 9-11, dicembre 2010, Milano, 2012, 2, sottolinea come il progressivo dissolvimento della differenziazione di genere, accompagnati da processi nuovi di procreazione che importino una modificazione dei modelli classici familiari, comporta una fase del tutto originale di auto comprensione della persona umana.

⁴⁸ Cfr. E. ROCCELLA, L. SCARRAFIA, *Contro il cristianesimo. L'ONU e l'Unione Europea come nuova ideologia*, Casale Monferrato, 2005.

⁴⁹ Di cui, come sottolineato nella pronuncia n. 161 del 1985, l'identità sessuale costituisce manifestazione, per cui si afferma una "concezione del sesso come dato complesso della personalità determinato da un insieme di fattori, dei quali deve essere agevolato o ricercato l'equilibrio, privilegiando - poiché la differenza tra i due sessi non è qualitativa, ma quantitativa - il o i fattori dominanti". Sul concetto di identità e sugli elementi che ne rappresentano estrinsecazione, cfr. D. MESSINETTI, *Identità personali e processi regolativi della disposizione del corpo*, in *Riv.crit.dir.priv.*, 1995, 197 ss. più ampiamente, sull'identità personale, cfr. G. CASSANO, *Il diritto all'identità personale*, in *Nuova Giur.Civ.Comm.*, 1997, II, 351 ss.; G. PINO, *Il diritto all'identità personale. Interpretazione costituzionale e creatività giurisprudenziale*, Bologna, 2003; V. ZENO-ZENCOVICH, *Identità personale (voce)*, in *Dig.Disc.priv.sez.civ.*, IX, 1993, 294 ss.

⁵⁰ Che, come sottolinea B. PEZZINI, *Del sesso, del genere e del "mestiere di vivere": cosa c'è di nuovo nella questione dello scioglimento automatico del matrimonio della persona transessuale che ha ottenuto la rettificazione dell'attribuzione di sesso (a proposito delle modifiche alla legge sul transessualismo attraverso la semplificazione dei riti processuali)*, in *Studi in onore di Claudio Rossano*, Napoli, 2013, 736, non costituisce il problema di una minoranza deviante.

⁵¹ Sul punto, si è espressa, peraltro, la Corte di giustizia nella sentenza *P c. S e Cornwall County Council* del 30 aprile 1996 (causa C-13/94), in tema di licenziamento operato dal datore di lavoro per cambiamento di sesso del lavoratore, nella quale si ribadisce la rilevanza della esigenza di tutelare la dignità umana, in particolare chiarendo che "Il tollerare una discriminazione del genere equivarrebbe a porre in non cale, nei confronti di siffatta persona, il rispetto della dignità e della libertà al quale essa ha diritto e che la Corte deve tutelare".

⁵² Con tale espressione si fa riferimento, secondo F. D'AGOSTINO, *Corpo e identità*, in ID., *Bioetica e biopolitica*, cit., 87, ad una condizione di perfezione fisica associata ad un grave malessere per il sesso concretamente attribuito.

⁵³ Sul punto, L. ATTADEMO, *La rettificazione del sesso non presuppone l'adeguamento dei caratteri sessuali primari*, in *Giur.it*, 1/2016, sottolinea che "l'adeguamento chirurgico veniva riconosciuto come l'unica cura efficace di quello che, fino a pochissimi anni or sono, era qualificato come disturbo della sfera sessuale, in quanto incluso nel Manuale diagnostico e statistico dei disturbi mentali (Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders, di seguito "DSM"), fino all'edizione del 2013".

apporto relazionale con la comunità sociale. La percezione di sé, in sostanza, matura e si struttura nel libero confronto con l'altro⁵⁴ e nella realizzazione dei propri bisogni e delle proprie aspirazioni.

4. La rettificazione anagrafica di sesso tra tutela della dignità umana e proporzionalità medico-scientifica.

La tutela della dignità dell'individuo, da cui promana l'espressione delle proprie libertà⁵⁵ e il perseguimento dei propri diritti, si inserisce nella composita articolazione sociale della quale questi è membro.

In questo contesto, si incardina *anche* il percorso soggettivo del transessuale, che sembra maturare dalla consapevolezza di un divario sussistente tra il corpo e ciò che si vorrebbe esprimere attraverso lo stesso. Si tratta di una vicenda umana, che, ben oltre le coloriture ideologiche, risulta indubbiamente intrisa di una particolare drammaticità. In questo cammino, acquista rilievo il supporto psicologico e la consulenza medica degli operatori sanitari⁵⁶, chiamati per primi a valutare i *contorni* della situazione che si va delineando e predisporre gli opportuni presidi. Peraltro, tale valutazione sembra essere corroborata da quella successivamente operata dell'autorità giudiziaria⁵⁷ cui si accede per procedere all'autorizzazione alla rettificazione del sesso, la quale esamina i fattori psicologici, sociali, spirituali, che possono incidere sulla reale volontà del soggetto.

Leggendo in filigrana le parole del giudice delle leggi nella pronuncia in commento, sembrerebbe emergere una sorta di *principio di proporzionalità* in ambito medico-scientifico⁵⁸, in attuazione del quale la necessità del trattamento medico-chirurgico si gradua differenzialmente a seconda dei valori sottesi e, più in particolare, dell'esigenza di tutelare il fondamentale diritto alla salute psico-fisica del soggetto. L'innovazione della scienza medica⁵⁹ non può prescindere dalla considerazione dei risvolti empirici che importerebbe il mutamento del sesso, soprattutto ove questo fosse imposto chirurgicamente in modo invadente. La proporzione nel caso di specie risiederebbe nella possibilità per il transessuale di tracciare il proprio cammino di transizione attraverso le modalità che ritiene più adatte⁶⁰ e nella facoltà del giudice di valutare la necessità di una simile scelta in relazione agli elementi fattuali, alla ricerca di un equilibrio tra la certezza del diritto e la tutela della salute psico-fisica. Il bilanciamento che quest'ultimo sarebbe chiamato ad operare – e che la Corte sembra evidenziare – si instaurerebbe tra il diritto alla autodeterminazione personale, della quale, come detto,

⁵⁴ In tal senso, cfr. M. MONINA, *Identità sessuale e sviluppo della persona*, Bologna, 1995, 233 ss.

⁵⁵ Per una ricostruzione della teoria della dote (*Mitgifttheorie*) e della prestazione (*Leistungstheorie*), in relazione al rapporto di rispettiva derivazione tra libertà e dignità, cfr. G. SCACCIA, *Dignità umana e giudice amministrativo*, in AA.VV., *Scritti in onore di A. Loiodice*, Bari, 2013, 1093 ss., il quale, peraltro, si interroga se sia concretamente configurabile un autonomo diritto alla dignità, bilanciabile, per ciò stesso, con altri valori parimenti meritevoli di tutela.

⁵⁶ Così, A. LORENZETTI, *Diritti in transito. La condizione giuridica dei transessuali*, Milano, 2013, 59.

⁵⁷ In tal senso, G. D'AMICO, *Identità di genere: «non è mai troppo tardi per essere ciò che avresti potuto essere»*, in *Quad.cost.*, 3/2015, 421, sottolinea l'importanza del ruolo spiegato dal giudice nella valutazione del caso concreto alla luce del principio personalista che informa la lettera costituzionale.

⁵⁸ Per una definizione della ragionevolezza in ambito scientifico, cfr. S. PENASA, *Nuove dimensioni della ragionevolezza? La ragionevolezza scientifica come parametro della discrezionalità legislativa in ambito medico-scientifico. Spunti dalla sentenza n. 162 del 2014 della Corte costituzionale*, nella rivista telematica [Forum di Quaderni Costituzionali](#), 2014.

⁵⁹ Sulla stretta interrelazione tra innovazione scientifica e riconoscimento giuridico, si vedano, nella letteratura scientifica, C. CASONATO, *Introduzione al biodiritto*, Torino, 2012; S. PENASA, *Giudice "Ercole" o giudice "Sisifo"? Gli effetti del dato scientifico sull'esercizio della funzione giurisdizionale in casi scientificamente connotati*, in [Forum di Quaderni Costituzionali](#), 2015; F. CORTESE, S. PENASA, *Dalla Bioetica al Biodiritto: sulla giuridificazione di interessi scientificamente e tecnologicamente condizionati*, in [Rivista AIC](#), 4/2015.

⁶⁰ L. FERRARO, *Transessualismo e Costituzione: i diritti fondamentali in una lettura comparata*, in [Federalismi.it](#), 21/2013, 28, sottolinea, nell'indagine comparata della disciplina del transessualismo negli ordinamenti europei, che "il 'pendolo' de transessualismo tenderà a spostarsi sempre più a favore del profilo psicologico e a detrimento di quello fisico".

costituisce cifra espressiva specifica l'identità di genere⁶¹, da un lato, e la tutela dell'interesse pubblico alla certezza delle situazioni giuridiche soggettive, dall'altro. Attorno a tale bilanciamento il giudice costituzionale sembra far ruotare tutto l'asse argomentativo della pronuncia, che si risolve, come anticipato, nella protezione del benessere psico-fisico, superando le istanze scissioniste⁶² che tendono ad imporre una scelta tra la salute psichica e quella fisica. Entrambi gli aspetti, infatti, non possono essere concepiti singolarmente in quanto risultano ciascuno proiezione dell'altro e risultano entrambi funzionali alla migliore strutturazione della persona umana⁶³.

La tendenza unitaria acquisita dal diritto alla salute, che sembra assumere, nella visione offerta dalla predetta pronuncia, una connotazione in parte nuova, nel senso di essere connessa al raggiungimento di una stabilità psico-fisica ed emotiva dell'individuo⁶⁴, rappresenta uno snodo cruciale nel processo di avanzamento nel riconoscimento dei diritti, soprattutto in materie sensibili, quale il transessualismo⁶⁵.

Appare evidente l'avanzamento dell'uomo nella preservazione della propria dignità⁶⁶, che si dipana nelle maglie dei propri bisogni e che si forma nel tessuto poroso della comunità sociale⁶⁷ nella quale si svolge la propria dimensione umana. Invero, attraverso l'affermazione della priorità

⁶¹ Sulla esigenza di tutelare il diritto all'identità di genere, si è espressa, tra l'altro, la Corte europea dei diritti dell'uomo nella sentenza *Oliari c. Italia* del 21 luglio 2015, in tema di riconoscimento giuridico delle unioni omosessuali, nella quale il giudice di Strasburgo afferma che “non avendo il Governo italiano dedotto un interesse collettivo prevalente in rapporto al quale bilanciare gli importantissimi interessi dei ricorrenti, così come individuati in precedenza, e alla luce del fatto che le conclusioni dei tribunali interni in materia sono rimaste lettera morta, la Corte conclude che il Governo italiano ha ecceduto il suo margine di discrezionalità e non ha ottemperato all'obbligo positivo di garantire che i ricorrenti disponessero di uno specifico quadro giuridico che prevedesse il riconoscimento e la tutela delle loro unioni omosessuali” (par. 185). Sempre con riguardo a tale pronuncia, nell'opinione concordante dei giudici, si evidenzia come la grave situazione di incertezza giuridica dovuta alla inerzia irragionevolmente protratta dal legislatore ad intervenire rivela “una protratta omessa attuazione di un diritto fondamentale riconosciuto costituzionalmente in modo effettivo”.

⁶² Più in generale, sulla differenza tra dignità attribuibile, intesa, così, in senso oggettivo, e quella, al contrario, intimamente percepita, da considerarsi secondo una accezione più squisitamente oggettiva, si veda V. POCAR, *Dignità e non-dignità dell'uomo*, in *Ragion pratica* 38/giugno 2012, 120 ss.

⁶³ A tal riguardo, F. D'AGOSTINO, *Sessualità*, in ID., *Bioetica e biopolitica. Ventuno voci fondamentali*, Torino, 2011, 176, chiarisce che “Chi perde la consapevolezza della sua specifica identità sessuata o chi intenzionalmente pretende di trascenderla, manipolarla, negarla, perde inevitabilmente la corretta misura della relazionalità che, vincolandolo agli altri uomini, costituisce la radice del suo io”.

⁶⁴ Cfr. P. VERONESI, *Il corpo e la Costituzione – Concretezza dei “casi” e astrattezza della norma*, Milano, 2007, 77.

⁶⁵ Nel senso di una condizione “complessa” poiché contempla l'interazione di fattori di matrice diversa, cfr. F. BILOTTA, *Identità di genere e diritti fondamentali della persona*, in *Nuova Giur.civ.*, 2013, 14, il quale, d'altra parte, ravvisa nel trattamento chirurgico un eventuale ausilio per il benessere psicologico della persona. Più specificatamente, la non obbligatorietà dello stesso deriva da una valutazione della condizione del transessuale improntata su una dissociazione psichica tra sesso attribuito e sesso percepito (c.d. disforia di genere), per la cui risoluzione è possibile ricorrere a molteplici presidi, farmacologici e non, di cui la sottoposizione a chirurgia costituisce *l'extrema ratio*. Sulla nozione di transessualismo, si veda, inoltre, M.M. WINKLER, *Cambio di sesso del coniuge e scioglimento del matrimonio: costruzione e implicazione del diritto fondamentale all'identità di genere*, in *Giur.mer.*, 3, 2012, 575.

⁶⁶ Sull'intangibilità della dignità – che acquisisce un connotato assoluto - con altri valori, cfr. R. POSCHER, *Die Würde des Menschen ist unantastbar*, in *Juristenzeitung*, 59, 15/16, 2004, 756 ss. A tal riguardo, G. PIEPOLI, *Tutela della dignità e ordinamento della società secolare europea*, in AA.VV., *Studi in onore di Nicola Lipari*, Milano, 2008, 2295-2296, chiarisce che l'intrecciarsi della umanità di ciascuno comporta la necessità che lo Stato “per la specifica tutela di una socialità anch'essa esigita dalla dignità”. In senso analogo, A. BALDASSARRE, *Diritti inviolabili (voce)*, in *Enc.giur.*, Roma, 1989, 2, il quale chiarisce che il requisito dell'invulnerabilità non è proprio di organi o istituzionali, a garanzia delle loro prerogative, bensì è “un connotato ineludibile dei diritti dell'uomo, dei valori personali e della dignità umana”. Per l'affermazione che la dignità umana costituisce un valore “superfondamentale”, si veda A. RUGGERI, *Appunti per uno studio sulla dignità dell'uomo, secondo il diritto costituzionale*, in *Rivista AIC*, 2011. In senso analogo, come valore supercostituzionale, cfr. A. RUGGERI, A. SPADARO, *Dignità dell'uomo e giurisprudenza costituzionale (prime notazioni)*, in *Pol.dir.*, 1991, 343 ss.

⁶⁷ Le cui concrete situazioni di vita – come sottolineato da F. BELVISI, *Dignità umana: una ridefinizione in senso giuridico*, in *Ragion pratica*, 38/giugno 2012, 172 – possono essere problematiche e “legate a forme specifiche di vulnerabilità”. In tal senso, il concetto di dignità si riconnette ad una prospettiva relazionale, nella quale ciascun individuo diventa persona nella “concreta situazione di presenza, di prossimità con gli altri” (cfr. F. BELVISI, *op.cit.*, 174).

assiologica dell'autodeterminazione personale⁶⁸, che costituisce fine specifico della tutela della dignità umana⁶⁹, trovano giustificazione “le modalità”, di cui la precisa determinazione è rimessa all'individuo, di attuazione del percorso di transizione, che tendano a preservarne la sua salute⁷⁰, non solo fisica, ma anche e soprattutto psichica.

5. La Corte costituzionale e il transessualismo: il “precedente” della [sentenza n. 170 del 2014](#).

La pronuncia in commento sembra testimoniare un altro aspetto significativo, ossia la progressiva sensibilità da parte del giudice delle leggi verso le problematiche concrete connesse alla tutela dei diritti, cercando di offrire risposte che siano in grado di soddisfare le esigenze primarie dei soggetti coinvolti. Già con la [sentenza n. 170 del 2014](#)⁷¹, con la quale il giudice costituzionale si era pronunciato – nella forma di un'additiva di principio⁷² – sulla questione dello scioglimento automatico del matrimonio⁷³ in caso di rettificazione anagrafica di sesso⁷⁴, dichiarando l'incostituzionalità della

⁶⁸ Che – come sottolineato da S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Bari, 2012, 272, si concreta nella realizzazione ovvero nel perseguimento del progetto di vita individuale, irriducibile a rigidi formalismi, bensì mutevole nella sua creazione.

⁶⁹ Sulla impossibilità di bilanciare la dignità umana con altri diritti, si veda G. MONACO, *La tutela della dignità umana: sviluppi giurisprudenziali e difficoltà applicative*, in [Forum di Quaderni Costituzionali](#). In senso contrario, cfr. F. SACCO, *Note sulla dignità umana nel “diritto costituzionale europeo”*, in S.P. PANUNZIO, *I diritti fondamentali e le Corti in Europa*, Napoli, 2005, 596 ss. nel senso che la dignità umana costituisce il fondamento assiologico per il riconoscimento e la garanzia dei diritti costituzionali, cfr., tra gli altri, C. AMIRANTE, *La dignità umana nella Legge Fondamentale di Bonn e nella Costituzione italiana*, Milano, 1971; A. PIROZZOLI, *Il valore costituzionale della dignità. Un'introduzione*, Roma, 2007; M. DI CIOMMO, *Dignità umana e Stato costituzionale*, Roma, 2010, e la ricca bibliografia *ivi* riportata. A tal riguardo, G. SCACCIA, *Dignità umana e giudice amministrativo*, in AA.VV., *Scritti in onore di A. Loiodice*, Bari, 2013, 1092, evidenzia la connessione funzionale tra la dignità umana e il principio personalista espresso dall'art. 2 Cost., rappresentando, la prima, “il valore fondamentale che dialettizza la protezione e l'esercizio dei diritti in quanto il suo presidio giustifica restrizioni” degli stessi. In senso analogo, Corte cost. sentenze nn. 368/1992, 167/1991 e 479/1987.

⁷⁰ Sulla indubbia connessione tra il “rispetto della persona umana” di cui all'art. 32, secondo comma, Cost. e la tutela della dignità umana, si vedano, tra gli altri, G. ROLLA, *Profili costituzionali della dignità umana*, in E. CECCHERINI (a cura di), *La tutela della dignità dell'uomo*, Napoli, 2008, 73 ss.; S. RODOTÀ, *Antropologia dell' «homo dignus»*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2010, 551. Sottolinea l'ambivalenza assiologica del concetto di dignità umana, che si presta a porsi, allo stesso tempo, quale diritto fondamentale e principio supremo, C. PICIOCCHI, *La dignità come rappresentazione giuridica della condizione umana*, Padova, 2013, 111. Così, anche, J.F. FUNCK, *Droit de la sécurité sociale*, Bruxelles, 200, 629, che evidenzia come “*La notion de dignité humaine est indéterminée*”.

⁷¹ Sulle criticità della vicenda oggetto della pronuncia in questione, si veda, tra gli altri, P. VERONESI, *Un'anomala additiva di principio in materia di “divorzio imposto”: il “caso Bernaroli” nella sentenza n. 170/2014*, in [Forum di Quaderni Costituzionali](#); A. RUGGERI, [Questioni di diritto di famiglia e tecniche decisorie nei giudizi di costituzionalità \(a proposito della originale condizione dei soggetti transessuali e dei loro ex coniugi, secondo Corte cost. n. 170/2014\)](#), in questa [Rivista](#), 2014, 3 (13.06.2014), il quale non cela le proprie perplessità circa la pronuncia adottata dalla Corte che, a giudizio dell'A., “Diversamente da ciò che accade in presenza di altre additive di principio, nella odierna vicenda è infatti fuori discussione che il principio somministrato dalla Corte non si presta ad essere per l'intanto tradotto in regole, ancorché solo a titolo precario, “sussidiariamente” prodotte dal giudice comune, in attesa della organica e compiuta disciplina vagheggiata dalla Corte”.

⁷² Che, a giudizio di R. ROMBOLI, [La legittimità costituzionale del “divorzio imposto”: quando la Corte dialoga con il legislatore, ma dimentica il giudice](#), in questa [Rivista](#), 2014, 3 (01.07.14)), viene utilizzata “risposta alla critica di eccessiva invadenza, nei riguardi delle scelte del legislatore, delle decisioni manipolative della Corte (additive o sostitutive), come tali auto applicative. Di fronte alla inerzia del legislatore, accompagnata però dalla presenza di una pluralità di possibili scelte, la Corte si limita a dichiarare la incostituzionalità, senza modificare direttamente la disposizione impugnata, fissando un principio al quale il legislatore dovrà dare attuazione”. Più in generale, sulle pronunce additive di principio e sul seguito, legislativo e giurisdizionale, delle stesse, cfr. G. PARODI, *La sentenza additiva a dispositivo generico*, Torino, 1996; più di recente, G. AMOROSO, G. PARODI, *Il giudizio costituzionale*, Milano, 2015, 417 ss.; A. ANZON DEMMIG, *Nuove tecniche decisorie della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1992, 3199 ss.; G.P. DOLSO, *Le sentenze additive di principio: profili ricostruttivi e prospettive*, in *Giur. cost.*, 1999, 4111 ss.

⁷³ In senso favorevole, cfr, tra gli altri, P.M. VECCHI, *Transessualismo (voce)*, in *Enc. giur. Treccani*, 1984, 9 ss. *Contra*, P. VERONESI, *Il corpo e la Costituzione*, cit., 95.

⁷⁴ Per una ricostruzione della vicenda e del dibattito che ne è derivato, sia consentito il rinvio al nostro [Il c.d. divorzio imposto tra illegittimità costituzionale e seguito processuale \(osservazioni a margine delle sentenze n. 170/2014 della Corte costituzionale e 8097/2015 della Corte di cassazione\)](#), in questa [Rivista](#), 2015, 466.

norma⁷⁵, la Corte aveva posto l'attenzione sul pregresso vissuto familiare della coppia spostata divenuta, a seguito di intervenuta rettificazione anagrafica di sesso, omosessuale, non più tutelabile ai sensi dell'art. 29 Cost., in ragione del carattere eterosessuale dell'istituto matrimoniale, ma egualmente meritevole di tutela come forma stabile di convivenza ai sensi dell'art. 2 della Costituzione, sottolineando peraltro l'imprescindibilità dell'intervento legislativo in materia.

In quell'occasione, il giudice costituzionale, sebbene non fosse arrivato ad estendere l'istituto matrimoniale alle coppie di individui dello stesso sesso, d'altra parte poneva in evidenza l'irragionevole previsione dell'automatico scioglimento del vincolo matrimoniale, a seguito della rettificazione anagrafica del sesso di uno dei due coniugi, nel caso in cui entrambi avessero manifestato la volontà di proseguire nel rapporto matrimoniale⁷⁶. L'operazione ermeneutica compiuta dalla Corte era, quindi, volta a bilanciare l'interesse dello Stato a mantenere il requisito dell'eterosessualità a fondamento del vincolo di coniugio a mente dell'art. 29 Cost. e il precedente vissuto affettivo e familiare dei soggetti interessati, invitando il legislatore⁷⁷ ad intervenire quanto prima al fine di disciplinare, nelle forme giuridiche consentite, l'unione tra persone dello stesso sesso.

Ad uno sguardo attento, l'argomentazione svolta nella [sentenza n. 170](#) sembra riprendere il *reasoning* offerto nella precedente [pronuncia n. 138 del 2010](#)⁷⁸, nella quale si riconduceva la tutela delle coppie omosessuali nell'alveo dell'art. 2⁷⁹ del testo costituzionale, e non già nell'art. 29 Cost., ma sviluppa ulteriormente gli approdi applicativi di un tale ragionamento. Con la [sentenza n. 170](#)⁸⁰, infatti, la Corte costituzionale, pur riconoscendo nel dato eterosessuale la cifra caratteristica dell'istituto matrimoniale⁸¹, chiarisce che la sopravvenuta omosessualità, conseguente alla rettificazione dell'attribuzione del sesso, non può vanificare il rapporto precedentemente instauratosi, comportando la dimidiazione della tutela dei coniugi. Ha fatto seguito alla tale pronuncia la [sentenza n. 8097 del 2015 della Corte di cassazione](#), con la quale il giudice di legittimità, attraverso un percorso

⁷⁵ In senso analogo, si erano espresse anche la Corte costituzionale tedesca con sentenza del 27 maggio 2008, con commento di S. PATTI, *Divorzio della persona transessuale e protezione dell'unione "anchorché non più matrimoniale"*, in *Corriere Giur.*, 2015, 8-9, 1048 ss., e la Corte costituzionale austriaca con sentenza dell'8 giugno 2006.

⁷⁶ Al riguardo, il Tribunale di Milano, con decreto del 22 aprile 2015, autorizzando lo scioglimento del vincolo matrimoniale tra due coniugi a seguito della rettificazione anagrafica del sesso di uno dei due, chiarisce che “secondo il diktat della Consulta, infatti, è il provvedimento giurisdizionale di rettifica che, ove (entrambi) i coniugi lo chiedano, “consente di mantenere in vita un rapporto di coppia giuridicamente regolato con altra forma di convivenza registrata”; secondo questa diversa impostazione”, pertanto, “in occasione del procedimento giurisdizionale di rettifica dell'attribuzione di sesso, i coniugi possano formulare istanza al giudice per essere autorizzati a mantenere in vita la coppia, anche se in forma diversa dal matrimonio; in difetto, la sentenza produce naturalmente e fisiologicamente lo scioglimento del matrimonio o la cessazione dei suoi effetti civili, senza necessità di intervento giudiziale e tramite gli strumenti della rettifica promossi dall'ufficiale dello Stato Civile”, come avvenuto, di fatto, nel caso di specie.

⁷⁷ In senso analogo, C. PICIOCCHI, *La dignità come rappresentazione giuridica della persona umana*, cit., 132, sottolinea efficacemente come, in queste tematiche, “il legislatore non [possa] essere miope di fronte a queste problematiche e, nel caso lo fosse, [sarebbe] costituzionalmente tenuto a dotarsi di un paio di occhiali”.

⁷⁸ Come sottolineato da R. ROMBOLI, [La legittimità costituzionale del “divorzio imposto”: quando la Corte dialoga con il legislatore, ma dimentica il giudice](#), cit., 1, il quale evidenzia che si tratta di “Una dichiarazione quindi di sostanziale infondatezza, che riprende esattamente le conclusioni della n. 138 sul diritto delle coppie omosessuali al matrimonio”. Per un commento alla sentenza n. 138/2010 della Corte costituzionale, si vedano, tra i molti, A. PUGIOTTO, *Una lettura non reticente della sent. n. 138/2010: il monopolio eterosessuale del matrimonio*, in [Forum di Quaderni Costituzionali](#); R. ROMBOLI, *Il diritto “consentito” al matrimonio e il diritto “garantito” alla vita familiare per le coppie omosessuali in una pronuncia in cui la Corte dice “troppo” e “troppo poco”*, in *Giur. cost.*, 2010, 1629 ss.; A. RUGGERI, *“Famiglie” di omosessuali e famiglie di transessuali: quali prospettive dopo Corte cost. n. 138/2010?*, in *Rivista AIC*, 4/2011; B. PEZZINI, *Il matrimonio same sex si potrà fare. La qualificazione della discrezionalità del legislatore nella sentenza n. 138/2010 della Corte costituzionale*, in *Rivista AIC*, 2010.

⁷⁹ Da intendersi quale “fattispecie aperta” alla preservazione di diritti anche diversi da quelli espressamente elencati nell'articolato costituzionale, cfr. F. MODUGNO, *I “nuovi diritti” nella Giurisprudenza Costituzionale*, Torino, 1995, 3 ss.

⁸⁰ Sulle criticità relative alla classificazione della pronuncia in questione, si veda G. PARODI, *Interessi non bilanciabili e decisioni d'incostituzionalità meramente dichiarative. Il séguito nel giudizio a quo della sentenza n. 170 del 2014 della Corte costituzionale*, in [GenLus](#), 1, 2015, 111 ss.

⁸¹ In senso favorevole, cfr. R. BIN, G. BRUNELLI, A. GUAZZAROTTI, A. PUGIOTTO, A. VERONESI, *La “società naturale” e i suoi “nemici”. Sul paradigma eterosessuale del matrimonio*, Torino, 2010.

argomentativo non sempre scorrevole⁸², è pervenuto a affermare, in (asserita) applicazione diretta del principio di diritto espresso della [sentenza n. 170 del 2014](#), il mantenimento del vincolo matrimoniale tra i soggetti coniugati, impedendo lo svilimento del pregresso vissuto familiare della coppia nelle more dell'intervento del legislatore a disciplina delle unioni tra persone dello stesso sesso.

Il giudice di legittimità, infatti, pur riconoscendo la necessità che il legislatore intervenga per disciplinare l'istituto delle unioni di fatto e nella consapevolezza della diversità della fattispecie concreta rispetto al vincolo matrimoniale eterosessuale, tutelato dall'art. 29 Cost., conclude nel senso di riconoscere il diritto dei ricorrenti a permanere, una volta accertata la loro volontà, nella *status* matrimoniale fino alla trasformazione dello stesso nella forma della convivenza registrata. Tale assunto, sebbene in linea di principio conforme con il principio espresso dalla Corte costituzionale nella [sentenza n. 170](#) volto ad assicurare protezione ai coniugi, che, nel caso di scioglimento automatico del matrimonio, si troverebbero in una situazione di assoluta incertezza “con il sacrificio integrale della dimensione giuridica del preesistente rapporto”, ad ogni modo consente una forma di convivenza *ibrida*, né riconducibile a quella matrimoniale né a quella delle coppie di fatto.

6. La problematica tutela dell'identità personale: alcune riflessioni conclusive.

Indubbiamente, la [pronuncia n. 221 del 2015](#) non rimarrà priva di un seguito e già allo stato sembra aver scatenato molteplici dubbi e nuove questioni da dirimere⁸³.

In ogni caso, ciò che preme qui osservare è che il percorso motivazionale adottato dal giudice costituzionale sembra invitare ad un approccio flessibile – dettato, peraltro, dalla particolare delicatezza della materia trattata - che tenga conto delle caratteristiche concrete dei casi e che tenti di

⁸² Particolarmente critica risulta la riflessione offerta da A. RUGGERI, [Il matrimonio “a tempo” del transessuale: una soluzione obbligata e ... impossibile? \(A prima lettura di Cass., I Sez. civ., n. 8097 del 2015\)](#), in questa [Rivista](#), 2015, 308, il quale evidenzia come la Cassazione abbia, di fatto, dato seguito ad una vera e propria invenzione nel diritto positivo, ossia il matrimonio “a tempo” ovvero subordinato a condizione risolutiva espressa, rilevando così l'abnormità e della pronuncia della Corte costituzionale e della Corte di cassazione. Similmente, G. PARODI, *Interessi non bilanciabili e decisioni d'incostituzionalità meramente dichiarative. Il séguito nel giudizio a quo della sentenza n. 170 del 2014 della Corte costituzionale*, cit., 115, critica la pronuncia di legittimità in quanto ricava dalla citata sentenza n. 170 inesatto, poiché la sentenza n. 170 del 2014 “non dichiara l'incostituzionalità dell'art. 4 della legge del 1982 nella parte in cui prevede qualcosa (l'automatico scioglimento); né il meccanismo delineato in alcuni suoi elementi dalla Corte costituzionale nella motivazione e nel dispositivo della sentenza appare suscettibile di precisazione in sede giurisprudenziale, sia per la riserva al legislatore, affermata dalla Corte costituzionale, sia, soprattutto, per la difficoltà di creazione pretoria di una compiuta e articolata disciplina processuale e sostanziale della complessa correlazione di diritti e obblighi, personali e patrimoniali, nell'ambito della prefigurata forma della convivenza registrata, applicabile in attesa di intervento legislativo”.

⁸³ Si fa riferimento alle due ordinanze di rimessione del Tribunale di Trento, rispettivamente dell'8 aprile 2015 e del 28 aprile 2015, sempre in tema di previa sottoposizione ad intervento chirurgico ai fini della rettificazione anagrafica del sesso, nelle quali si invoca espressamente la violazione del parametro convenzionale del diritto al rispetto della vita privata, di cui all'art. 8 CEDU, come interpretato dalla Corte di Strasburgo. In particolare, nell'ordinanza da ultimo citata, il giudice trentino sottolinea come “La concezione per cui al fine di vedersi riconosciuto il proprio diritto all'identità sessuale, una persona debba - per forza - sottoporsi a trattamenti clinici altamente invasivi, tali da mettere in pericolo la propria salute, confligge insanabilmente sia con il cit. art. 8 CEDU, sia con l'art. 2 Cost., i quali entrambi, come visto, consentono incondizionatamente ad ogni soggetto di vedersi riconosciuta la propria identità sessuale”. In particolare, dopo aver richiamato la giurisprudenza della Corte di Strasburgo sull'art. 8 CEDU a tutela dell'identità sessuale e di quella di genere, il giudice a quo sottolinea che “L'imposizione di un determinato trattamento medico, sia esso ormonale ovvero di RCS, costituisce tuttavia una grave ed inammissibile limitazione al riconoscimento del diritto all'identità di genere (maschile o femminile). Infatti, il fine del raggiungimento dello stato di benessere psico-fisico della persona, al quale tende il riconoscimento sociale, e' la rettificazione di attribuzione di sesso, e non la riassegnazione sessuale sul piano anatomico ... In altra prospettiva, al fine di identificare una persona come femmina o maschio, non si procede ad un esame dei suoi organi genitali - atto che costituirebbe una grave intromissione nella vita privata della persona - bensì dei suoi documenti”. Tale interpretazione, peraltro, a giudizio dell'organo giurisdizionale rimettente, comporterebbe anche una patente violazione dell'art. 32 Cost., nella misura in cui imporrebbe un trattamento sanitario particolarmente gravoso e inevitabile - ove fosse inteso come necessario - ai fini del perseguimento della propria identità sessuale. A tal fine, considera la sottoposizione ad intervento chirurgico obbligatorio come un vero e proprio atto di violenza, irragionevole, in quanto “in un paese civile l'identità sessuale viene accertata tramite i documenti di identità e non certo per mezzo di un'ispezione corporale”.

offrire una tutela *sostanziale* a quel diritto all'identità personale, che, nelle molteplici spinte identitarie⁸⁴, sembra trovare sempre nuovi approdi espressivi⁸⁵.

Si tratta, certamente, di un orientamento che si presta a talune aporie ermeneutiche, dovute essenzialmente alla diversa sensibilità di chi vi si approccia, ma che, ad ogni modo, sembra costruirsi anche grazie alle determinazioni offerte nel fervore del pubblico dibattito.

Conclusivamente, non sembri ardito il richiamo all'osservazione di chi affermava che “il Parlamento può fare tutto, tranne che trasformare un uomo in donna e viceversa”⁸⁶, laddove, nella pronuncia in commento, pare che questo sia possibile anche nella prospettata mancanza dell'intervento chirurgico, ferma, in ogni caso, l'esigenza di assicurare il corretto equilibrio tra *σῶμα*⁸⁷ e *ψυχή*⁸⁸, e, a monte, tra diritto e natura.

⁸⁴ Sottolinea la sussistenza di un rapporto inversamente proporzionale tra la vaghezza del concetto di dignità umana e l'applicabilità dello stesso C. PICIOCCHI, *La dignità come rappresentazione giuridica della condizione umana*, cit., 235. Peraltro, proseguendo, l'Autrice specifica che la comune natura umana comporta la condivisione di un nucleo essenziale di irriducibilità della propria essenza identitaria – appunto, la dignità – sulla quale si innestano ulteriori altre manifestazioni parimenti meritevoli di tutela e variamente espresse, ossia le dignità (cfr. C. PICIOCCHI, *La dignità*, op.ult.cit., 237).

⁸⁵ A riguardo, S. PATTI, *Mutamento di sesso e «costringimento al bisturi»: il Tribunale di Roma e il contesto europeo*, in *Nuova Giur.Civ.*, 2015, 1, 20043, sottolinea come l'evoluzione giuridica degli ordinamenti statali abbia importato una concezione nuova di “appartenenza sessuale”, dalla quale deriva, come conseguenza, la possibilità di ottenere la riattribuzione sessuale sulla base del convincimento del soggetto di appartenere ad un sesso, diverso da quello accertato alla nascita in base alle evidenze fisiche.

⁸⁶ Cfr. A.V. DICEY, *Introduction to the study of the Law of the Constitution*, 39 ss.

⁸⁷ Nel senso che la considerazione della dimensione corporale importa una maggiore consapevolezza della volontà di definizione e di utilizzo dello stesso, cfr. P. ZATTI, *Principi e forme del 'governo del corpo'*, in S. CANESTRARI, G. FERRANDO, C.M. MAZZONI, S. RODOTÀ, P. ZATTI (a cura di), *Il governo del corpo*, I, Trattato di biodiritto, diretto da RODOTÀ-ZATTI, Milano, 2011, 129 ss. in senso analogo, S. ROSSI, *Corpo (Atti di disposizione sul)*, in *Dig.disc.priv.*, VII, Torino, 2012, 216 ss.

⁸⁸ Si veda, tra gli altri, la riflessione sul punto di P. STANZIONE, *Transessualismo e sensibilità del giurista: una rilettura attuale della legge n. 164/82*, in *Dir.fam.pers.*, 2009, 215 ss.

Simone Scagliarini
La privacy al tempo dell'État d'urgence: il Conseil constitutionnel sentenzia correttamente

1. Con la decisione [n. 2016-536 QPC](#) del 19 febbraio 2016, il *Conseil constitutionnel* si è pronunciato, per la terza volta in tre mesi¹, sulla legge n. 55-385 come modificata dalla legge n. 2015-1501, la quale, sulla scia degli attentati terroristici avvenuti a Parigi nel novembre scorso, ha prorogato la durata dello stato di emergenza e ne ha modificato la disciplina al dichiarato scopo di rafforzarne l'efficacia attraverso un ampliamento dei poteri a disposizione dell'autorità di polizia per la salvaguardia dell'ordine e della sicurezza pubblica.

In questa pronuncia, il giudice costituzionale francese ha ritenuto di non dover censurare le norme che consentono all'Autorità di pubblica sicurezza di procedere a perquisizioni a qualunque ora del giorno e della notte in qualsivoglia luogo² che, per serie ragioni, si ritenga essere frequentato da persone che costituiscono una minaccia per la sicurezza pubblica. Peraltro, lo stesso organo di giustizia costituzionale nelle altre due recenti pronunce sulla medesima disciplina normativa aveva ritenuto conformi alla Carta fondamentale tanto le norme sull'obbligo di soggiorno ([n. 2015-527 QPC](#) del 22 dicembre 2015) quanto quelle sulla chiusura provvisoria di esercizi pubblici e sul divieto di riunioni ([n. 2016-535 QPC](#) del 19 febbraio 2016). La circostanza, però, che differenzia la decisione di cui parliamo dalle altre citate è che qui le questioni non sono tutte rigettate, in quanto il *Conseil* accoglie quella sollevata in relazione alle norme che consentono, nell'ambito delle perquisizioni di cui sopra, di copiare su qualunque supporto tutti i dati contenuti negli (o comunque accessibili dagli) apparecchi informatici rinvenuti in tale occasione, stante il *vulnus* che ciò reca al diritto alla vita privata. Il quale, dunque, a prima vista, sembrerebbe godere di uno *status* privilegiato rispetto ad altre situazioni soggettive che vengono invece obliterate nel quadro dei poteri emergenziali. A ben vedere, però, così non è, e l'accoglimento di tale questione (e solo di questa) dimostra invece a nostro avviso – e a dispetto di qualche duro commento pubblicato a caldo³ – un equilibrio complessivo del giudice costituzionale francese, che merita di essere, sia pure sinteticamente, meglio esplicitato.

2. Anzitutto, vi è in un filo rosso, indubbiamente favorevole alla normativa impugnata, che lega la [n. 2016-536 QPC](#) alle altre due pronunce di cui qui non ci occupiamo e che costituisce l'assunto di partenza anche del ragionamento relativo alla dichiarazione di illegittimità delle norme sulla estrazione di copia dei dati. Si tratta dell'affermazione secondo cui la Costituzione non esclude la possibilità di introdurre un regime d'urgenza, dovendo il legislatore conciliare la prevenzione (e la reazione a fronte) delle violazioni dell'ordine pubblico con la tutela dei diritti dei singoli, entrambe configurando interessi di (pari) rango costituzionale, mentre rientra poi nella discrezionalità del legislatore la scelta delle modalità concrete con cui operare tale bilanciamento⁴. Discorso, questo, che

¹ Laddove, si noti, nei precedenti sessant'anni di vigenza della legge e in presenza di tre precedenti dichiarazioni dello stato d'emergenza, una sola volta i giudici di rue Montpensier aveva avuto occasione di pronunciarsi relativamente ad essa. Il che ci pare, al di là del merito della decisione di cui si dirà nel testo, un segno piuttosto evidente di come la QPC abbia rappresentato un ampliamento del ruolo di garanzia dei diritti affidato a tale organo.

² Per vero, con le sole eccezioni di quelli in cui si svolge l'attività parlamentare o quella professionale di avvocati, magistrati e giornalisti.

³ Come quello di O. BEAUD – C. GUÉRIN-BARGUES, *L'état d'urgence de novembre 2015: une mise en perspective historique et critique*, nella rivista telematica [Jus Politicum – Revue de droit politique](#), febbraio-marzo 2016, i quali accusano il giudice costituzionale di legittimare un crescendo di misure emergenziali esercitando un controllo meramente formale non in grado di assicurare una tutela effettiva per i diritti.

⁴ Si osservi, per inciso, che in termini analoghi si era espressa, diversi anni or sono, anche la nostra Corte costituzionale, la quale, nella [sentenza n. 63 del 1994](#), nel legittimare l'uso di intercettazioni telefoniche in procedimenti penali per gravi reati diversi da quello nel quale sono state disposte, parlava di un «bilanciamento operato discrezionalmente dal legislatore fra valore costituzionale rappresentato dal diritto inviolabile dei singoli individui alla libertà e alla segretezza delle loro comunicazioni e quello rappresentato dall'interesse pubblico primario alla repressione

sembra pienamente condivisibile, poiché riconosce che le esigenze della sicurezza pubblica non si contrappongono ai diritti, ma costituiscono il presupposto perché le libertà possano essere garantite a tutti in modo effettivo, così che non vi è antinomia, ma semmai quasi una strumentalità tra prevenzione dei reati e godimento dei diritti. È questo, peraltro, un argomento piuttosto ricorrente nella giurisprudenza del *Conseil*, che in questi stessi termini si era già espresso, per esempio, sia nella decisione [n. 85-187 DC](#) del 25 gennaio 1985⁵, unico precedente sullo stato di emergenza, sia, più di recente e in modo più esplicito, nella decisione [n. 2003-467 DC](#) del 13 marzo 2003⁶. Anzi, il ragionamento potrebbe essere condotto a conseguenze ulteriori e coerenti affermando che vi è semmai un *dovere* del legislatore di intervenire a difesa dei diritti con strumenti di carattere preventivo, così come di introdurre, in talune circostanze, un apparato sanzionatorio anche di natura penale⁷.

Se dunque deve ammettersi, in astratto, la necessità di bilanciare le esigenze della sicurezza pubblica con le situazioni soggettive di rilievo costituzionale, il discorso deve concentrarsi sulle garanzie nelle quali, in concreto, questo può tradursi a fronte di misure restrittive delle libertà individuali. Ed è lo stesso *Conseil* a rilevare come il legislatore francese non abbia ommesso di prevederne. Intanto perché, in generale, lo stato di emergenza può essere proclamato solo in casi eccezionali di pericolo imminente di gravi minacce per l'ordine pubblico o a seguito di fatti che, per la loro natura e gravità, costituiscono una calamità pubblica ed ha comunque una validità temporale e territoriale limitata. Inoltre, nello specifico, sono ritenute valide garanzie il fatto che le misure di polizia siano adottate con riferimento preciso a singole fattispecie determinate, che ne venga subito informata l'Autorità giudiziaria e che ne riceva un rapporto successivo, nonché, per le perquisizioni, che esse siano affidate ad un ufficiale di polizia giudiziaria e non si svolgano se non in presenza dell'occupante del luogo perquisito, di un suo rappresentante o di due testimoni. *Last but not least*, non manca anche una tutela giudiziale, stante la possibilità di rivolgersi al giudice per richiedere un risarcimento del danno nel caso in cui esso accerti che il provvedimento ispettivo è stato adottato in assenza dei presupposti giustificativi o in violazione dei criteri di necessità e proporzionalità.

Ebbene, proprio (e solo) nella mancanza di garanzie parimenti valide sta la ragione dell'accoglimento della questione relativa alla violazione del diritto alla vita privata nel caso di acquisizione dei dati informatici. Infatti, il giudice costituzionale rileva in primo luogo che l'estrazione di copia di quanto presente in un computer che si trova nel luogo perquisito corrisponde, di fatto, ad un sequestro, disposto, però, senza l'intervento del giudice anche in assenza di accertamento di una qualunque violazione. Non solo, ma, potendo essere copiati *tutti* i dati, senza che la legge scrutinata circoscriva in alcun modo i poteri dell'Autorità procedente, viene resa possibile l'acquisizione di informazioni potenzialmente riferite a soggetti anche completamente estranei al sospettato⁸, soprattutto laddove ad essere perquisito fosse il domicilio non suo, ma solo di una persona da questi abitualmente frequentata. Se poi aggiungiamo che la legge nulla dice sulla conservazione e

dei reati».

⁵ Si legge infatti nel paragrafo 3 della decisione che «en vertu de l'article 34 de la Constitution la loi fixe les règles concernant les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques» e «dans le cadre de cette mission, il appartient au législateur d'opérer la conciliation nécessaire entre le respect des libertés et la sauvegarde de l'ordre public sans lequel l'exercice des libertés ne saurait être assuré».

⁶ Nel cui paragrafo 20 si afferma che «il appartient au législateur [...] notamment d'assurer la conciliation entre, d'une part, la sauvegarde de l'ordre public et la recherche des auteurs d'infractions, *toutes deux nécessaires à la protection de principes et de droits de valeur constitutionnelle* et, d'autre part, le respect de la vie privée et des autres droits et libertés constitutionnellement protégés» (corsivo nostro). Sulla decisione, cfr. P. COSTANZO, *La giurisprudenza del Conseil constitutionnel nel biennio 2003-2004*, in *Giur. cost.*, 2005, 4231 ss, spec. 4235.

⁷ Punto, quest'ultimo, su cui, come noto, vi è pure una importante giurisprudenza in ambito CEDU, per la quale v., per tutti, C. PAONESSA, *Gli obblighi di tutela penale*, Pisa, 2009; e F. VIGANÒ, *L'arbitrio del non punire. Sugli obblighi di tutela penale dei diritti fondamentali*, in *Studi in onore di Mario Romano*, vol. IV, Napoli 2011.

⁸ D'altra parte, come noto, il rischio di ledere diritti di un terzo totalmente estraneo ai fatti contestabili alla persona di cui si limita la segretezza delle comunicazioni è la ragione per cui l'art. 15 della nostra Costituzione esclude, per questa sola libertà, la possibilità di qualsivoglia deroga alla riserva di giurisdizione anche quando si versi in circostanze eccezionali: *ex plurimis*, v. A. PACE, *Art. 15*, in *Rapporti civili. Art. 13-20*, in G. BRANCA (cur.), *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, 1977, 106.

l'uso successivo dei dati così acquisiti, vi sono buone ragioni per ritenere che il bilanciamento operato dal legislatore tra diritto alla vita privata e sicurezza non sia conforme a Costituzione, non, però, *ex se*, bensì (e soltanto) perché non vi sono idonee garanzie a tutela dei soggetti cui si applicano le misure restrittive.

Ciò che merita apprezzamento nella pronuncia [n. 2016-536](#) è allora il fatto che il *Conseil* sembra essersi mantenuto in equilibrio senza cedere alle due posizioni estreme che si profilano abitualmente, anche nel nostro Paese, allorché si discute del rapporto tra *privacy* e sicurezza: quella di chi legge, in quest'ultima, una sorta di super principio che, in un giudizio di bilanciamento, porta «dietro di sé una posizione di priorità»⁹ e l'altra di chi, al contrario, afferma che «nel bilanciamento dei diritti, prevale sempre e comunque il diritto fondamentale del cittadino, anche di fronte al diritto allo svolgimento dell'indagine penale» dato che «vivere in uno Stato costituzionale vuol dire godere pienamente dei diritti di libertà, senza se e senza ma»¹⁰.

Inoltre, ci sembra che la soluzione data dal giudice costituzionale francese appaia non solo in linea con i propri precedenti, dove è ricorrente la giustificazione di misure restrittive del diritto alla vita privata per esigenze di polizia e di giustizia, purché vengano rispettati i criteri di necessità e proporzionalità¹¹, ma anche coerente con la più recente giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea. Si pensi, infatti, da ultimo, alla sentenza [C-362/14 Schrems](#), dove le ragioni della censura non si sostanziano in una critica alla possibilità di utilizzare dati per fini di sicurezza nazionale – motivazione che anzi può giustificare un'ingerenza nel diritto alla vita privata – ma risiedono (solo) nel fatto che la decisione impugnata permetteva l'accesso generalizzato a dati personali senza idonee garanzie, segnatamente giurisdizionali, di rispetto, ancora una volta, dei criteri di necessità e proporzionalità e, pertanto, in assenza di regole chiare e precise atte ad evitare abusi ed usi illeciti¹².

3. Ci si era peraltro inizialmente domandati quale effetto avrebbe potuto avere la decisione [n. 2016-536 QPC](#) sul progetto di legge costituzionale di protezione della Nazione, volto ad inserire l'*état d'urgence* nella Carta fondamentale. Una riforma, questa, che, come noto, aveva suscitato non poche reazioni contrarie¹³, tanto da indurre taluno ad auspicare, paradossalmente, che il giudice costituzionale avallasse *in toto* la legislazione vigente, nell'idea che questo potesse spingere il Governo ed il Parlamento a desistere dall'inserimento in Costituzione di siffatta ipotesi¹⁴. Ciò che, in realtà, si è poi verificato comunque, con il ritiro del progetto di legge il 30 marzo scorso.

Al riguardo, crediamo vada tuttavia rilevato che, se certamente vanno scongiurate riforme costituzionali di tipo “congiunturale”, specie ove rischino di tradursi in un uso demagogico della

⁹ Così, a titolo esemplificativo, G. CERRINA FERONI-G. MORBIDELLI, *La sicurezza: un valore superprimario*, in *Percorsi costituzionali*, n. 1/2008, 40 ss.

¹⁰ Come scrive, tra gli Autori riconducibili a tale orientamento, T. E. FROSINI, *Privacy: diritto fondamentale oppure no*, in [Federalismi.it](#), n. 16/2008, 3.

¹¹ Per un'analisi della giurisprudenza sul punto, cfr., da ultimo, D. RIBES, *Atteintes publiques et atteintes privées au droit au respect de la vie privée dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, in *Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, n. 48, 2015, spec. 4 ss.

¹² Nella stessa direzione, si veda già il precedente della pronuncia [C-293/12 Digital Rights Ireland](#), non a caso ampiamente richiamato nella sentenza citata nel testo, ove la direttiva 2006/24/CE sulla conservazione dei dati nell'ambito delle comunicazioni elettroniche è dichiarata invalida non perché permetteva ingerenze nel diritto alla vita privata per la finalità di lotta alla criminalità, che la Corte ritiene invece giustificabili, quanto per la mancanza di adeguate garanzie “compensative”. Sia consentito sul punto rinviare alle considerazioni già espresse in S. SCAGLIARINI, *La Corte di Giustizia bilancia diritto alla vita privata: alcuni pro e alcuni contra*, ne *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2014, 873 ss.

¹³ Per limitarci al dibattito dottrinario, si veda per esempio quanto scrivono O. BEAUD – C. GUÉRIN-BARGUES, *L'état d'urgence*, cit., 147, che considerano nulla le critiche, pure molto severe, da essi rivolte alla novella della legge sullo stato d'emergenza e alle decisioni del *Conseil constitutionnel* al confronto di un progetto di legge che, a loro dire, avrebbe rappresentato una vera e propria strumentalizzazione della Costituzione per fini di propaganda politica.

¹⁴ In tal senso si esprime P. CASSIA, *Perquisizioni amministrative et libertés constitutionnelles*, nella rivista telematica [Mediapart](#) del 19 gennaio 2016.

Carta fondamentale sull'onda emotiva suscitata da eventi drammatici, è pur vero che forse la costituzionalizzazione dell'*état d'urgence* avrebbe potuto rappresentare anche una opportunità¹⁵. Infatti, l'intervento del giudice di rue Montpensier che qui commentiamo si rivela particolarmente importante proprio perché, mentre afferma – *optimo iure* – che la prevenzione dei reati ed il mantenimento dell'ordine pubblico sono interessi costituzionali tutt'altro che recessivi, esso ricorda però anche come vi sia la necessità di rispettare determinati limiti a garanzia di diritti fondamentali pure nelle situazioni di emergenza. Laddove, come già rimarcato da diverse voci¹⁶, proprio la costituzionalizzazione della procedura in questione sarebbe potuta risultare opportuna, in questa prospettiva, ove fosse divenuta l'occasione per fissarne i paletti minimi allo scopo di scongiurare futuri abusi ed evitare di lasciare *in toto* alla discrezionalità del legislatore la regolazione di questa procedura emergenziale e la possibilità di modificarla caso per caso. E in effetti, alla luce delle modifiche subite dal testo durante i lavori parlamentari, ci pare che questa fosse proprio la strada che si stava percorrendo, sia pure in misura forse non ancora del tutto sufficiente: perlomeno finché il progetto non si è incagliato, finendo per affondare, sugli scogli della sanzione della perdita della cittadinanza, prevista dall'art. 2 del progetto stesso, che si è rivelata un ostacolo politico insormontabile per il Presidente Hollande, tanto da costringerlo a ritirare l'intero progetto di riforma.

¹⁵ La delicata situazione in parola è, come noto, attualmente disciplinata dalla legge ordinaria n. 55-385 del 3 aprile 1955 e succ. mod. “*relative à l'état d'urgence*”, Sulla problematica degli stati di “eccezione” in Francia, cfr. P. COSTANZO, *La “nuova” Costituzione della Francia*, Torino, 2009, 166 ss.

¹⁶ Come quelle di P. ROSANVALLON, *Constitutionnaliser l'exception, c'est limiter les risques de débordement*, in *Le Monde*, 3 dicembre 2015; e di J. DEROSIER, *Un régime d'exception qui renforce l'état de droit et la démocratie*, *ivi*, 1° febbraio 2016.

Danilo Diaco*

Gli effetti temporali delle decisioni di incostituzionalità tra Legge fondamentale e diritto costituzionale vivente

SOMMARIO: 1. *Introduzione* - 2. *Tecniche decisorie volte a limitare gli effetti delle dichiarazioni di incostituzionalità. Premessa* - 2.1. (segue). *Limiti “intrinseci” agli effetti retroattivi della pronuncia di incostituzionalità; rapporti esauriti, prescrizione, decadenza* - 2.2. (segue). *Limiti verso il passato: i casi di incostituzionalità sopravvenuta e di incostituzionalità differita* - 2.3. (segue). *Limiti verso il futuro: le decisioni monitorie e l’incostituzionalità accertata ma non dichiarata* - 3. *Effetti nel tempo delle decisioni di accoglimento nella più recente giurisprudenza costituzionale. Uno sguardo d’insieme.* - 3.1. *La [sentenza n. 10 del 2015](#): una decisione di accoglimento con clausola di irretroattività* - 3.1.1. *La decisione della Corte* - 3.1.2. *Riflessioni dottrinali* - 3.2. *La [sentenza n. 70 del 2015](#): un caso di incostituzionalità (solo apparentemente?) retroattiva* - 3.2.1. *La decisione della Corte* - 3.2.2. *Riflessioni dottrinali* - 3.3. *La [sentenza n. 178 del 2015](#): un caso di incostituzionalità sopravvenuta* - 3.3.1. *La decisione della Corte* - 3.3.2. *Riflessioni dottrinali* - 3.4. *Un confronto tra le pronunce [nn. 10, 70 e 178 del 2015](#): profili differenziali ed affinità* - 4. *Conclusioni*

1. Introduzione

Il tema della possibile modulazione degli effetti delle sentenze di accoglimento della Corte costituzionale è tornato prepotentemente al centro del dibattito dottrinale (e non solo) a seguito di alcune pronunce adottate nel corso del 2015.

Il pensiero corre alle decisioni [nn. 10, 70 e 178 del 2015](#) che sono state oggetto di commenti, a volte poco “dottrinali”, formulati nell’immediatezza della loro adozione, forse senza un’adeguata riflessione che avrebbe potuto condurre, oltre che alla segnalazione dei profili problematici, alla comprensione delle ragioni delle scelte del Giudice delle leggi.

Nelle citate occasioni, la Corte si è occupata di disposizioni inerenti a diversi settori dell’ordinamento – tributario, pensionistico e del pubblico impiego – ma tra loro accomunate dalla finalità di salvaguardare esigenze di bilancio (tramite un aumento delle entrate o una diminuzione della spesa). Le tre pronunce potenzialmente avrebbero potuto rappresentare altrettanti casi di cosiddette “sentenze di spesa” e, nell’eventualità di un intervento caducatorio tradizionale, avrebbero rischiato di provocare un non trascurabile danno al bilancio dello Stato.

Dal punto di vista classificatorio, come si avrà modo di mettere in rilievo nel prosieguo della trattazione, va evidenziata la loro appartenenza a tre differenti categorie dottrinali: la [sentenza n. 10](#) costituisce un esempio di “incostituzionalità differita”; la [sentenza n. 70](#), almeno formalmente, si inserisce tra le decisioni di incostituzionalità secca, quindi con effetti c.d. retroattivi; la [sentenza n. 178](#), infine, rientra nell’alveo delle pronunce di “incostituzionalità sopravvenuta”.

Nel dare conto dei profili problematici che le decisioni menzionate pongono all’interprete, è importante non cedere alla tentazione di aderire acriticamente all’orientamento favorevole o contrario al riconoscimento in capo alla Corte del potere di limitare gli effetti temporali delle proprie pronunce. Il metodo di studio più corretto, allora, sembra essere quello volto all’analisi del contenuto delle sentenze al fine di comprenderne la *ratio*, ponendosi l’interrogativo se le asserite lacune o imprecisioni (soprattutto dei rispettivi dispositivi) siano effettivamente tali o se, al contrario, siano più apparenti che reali e, comunque, superabili attraverso gli ordinari criteri interpretativi.

* *Consigliere del Servizio Studi e Massimario della Corte costituzionale della Repubblica italiana.*

2. *Tecniche decisorie volte a limitare gli effetti delle dichiarazioni di incostituzionalità. Premessa.*

Le decisioni con le quali una legge viene dichiarata in contrasto con la Costituzione, a differenza di quanto accade con le pronunce di rigetto¹, producono non solo effetti *erga omnes*, ma anche *ex tunc*, cioè retroattivi (salvo quanto si dirà nel prosieguo del lavoro)². Nel nostro sistema di giustizia costituzionale sembra ormai costituire *jus receptum* l'affermazione secondo la quale tali pronunce producono effetti tanto per il passato quanto per il futuro.

In taluni casi, tuttavia, gli effetti temporali che dovrebbero derivare dalle pronunce appaiono, alla stessa Corte, eccessivi (tanto per il passato quanto per il futuro).

Da un lato, è necessario garantire, allora, i soggetti danneggiati dalla disciplina riconosciuta in contrasto con la Costituzione senza ledere i diritti acquisiti in passato da altri soggetti che potrebbero subire effetti pregiudizievoli in caso di disapplicazione generalizzata della normativa dichiarata incostituzionale (come previsto dall'articolo 30, comma 3, della [legge 11 marzo 1953, n. 87](#), che ha reso esplicito quanto *in nuce* contenuto nella scelta per la via di accesso incidentale da parte della [l. cost. n. 1/1948](#)).

Dall'altro lato, si pone la necessità di limitare eventuali danni che potrebbero prodursi in futuro a causa del vuoto normativo (anch'esso eventuale) determinato dall'immediata cessazione di efficacia della disciplina riconosciuta illegittima ai sensi dell'[articolo 136 della Costituzione](#)³.

Diversamente da quanto accade in altri ordinamenti⁴, in Italia non è possibile riscontrare una disciplina giuridica sulla limitazione degli effetti temporali delle decisioni della Corte, né a livello costituzionale né di legge ordinaria⁵. La ricostruzione del sistema, pertanto, deve basarsi sulle riflessioni e sulle classificazioni elaborate dalla dottrina, legate al «ricco strumentario processuale, solo in parte figlio del diritto positivo e in larga misura frutto di una lunga

¹ Con le decisioni di rigetto la Corte si limita a respingere la questione così come formulata dal giudice rimettente, senza conferire alla normativa un crisma di conformità a Costituzione (la pronuncia è sulla questione e non sulla legge): esse producono effetti solo *inter partes*, e non *erga omnes*, comportando quale unico effetto giuridico quello di precludere al medesimo giudice *a quo* di riproporla nello stesso stato e grado di quel giudizio.

² R. PINARDI, *La Corte, i giudici e il legislatore*, Milano, 1993, 21 ss., dubita che con riferimento alle pronunce di incostituzionalità «il termine "retroattiva" venga utilizzato in maniera rigorosa». L'Autore, ricordando il dibattito culturale che si è svolto sul tema ed evidenziando, in particolare, quella tesi che distingue tre diversi modi di essere dell'efficacia nel tempo delle norme giuridiche, parla di «un'efficacia retroattiva (in senso stretto), intesa come collegamento di effetti giuridici a fatti anteriori all'entrata in vigore della legge e per un tempo del pari anteriore; di un'efficacia immediata (o irretroattiva), intesa come ipotesi speculare alla prima, e cioè come applicazione della nuova legge non solo alle situazioni future, ma anche a quelle pregresse tuttora sub iudice; e di un'efficacia differita, in virtù della quale la nuova norma viene applicata esclusivamente alle fattispecie future, continuando invece le situazioni pendenti ad essere regolate dalla vecchia disciplina». L'Autore, allora, conclude ritenendo che per l'efficacia nel tempo delle sentenze della Corte «si dovrebbe parlare, a rigore, non tanto di un'efficacia "retroattiva" della dichiarazione di illegittimità costituzionale, quanto piuttosto di un'efficacia immediata (o irretroattiva)». Vi sarebbe, in altri termini, una sostanziale assimilazione della sentenza di accoglimento alla pronuncia di annullamento, in quanto essa sanziona con valore costitutivo il vizio di cui è affetta la legge stessa. Sul tema si veda F. MODUGNO, voce *Annulabilità e annullamento*, I) *Diritto pubblico*, in *Enc. Giur.*, 1988.

³ L'esposizione delle due diverse ipotesi, si fonda, anche da un punto di vista terminologico, su quella impostazione teorica (sostenuta, tra gli altri, da G. Zagrebelsky) che, immaginando un sistema complesso nella regolamentazione degli effetti della Corte, ne fa discendere la loro applicazione per le situazioni future dalla prescrizione dell'[articolo 136 della Costituzione](#), e dall'[articolo 30 della legge n. 87 del 1953](#) per quelle passate.

⁴ Per una disamina più ampia della disciplina della materia in altri ordinamenti giuridici, si vedano, tra gli altri, A. CERRI, *Corso di giustizia plurale*, Giuffrè, Milano, 2012, 298 ss.; A. RUGGERI - A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, cit., 182; R. PINARDI, *La Corte, i giudici e il legislatore*, cit., 152 ss.; M. RUOTOLO, *La dimensione temporale dell'invalidità della legge*, Cedam, 2000, 301 ss.

⁵ Al riguardo si veda il recente disegno di legge recante "Modifiche alla legge 11 marzo 1953, n. 87, e alla legge 31 dicembre 2009, n. 196, in materia di istruttoria e trasparenza dei giudizi di legittimità costituzionale" ([A.S. 1952](#) - presentato in data 9 giugno 2015).

evoluzione giurisprudenziale»⁶, utilizzato dalla Corte per affrontare le problematiche di volta in volta sollevate.

La mancata previsione di strumenti e meccanismi tali da permettere alla Corte di modulare gli effetti delle pronunce di accoglimento sul sistema normativo ha favorito la nascita di un acceso dibattito dottrinale.

L'alternativa secca tra rigetto e accoglimento, per alcuni autori dovuta all'«*ingenuità dei costituenti*»⁷, sembra, infatti, affrontare il tema «*in termini troppo schematici e rigidi, lontani dalla realtà dei problemi che si pongono ad un organo di giustizia costituzionale*»⁸.

Secondo una attenta dottrina⁹, anche per l'assenza di una modifica normativa in tal senso¹⁰, non è ravvisabile in capo alla Corte alcun potere di manipolazione degli effetti delle proprie pronunce. Dall'analisi dei casi concreti, «*la Corte sembra piuttosto fare un uso implicito di principi*»¹¹ che potrebbero limitare l'incostituzionalità, con riferimento alle materie specifiche»; in altri termini, tali ipotesi «*potrebbe[ro] essere considerat[e] nel quadro di una corrispondenza di applicazione di principi comuni fra giudici e Corte, anziché come autonomo apprezzamento sulla portata temporale della decisione stessa, da parte del giudice costituzionale, in violazione del ruolo dei giudici comuni*»¹².

Tuttavia, già da una valutazione delle posizioni espresse negli interventi degli autorevoli partecipanti al Seminario svoltosi presso il Palazzo della Consulta sugli «*Effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale*»¹³, si può concludere per l'emersione – «*a parte talune più radicali posizioni di chiusura a qualsiasi ipotesi di manovra (de iure condito) sugli effetti delle decisioni costituzionali di accoglimento*» – di un «*un orientamento di fondo tendenzialmente favorevole all'opponibilità di un dies a quo in pronunzie siffatte*»¹⁴.

⁶ M. LUCIANI, *La modulazione degli effetti nel tempo delle sentenze di accoglimento: primi spunti per una discussione sulla Corte costituzionale degli anni novanta*, in AA.VV., *Effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale anche con riferimento alle esperienze straniere* (Atti del seminario svoltosi in Roma, Palazzo della Consulta, il 23 e 24 novembre 1988), Milano, 1989, 107.

⁷ F. MODUGNO, *La Corte costituzionale oggi*, in G. LOMBARDI (a cura di), *Costituzione e giustizia costituzionale nel diritto comparato*, Rimini, 1985, 28.

⁸ L. PALADIN, *La tutela delle libertà fondamentali offerta dalle Corti costituzionali europee: spunti comparatistica*, in L. CARLASSARE (a cura di) *Le garanzie giurisdizionali dei diritti fondamentali*, Padova, 1988, 22.

⁹ M. D'AMICO, *Un nuovo modello di sentenza costituzionale?*, in *Giur. cost.*, 1993; M. D'AMICO, *La limitazione degli effetti retroattivi delle sentenze costituzionali nei rapporti fra la Corte e i giudici comuni*, in *La Corte costituzionale e gli altri poteri dello Stato*, a cura di A. ANZON - B. CARAVITA - M. LUCIANI - M. VOLPI, Giappichelli, Torino, 1993; S. FOIS, *Considerazioni sul tema*, in AA.VV., *Effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale anche con riferimento alle esperienze straniere* (Atti del seminario svoltosi in Roma, Palazzo della Consulta, il 23 e 24 novembre 1988), Milano, 1989, 37, testualmente afferma che «*il potere della Corte di disporre dell'efficacia temporale (...) non solo non risulta previsto da nessuna norma di livello costituzionale, ma sembra addirittura escluso dal combinato disposto (...) dell'art. 136 e dell'art. 1 l. cost. del 1948*».

¹⁰ Vedi quanto sostenuto da F. MODUGNO, *Considerazioni sul tema*, in AA.VV., *Effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale anche con riferimento alle esperienze straniere* (Atti del seminario svoltosi in Roma, Palazzo della Consulta, il 23 e 24 novembre 1988), Milano, 1989, 13, secondo il quale «*se la Corte dichiarasse pro parte l'incostituzionalità dell'art. 30, in quanto non consente neppure ad essa medesima di limitare l'applicabilità, ad opera del giudice, della legge dichiarata illegittima, il problema sarebbe avviato a soluzione ma non ancora risolto*».

¹¹ Tra questi tradizionali principi di diritto possono ricordarsi lo *ius superveniens*; in materia processuale il *tempus regit actum*; in ambito amministrativo il funzionario di fatto. M. D'AMICO, *La limitazione degli effetti retroattivi delle sentenze costituzionali nei rapporti fra la Corte e i giudici comuni*, cit., 52, ricorda, in particolare, che il principio del *tempus regit actum* «*viene definito dalla stessa giurisprudenza comune come limite "naturale" alla retroattività delle decisioni di incostituzionalità*» (v. Cass. Pen., 16 febbraio 1984, in Cass. Pen., 1984, 2435).

¹² M. D'AMICO, *La limitazione degli effetti retroattivi delle sentenze costituzionali nei rapporti fra la Corte e i giudici comuni*, cit., 53.

¹³ Seminario svoltosi in Roma, Palazzo della Consulta, il 23 e 24 novembre 1988.

¹⁴ M. R. MORELLI, *Esiti del seminario*, in AA.VV., *Effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale anche con riferimento alle esperienze straniere* (Atti del seminario svoltosi in Roma, Palazzo della Consulta, il 23 e 24 novembre 1988), Milano, 1989, 417, sottolineava che l'orientamento tendenzialmente favorevole all'opponibilità di un *dies a quo* alle pronunzie di accoglimento non appariva monolitico: al suo interno era possibile individuare da

2.1. (segue). *Limiti “intrinseci” agli effetti retroattivi della pronuncia di incostituzionalità; rapporti esauriti, prescrizione, decadenza.*

Procedendo nella trattazione dei possibili limiti agli effetti della pronuncia di incostituzionalità, sembra opportuno ribadire che la loro efficacia retroattiva non è illimitata ma presuppone che i rapporti su cui la decisione può produrre effetti siano ancora *pendenti*, cioè suscettibili di essere azionati in un giudizio. Laddove tali rapporti siano esauriti, invece, l’incostituzionalità non produce alcun effetto, prevalendo ragioni di certezza del diritto sullo stesso principio di legalità costituzionale

L’individuazione delle diverse ipotesi che determinano un “*limite intrinseco*” alle pronunce della Corte, non è una questione di diritto costituzionale processuale, ma attiene piuttosto alle regole che disciplinano i diversi settori dell’ordinamento giuridico¹⁵; «*non si tratta infatti di limiti che coinvolgono in qualche modo la Corte; vengono piuttosto vissuti dal sistema come ineludibili accidenti legali, quasi delle pure forme, esterni alla dimensione del valore*»¹⁶.

I principali meccanismi che determinano la chiusura di un rapporto giuridico, tale da impedirne ogni possibile sua azionabilità in giudizio, sono rappresentati dal giudicato¹⁷, il quale, fissando definitivamente quanto statuito nella sentenza, impedisce ogni ipotesi di ulteriore impugnazione; dalla prescrizione del diritto, che ne determina l’estinzione quando il titolare non lo esercita per un certo periodo di tempo; dalla decadenza, che determina la perdita della possibilità di esercitare un diritto per non aver compiuto un determinato atto entro uno specifico termine fissato; dal principio del “*tempus regit actum*”¹⁸; dall’inoppugnabilità dell’atto amministrativo.

2.2. (segue). *Limiti verso il passato: i casi di incostituzionalità sopravvenuta e di incostituzionalità differita.*

Da un punto di vista descrittivo le decisioni manipolative della Corte per il passato (*pro praeterito*) sono quelle che, per ragioni di convenienza ed opportunità, mirano a limitare gli effetti retroattivi delle sentenze di accoglimento, evitando la disapplicazione generalizzata della normativa censurata che sarebbe imposta dall’articolo 30, comma 3, della [legge n. 87 del 1953](#).

un lato coloro che ravvisavano il fondamento del potere di disposizione (dei profili temporali) delle decisioni della Corte nella necessità di un bilanciamento di tali effetti con le esigenze di buon andamento dell’Amministrazione (Pizzorusso) o con valori fondamentali (Luciani, Modugno), individuando il correlativo limite nella necessaria sussistenza di una congrua motivazione (Martines, Barile, Cervati); dall’altro lato coloro che, contestando l’ammissibilità di un tale “potere di disposizione” hanno giustificato la contraibilità dell’effetto retroattivo solo in correlazione all’eventuale incostituzionalità (non originaria, ma) sopravvenuta della norma in questione (Zagrebelsky, Caravita, Onida, D’Orazio, Sorrentino, Luciani, Cerri).

¹⁵ G. ZAGREBELSKY – V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, cit., 352-353.

¹⁶ C. MEZZANOTTE, *Il contenimento della retroattività degli effetti delle sentenze di accoglimento come questione di diritto costituzionale sostanziale*, cit., 42.

¹⁷ Diversa regola vale per la materia penale. L’articolo 30, u.c., della [legge n. 87 del 1953](#), infatti, stabilisce che laddove una condanna, anche se passata in giudicato, sia stata pronunciata sulla base di una norma poi dichiarata incostituzionale, cessa l’esecuzione della sentenza stessa e tutti gli effetti penali. La norma testualmente statuisce che “*Quando in applicazione di una norma dichiarata incostituzionale è stata pronunciata sentenza irrevocabile di condanna, ne cessano la esecuzione e tutti gli effetti penali*”.

¹⁸ M. D’AMICO, *La limitazione degli effetti retroattivi delle sentenze costituzionali nei rapporti fra la Corte e i giudici comuni*, cit., 52, ricorda, in particolare, che il principio del *tempus regit actum* «viene definito dalla stessa giurisprudenza comune come limite “naturale” alla retroattività delle decisioni di incostituzionalità» (v. Cass. Pen., 16 febbraio 1984, in Cass. Pen., 1984, 2435).

Per raggiungere tale scopo, esse cercano di «avvicinare dal passato al presente la produzione degli effetti invalidanti ricollegabili all'annullamento della disciplina censurata»¹⁹ e tendono a «realizzare una transizione tra il vecchio e il nuovo regime il più possibile rispettosa delle situazioni soggettive già venute ad esistenza»²⁰.

In tal senso, diversamente dagli interventi volti a limitare *pro futuro* gli effetti delle decisioni, è facile comprendere che l'attività della Corte interseca quella degli altri giudici, specie quelli di merito, col conseguente rischio di contrasti o contraddizioni²¹.

All'interno della categoria delle decisioni manipolative *pro praeterito* è possibile operare una *summa divisio* tra le cosiddette decisioni di *incostituzionalità sopravvenuta* e le pronunce di *incostituzionalità differita*. Le due categorie, pur caratterizzate da alcuni profili simili, soprattutto perché precludono il normale prodursi degli effetti retroattivi dell'accoglimento, presentano, tuttavia, importanti differenze, specie con riferimento al carattere, sopravvenuto o originario, dell'incostituzionalità di cui è affetta la normativa censurata²².

Con l'espressione decisioni di incostituzionalità sopravvenuta²³ si è soliti fare riferimento alle sentenze con le quali la Corte, pur accogliendo una questione di legittimità costituzionale, ne limita gli effetti caducatori²⁴: questi ultimi, di conseguenza, «riguardano non tutto l'arco

¹⁹ R. PINARDI, *La Corte, i giudici e il legislatore*, cit., 38.

²⁰ G. ZAGREBELSKY, *Il controllo da parte della Corte costituzionale degli effetti temporali delle sue pronunce*, in *Quaderni costituzionali*, 1989, 69.

²¹ Infatti, la segmentazione dell'efficacia temporale delle "norme" – che rappresenta un presupposto necessario per operare una qualsivoglia manipolazione degli effetti delle pronunce della Corte – prescinde da ogni riferimento al materiale normativo effettivamente esistente dal quale, invece, non possono discostarsi i giudici di merito. Questi ultimi potrebbero pretendere di applicare le "disposizioni" indipendentemente o in contrasto con la pronuncia di accoglimento: essi, infatti, diversamente dalla Corte, non possono ignorare il "materiale normativo" in quanto, in ossequio al principio di legalità di cui all'[articolo 101 della Costituzione](#), devono in qualche modo riferirsi a specifiche disposizioni della legge ordinaria per risolvere i casi concreti sottoposti alla loro attenzione. Sul punto si veda S. FOIS, *Considerazioni sul tema*, cit., 32- 33: «il "materiale" offerto dalla (dalle) "disposizioni" non offrirebbe il benché minimo appiglio tale da vincolare l'interprete ad un'operazione che abbia una qualche parvenza di legalità: in realtà proprio perché mancherebbe ogni "appiglio" del genere, l'operazione del presunto interprete diventerebbe, in definitiva, non solo ampiamente discrezionale, ma addirittura arbitraria». Anche sulla base di queste riflessioni, l'Autore conclude per la negazione in capo alla Corte costituzionale di un potere di modulazione degli effetti delle proprie pronunce.

²² Tecnicamente, solo nelle pronunce di incostituzionalità differita vi è un modulazione degli effetti mentre nelle ipotesi di incostituzionalità sopravvenuta il vizio sopravviene dopo l'entrata in vigore della normativa censurata, con la conseguenza che gli effetti dell'incostituzionalità non possono che decorrere da tale momento. Non si può negare tuttavia che, in taluni casi, i due strumenti siano stati usati in modo fungibile.

²³ In considerazione del fatto, poi, che si ammette generalmente la scindibilità nel tempo delle diverse norme ricavate dal medesimo testo (base teorica sia dell'incostituzionalità sopravvenuta che, come si vedrà, di quella differita), sono, altresì, astrattamente configurabili decisioni di costituzionalità sopravvenuta; sarebbero, in ultima analisi, ipotesi inverse rispetto a quelle di incostituzionalità sopravvenuta, nelle quali la Corte dichiara, da un lato, che la disciplina denunciata dal giudice *a quo* risultava originariamente illegittima, ma, dall'altro lato, che la medesima normativa si è venuta poi conformando al dettato costituzionale a seguito della rimozione del fondamento giuridico su cui poggiava la sua preesistente incostituzionalità. Sul punto, vedi R. PINARDI, *La Corte, i giudici e il legislatore*, cit., 68 ss.

²⁴ S. P. PANUNZIO, *Incossituzionalità «sopravvenuta», incossituzionalità «progressiva» ed effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale*, in *Effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale anche con riferimento alle esperienze straniere* (Atti del seminario svoltosi in Roma, Palazzo della Consulta, il 23 e 24 novembre 1988), Milano, 1989, 273 ss.; R. PINARDI, *Il processo costituzionale: la tipologia delle decisioni. Le decisioni di "incossituzionalità sopravvenuta" e di "incossituzionalità differita" e le tecniche monitorie*, in *Il Foro italiano*, 1998, 156 ss.; R. PINARDI, *Le decisioni di «incossituzionalità sopravvenuta», di «incossituzionalità differita» e le tecniche monitorie*, in *Foro it.*, 1998, coll. 156-160 (v. sub I); M. R. MORELLI, *Declaratoria di illegittimità "dal momento in cui". Genesi e fondamento di una nuova tipologia di decisioni costituzionali di accoglimento*, in *Giur. cost.*, 1988, 512 ss.; M. R. MORELLI, *Incossituzionalità «sopravvenuta» (anche a «ridosso di precedenti pronunzie monitorie, per successiva inerzia del legislatore») e declaratorie di illegittimità «dal momento in cui» (ovvero anche ex nunc). Alla ricerca di nuove tipologie di decisioni costituzionali di accoglimento, al di là del dogma della retroattività dell'effetto*, in AA. VV., *Effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale*

temporale di vigenza della legge, ma solo un segmento terminale dello stesso»²⁵. All'interno della categoria, vista la sua eterogeneità, si individuano due differenti ipotesi rappresentate dalle sentenze di illegittimità sopravvenuta in senso classico (o in senso stretto) e in senso lato²⁶.

Si parla di incostituzionalità sopravvenuta in senso classico (o in senso stretto) solitamente per indicare le ipotesi nelle quali la Corte accoglie la questione di legittimità con riferimento ad un parametro costituzionale sopravvenuto, cioè successivo all'entrata in vigore della norma censurata. Pur potendosi ricomprendere nella categoria anche le ipotesi in cui la sopravvenienza riguardi una normativa ordinaria interposta – cioè una disciplina legislativa alla quale la Costituzione fa espresso rinvio, e la cui violazione si traduce in una violazione, seppur indiretta, della stessa Costituzione – l'ipotesi più significativa ricorre nel caso di entrata in vigore di un nuovo testo costituzionale (o parte di esso)²⁷.

Con l'espressione incostituzionalità sopravvenuta in senso lato si intende indicare i casi in cui la sopravvenienza del vizio (rispetto al momento della entrata in vigore della normativa censurata) non è dovuta al sopraggiungere di un nuovo parametro costituzionale o di una nuova norma interposta, quanto per altre ragioni, spesso legate ad un nuovo bilanciamento tra valori costituzionali²⁸.

In questi casi si è anche parlato di incostituzionalità progressiva per evidenziare l'esistenza di «una lunga marcia nell'attuazione di valori costituzionali nell'ordinamento». Vi è, dunque, una «gradualità nel dispiegarsi e nell'imporsi dei valori costituzionali»: ciò che qualche tempo prima rappresentava «uno scarto ancora tollerabile fra la prescrizione legislativa e il valore costituzionale non ancora tutto spiegato, ad un certo punto non lo è più»²⁹. Resta aperto il

anche con riferimento alle esperienze straniere (Atti del seminario svoltosi in Roma, Palazzo della Consulta, il 23 e 24 novembre 1988), Milano, 1989, 171 ss.

²⁵ A. RUGGERI - A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, cit., 184.

²⁶ La classificazione proposta non è unanimemente condivisa in dottrina; così, ad esempio, R. PINARDI, *La Corte, i giudici e il legislatore*, cit., 40 e ss. sembra indicare quale unica vera ipotesi di illegittimità sopravvenuta il caso della sopravvenienza di un parametro costituzionale o di una normativa ordinaria interposta. L'Autore, poi, pare configurare l'incostituzionalità sopravvenuta in senso stretto quale categoria residuale all'interno della quale far rientrare tutte le ipotesi in cui la Corte accerta e dichiara che il contrasto tra la legge ordinaria e un precetto costituzionale ad essa non sopravvenuto si è determinato in un momento successivo rispetto a quello dell'entrata in vigore della disciplina censurata. All'interno di quest'ultima, sarebbe possibile distinguere due distinte sub-categorie: da un lato vi sarebbero i casi in cui il sopraggiungere del vizio appare ascrivibile ad un accadimento puntuale e ben determinato, e come tale univocamente collocabile in un preciso momento temporale che potrebbe coincidere anche con una pronuncia della stessa Corte (ad esempio nel caso di adozione di una sentenza additiva di prestazione che dovesse rendere insufficiente la copertura finanziaria prevista dalla legge di spesa poiché originariamente non erano contemplate tali ipotesi); dall'altro lato, infine, vi sarebbero casi in cui l'insorgenza del vizio «sembra dipendere non tanto da un evento specifico e ben individuato, quanto piuttosto da vicende per la cui concreta maturazione è risultato necessario il decorso di un certo periodo di tempo», con la conseguente difficoltà di stabilire con precisione il momento esatto in cui si determina il contrasto tra norma ordinaria e parametro costituzionale (da qui la maggiore discrezionalità nella decisione della Corte).

²⁷ È quanto si è verificato anche in Italia con l'approvazione della Costituzione del 1948, che ha fatto nascere due principali profili problematici relativi sia alla questione degli effetti delle leggi sorte in epoca anteriore all'ordinamento repubblicano ed incompatibili con i suoi valori fondanti, sia a quella dei limiti alla retroattività delle sentenze della Corte che di tali leggi dichiarano l'incostituzionalità.

²⁸ Più in particolare, si tratta dei casi in cui il vizio sopravvenuto è riconducibile ad un accadimento preciso, puntuale e, come tale, facilmente collocabile da un punto di vista temporale (a titolo esemplificativo, vengono solitamente indicate le [decisioni nn. 119 del 1981](#), [398 del 1989](#), [448 del 1991](#), [416 del 1992](#)); in altri casi, invece, il vizio non scaturisce da un evento specifico e di facile individuazione, quanto piuttosto da vicende più complesse, per la cui maturazione è necessario il decorso di un certo lasso di tempo, con conseguente maggiore grado di discrezionalità in capo alla Corte in ordine all'individuazione dell'esatto momento di venuta ad esistenza.

²⁹ S. P. PANUNZIO, *Incostituzionalità «sopravvenuta», incostituzionalità «progressiva» ed effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale*, in AA.VV., *Effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale anche con riferimento alle esperienze straniere* (Atti del seminario svoltosi in Roma, Palazzo della Consulta, il 23 e 24 novembre 1988), Milano, 1989), 279.

problema relativo all'individuazione dell'esatto momento in cui il valore costituzionale si è completamente spiegato e, quindi, la legge è diventata incostituzionale³⁰.

Il risultato finale è il medesimo al quale si perviene nel caso di illegittimità sopravvenuta in senso stretto: gli effetti caducatori, anche in tal caso, non riguardano tutto l'arco temporale di vigenza della disciplina dichiarata in contrasto con la Costituzione, ma solo una parte terminale di esso; tuttavia, importante elemento di diversità consiste nel fatto che nel caso ora in esame la Corte giudica la normativa non solo illegittima da un certo determinato momento ma anche legittima per il periodo precedente.

Il ragionamento logico-giuridico alla base di questo tipo di decisioni presenta analogie con l'*iter* argomentativo che caratterizza le pronunce di «accoglimento parziale» nelle quali la Corte ha mostrato di «*poter scindere il nucleo oggettivo della norma denunciata, per isolarne il singolo frammento, cui limitare la declaratoria di illegittimità*»³¹. Infatti, sia nelle ipotesi di illegittimità sopravvenuta che nei casi di illegittimità parziale, la disposizione censurata viene distinta in due diversi frammenti normativi, di cui solo uno considerato in contrasto con la Costituzione. Tuttavia permane nei due casi un'importante differenza: mentre nel caso della declaratoria di illegittimità parziale l'attività interpretativa dei Giudici avviene su un piano sincronico, nell'ipotesi della sopravvenienza del vizio di illegittimità la medesima attività opera su un piano diacronico. Difatti, la formula utilizzabile per le pronunce di illegittimità sopravvenuta «*– parafrasando quella già utilmente sperimentata per le sentenze di accoglimento parziale – potrebbe risolversi in una declaratoria di illegittimità della norma impugnata “dal momento in cui”*»³².

La seconda categoria di decisioni che determinano una modulazione *pro praeterito* degli effetti delle pronunce di accoglimento è quella delle sentenze di incostituzionalità differita³³.

Le caratteristiche principali di questo tipo di decisioni emergono con evidenza dal raffronto con la categoria dell'illegittimità sopravvenuta.

In primo luogo, similmente a quest'ultima, anche nel caso di incostituzionalità differita la Corte, allontanando gli effetti della dichiarazione di incostituzionalità, «*avvicina dal passato al presente il dies a quo*»: in entrambi i casi, infatti, è riscontrabile la medesima premessa teorica costituita dalla possibilità di interpretare in termini diacronici le disposizioni legislative³⁴.

³⁰ Rientrano in tali ultime ipotesi, i casi di mutamento della “coscienza sociale” ([sentenze n. 64 del 1961](#) e [n. 126 del 1968](#)), di innovazioni di carattere tecnico-scientifico ([sentenze n. 225 del 1974](#) e [n. 202 del 1976](#)), di mutamenti economico-finanziari ([sentenza n. 89 del 1992](#)), nonché i casi nei quali vengono meno le condizioni temporanee ed eccezionali che rendevano legittima la norma ([sentenza n. 124 del 1991](#)) e quelli nei quali si riscontra una trasformazione graduale del quadro normativo ([sentenza n. 8 del 1976](#)).

³¹ M. R. MORELLI, *Incostituzionalità sopravvenuta e dichiarazione di illegittimità «dal momento in cui»*. *Spunti sull'ammissibilità di una nuova ipotesi tipologica di decisione costituzionale di accoglimento parziale*, in *Giust. civ.*, 1987, 776.

³² M. R. MORELLI, *ibidem*.

³³ In dottrina si veda, tra gli altri, M. LUCIANI, *La modulazione degli effetti nel tempo delle sentenze di accoglimento: primi spunti per una discussione sulla Corte costituzionale degli anni novanta*, in AA.VV., *Effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale anche con riferimento alle esperienze straniere* (Atti del seminario svoltosi in Roma, Palazzo della Consulta, il 23 e 24 novembre 1988), Milano, 1989, 113; R. PINARDI, *Il processo costituzionale: la tipologia delle decisioni. Le decisioni di “incostituzionalità sopravvenuta” e di “incostituzionalità differita” e le tecniche monitorie*, in *Il Foro italiano*, 1998, 156 ss. Quanto alle decisioni della Corte che, di solito, vengono indicate come rientranti in tale categoria si possono ricordare a titolo esemplificativo le [decisioni nn. 226 del 1988](#), [501 del 1988](#), [50 del 1989](#), [1 del 1991](#), [13 del 2004](#). Per una disamina più approfondita delle varie questioni decise dalla Corte con tali pronunce, tra gli altri R. PINARDI, *La Corte, i giudici e il legislatore*, cit., 54 ss.

³⁴ R. PINARDI, *ivi*, 53 ss. A ben vedere, tale impostazione teorica sembrerebbe essere più calzante per le ipotesi dell'incostituzionalità sopravvenuta: nei casi di incostituzionalità differita, infatti, non vi sarebbe un'interpretazione diacronica della disposizione poiché il vizio è originario (la norma, quindi, è illegittima sin dall'inizio) ma per contemperare altre esigenze si procede ad un bilanciamento “esterno” che non riguarda il piano del merito della questione ma opera solo sul piano degli effetti della decisione.

In secondo luogo, entrambe le tipologie conducono al medesimo risultato finale: la decorrenza degli effetti della dichiarazione di incostituzionalità da un momento diverso, rispetto a quello dell'entrata in vigore della normativa censurata.

Ciononostante, molti (e sicuramente più interessanti) sono i profili di differenziazione.

Nelle pronunce di incostituzionalità differita, infatti, pur decorrendo gli effetti da un momento successivo rispetto all'entrata in vigore della norma, la Corte non ne individua la decorrenza dal momento in cui il vizio è sorto, ma da uno differente (e successivo).

Diversi sono, inoltre, i percorsi logici seguiti e le argomentazioni sviluppate nelle due tipologie di pronunce.

Nelle ipotesi di incostituzionalità sopravvenuta, a rigore, non si dovrebbe parlare di una delimitazione temporale dell'efficacia naturalmente "retroattiva" della sentenza, dal momento che l'atto impugnato non verrebbe a trovare più applicazione fin dall'inizio della acclarata incostituzionalità, cioè a partire dal momento in cui si è determinata la causa che lo rende giuridicamente invalido. In tali casi solo apparentemente la Corte manipola gli effetti delle proprie pronunce, poiché in realtà essi vengono fatti decorrere dal momento dell'insorgenza del vizio: «*al di là di tale confine temporale, essa andrebbe contraddittoriamente a colpire una norma legittima*»³⁵.

Diversamente, nei casi di illegittimità differita, la Corte pur individuando il momento in cui sorge il *vulnus* costituzionale, sposta in avanti il termine di decorrenza degli effetti, differendo il *dies a quo* nel dispositivo della decisione. Tale differimento, quindi, non è legato alla natura del vizio, quanto piuttosto ad una valutazione discrezionale da parte della Corte stessa. In questo caso, l'uso nel dispositivo della formula «dal momento in cui» appare realmente manipolativo: laddove la scelta della Corte non venga sorretta da una adeguata operazione di bilanciamento tra diversi valori di rango costituzionale³⁶ si corre il concreto rischio di dare luogo ad un vero e proprio «salto logico»³⁷. In altri termini, solo nelle ipotesi di incostituzionalità differita pare che la Corte tenti «*di impadronirsi degli effetti temporali della propria pronuncia, cercando in tal modo di limitarne la "naturale" efficacia pro praeterito*»³⁸. Come accennato all'inizio del capitolo, la produzione automatica di effetti per il passato in tali casi potrebbe determinare una situazione di maggiore illegittimità o comunque la violazione di altri concorrenti principi costituzionali che a giudizio della Corte risultano meritevoli di adeguato bilanciamento.

Infine, va doverosamente sottolineato un ultimo aspetto problematico che le pronunce di incostituzionalità differita lasciano aperto: esse, individuando quale momento iniziale di decorrenza dei propri effetti quello del giorno successivo alla pubblicazione della sentenza, comportano che essi si riverberano non soltanto nei confronti dei processi pendenti nei quali la legge censurata deve ancora trovare applicazione, ma anche e soprattutto nei confronti del procedimento in cui è insorta la questione di costituzionalità (giudizio *a quo*).

Tale circostanza renderebbe tali decisioni in contrasto, in primo luogo, col carattere di concretezza proprio di un sistema incidentale di controllo di costituzionalità delle leggi accolto nel nostro ordinamento³⁹; in secondo luogo, le medesime pronunce non sarebbero facilmente conciliabili con la giurisprudenza costituzionale in tema di rilevanza cioè in tema di verifica

³⁵ M. R. MORELLI, *Declaratoria di illegittimità «dal momento in cui». Genesi e fondamento di una nuova tipologia di decisioni costituzionali di accoglimento*, in *Giur. cost.*, 1988, 521.

³⁶ Su questo specifico aspetto si veda quanto si dirà nel paragrafo successivo in sede di analisi della [sentenza n. 10 del 2015](#) della Corte.

³⁷ In tali termini, A. RUGGERI - A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, cit., 185.

³⁸ R. PINARDI, *La Corte, i giudici e il legislatore*, cit., 67.

³⁹ La stessa Corte, con sentenza n. 232 del 1989 ha fatto assurgere l'incidentalità del processo costituzionale a principio supremo inderogabile dell'ordinamento. Sul tema si vedano, tra gli altri, S. BARTOLE, *Elaborazione del parametro ed articolazione del dispositivo in una sentenza dell'ordinamento giudiziario militare*, in *Giur. cost.*, 1988, I, 1105; F. MODUGNO, *I criteri della distinzione diacronica tra norme e disposizioni in sede di giustizia costituzionale*, in *Quad. cost.*, 1989, 47; G. ZAGREBELSKY, *Il controllo da parte della Corte costituzionale degli effetti temporali delle sue pronunce*, in *Quaderni costituzionali*, 1989, 81.

dell'effettiva esistenza del necessario collegamento strumentale tra la questione proposta e lo svolgimento del giudizio *a quo*, anche se illustri Autori hanno escluso tale contrasto in quanto «*il requisito della rilevanza (in relazione alla funzione di filtro che esso è chiamato ad assolvere) oper[a] unicamente nei confronti del giudice a quo ai fini della prospettabilità della questione, e non anche nei confronti della Corte ad quem, agli effetti della decisione sulla medesima*»⁴⁰.

2.3. (segue). *Limiti verso il futuro: le decisioni monitorie e l'incostituzionalità accertata ma non dichiarata.*

Venendo al problema della modulazione degli effetti delle pronunce della Corte per quanto attiene al futuro, va premesso che esso è stato affrontato, spesso, con minore attenzione e grado di approfondimento da parte della dottrina, forse perché «*più praticamente risolvibile*» o, soprattutto, perché «*a differenza di quello della limitazione degli effetti nel passato, esso non pone tanto problemi di garanzia delle posizioni costituzionali dei soggetti*»⁴¹.

Ad ogni modo si può affermare, in prima battuta, che rientrano in tale categoria tutte quelle decisioni con le quali la Corte cerca di allontanare gli effetti caducatori della pronuncia, spostandoli nel tempo.

L'evidente finalità alla base di tali sentenze è di evitare che la decisione della Corte, pur mirando a ripristinare la legalità costituzionale violata, finisca in realtà per creare una situazione di maggiore illegittimità, creando un vuoto legislativo (cd *horror vacui*). L'intento, quindi, è «*quello, da un lato, di dar tempo al legislatore, evitando vuoti nocivi, dall'altro quello di indurre ad intervenire un legislatore eventualmente renitente*»⁴². In tali casi, infatti, è il legislatore ad essere destinatario delle pronunce e non più il giudice che, invece, resta il destinatario delle pronunce della Corte che limitano gli effetti per il passato.

Si comprende, allora, il motivo per il quale la Corte si orienta ad adottare un dispositivo di rigetto (*rectius* di non accoglimento)⁴³ della questione prospettata, pur mettendo in evidenza (in termini più o meno espliciti) nella parte motiva che la normativa censurata presenta profili di incostituzionalità.

In concreto, per raggiungere tali finalità il ventaglio di soluzioni possibili è molto ampio.

Non essendo possibile descrivere tutte le tecniche decisorie in astratto configurabili, possono ricordarsi quelle di maggiore interesse, in particolare le sentenze cosiddette monitorie e le sentenze di incostituzionalità accertata ma non dichiarata.

Con l'espressione decisioni monitorie vengono indicate tutte quelle pronunce della Corte che si caratterizzano, come emerge già dalla loro denominazione, per rivolgere un monito al legislatore. Non si presentano, però, come un blocco omogeneo ma al loro interno è possibile distinguere differenti ipotesi⁴⁴.

⁴⁰ M. R. MORELLI, *Declaratoria di illegittimità "dal momento in cui". Genesi e fondamento di una nuova tipologia di decisioni costituzionali di accoglimento*, in *Giur. cost.*, 1988, 522, laddove si conclude ritenendo «senza'altro inammissibile (in quanto meramente astratta) una questione che risultasse *ex ante* non rilevante», tale non essendo «quella la cui soluzione (in relazione al limite temporale dell'accoglimento) ne comporti solo *ex post* la non influenza nel processo di provenienza».

⁴¹ S. P. PANUNZIO, *Incostituzionalità «sopravvenuta», incostituzionalità «progressiva» ed effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale*, cit., 276.

⁴² V. ONIDA, *Relazione di sintesi, in Effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale anche con riferimento alle esperienze straniere* (Atti del seminario svoltosi in Roma, Palazzo della Consulta, il 23 e 24 novembre 1988), Milano, 1989.

⁴³ Con tale espressione si intende indicare tanto le decisioni di non fondatezza che quelle di inammissibilità.

⁴⁴ Si parla, così, di «auspici di revisione legislativa» per indicare semplici manifestazioni di desiderio espresse dalla Corte, prive di ogni carattere di vincolatività. La Corte, infatti, pur riconoscendo profili di problematicità nella normativa censurata (che realizza magari solo parzialmente obiettivi, programmi o finalità prescritti dalla Costituzione), rende palese, tuttavia, che la stessa non presenta profili di incostituzionalità; di conseguenza, anche

L'altra grande categoria, forse la più discussa per le proprie peculiarità, è quella delle sentenze di incostituzionalità accertata ma non dichiarata.

Il loro principale carattere distintivo è rappresentato dalla presenza di una più o meno evidente discrasia tra la parte motiva della decisione, laddove la Corte riconosce chiaramente la presenza di profili di incostituzionalità, e la parte dispositiva, che non è di accoglimento (come sarebbe stato logico) ma di rigetto (seppur momentaneamente) della questione.

In tali casi, quindi, la scelta del Collegio presenta spiccati profili di discrezionalità, similmente a quanto avviene nell'ipotesi dell'incostituzionalità differita: la soluzione cui giunge la Corte si risolve in una decisione adottata a seguito di un bilanciamento dei diversi valori costituzionali che entrano in gioco, optando per un allontanamento nel tempo futuro, peraltro eventuale, degli effetti della pronuncia⁴⁵.

Si è soliti far rientrare nella categoria tanto le ipotesi nelle quali la Corte decide, nonostante le argomentazioni della parte motiva, di non accogliere la questione perché finirebbe, altrimenti, per invadere la sfera riservata gelosamente alla discrezionalità del legislatore in mancanza di rime obbligate⁴⁶; ma vi rientrano anche le ipotesi in cui viene avvalorata l'ipotesi dell'incostituzionalità della legge sindacata in quanto regola destinata a valere stabilmente nel tempo; un eventuale protrarsi nel tempo dell'inerzia del legislatore finirebbe, allora, per portare successivamente ad una pronuncia di incostituzionalità, rendendo precaria una norma nata originariamente come stabile o una norma nata temporanea ma divenuta tendenzialmente definitiva a causa dell'inerzia del legislatore⁴⁷.

3. Effetti nel tempo delle decisioni di accoglimento nella più recente giurisprudenza costituzionale. Uno sguardo d'insieme

nell'eventualità del protrarsi dell'inerzia del legislatore, non si potrà pervenire sulla medesima questione ad una decisione di accoglimento in un momento successivo. Si vedano le [sentenze nn. 114 del 1964, 548 del 1990, 333 del 1991, 59 del 1993](#). Nelle pronunce monitorie si fanno rientrare, altresì, le cosiddette decisioni di "costituzionalità provvisoria" che sono quelle nelle quali la Corte, posta di fronte a norme transitorie o adottate in situazioni emergenziali o di straordinarietà (R. PINARDI *La Corte, i giudici ed il legislatore*, cit., tiene distinte le due ipotesi), non esclude che l'eventuale inerzia del legislatore possa condurre ad una successiva declaratoria di accoglimento, dal momento che la disciplina in questione è costituzionalmente legittima solo nella misura in cui sia transitoria. Tale tratto caratterizzante permette di comprendere la ragione per la quale sono state indicate anche con altre denominazioni, quali quelle di sentenze di incostituzionalità latente o di sentenze "di rigetto con riserva di accoglimento" (v. le [sentenze nn. 513 del 1988, 112 del 1993, 15 del 1982, 87 del 1976, 349 del 1985, 100 del 1987, 1044 del 1988](#)).

⁴⁵ Le decisioni di incostituzionalità accertata ma non dichiarata presentano affinità e diversità sia rispetto ai meri auspici di revisione normativa sia rispetto alla costituzionalità provvisoria. Similmente ai primi, infatti, non sono altro che manifestazioni ulteriori di un potere di indirizzo della Corte rivolto al legislatore; tuttavia, mentre nei meri auspici di revisione normativa l'eventuale inerzia legislativa non potrebbe portare ad una trasformazione delle decisioni da rigetto ad accoglimento, nell'ipotesi dell'incostituzionalità accertata ma non dichiarata ciò potrebbe accadere. Questo ultimo aspetto, invece, è comune alle ipotesi di incostituzionalità provvisoria: «*il protrarsi del comportamento omissivo del legislatore comporterebbe necessariamente la declaratoria di incostituzionalità della normativa impugnata, rimanendo incerto solo il profilo del quando tale provvedimento potrà essere adottato*» (R. PINARDI, *La Corte, i giudici ed il legislatore*, cit., 97). La differenza dirimente è che, mentre nella costituzionalità provvisoria sembra esserci una certa coerenza logico-formale tra la parte motiva e il dispositivo, nelle pronunce di incostituzionalità accertata ma non dichiarata «*il giudice delle leggi riconosce chiaramente – nella motivazione – l'incostituzionalità della normativa; tuttavia fa un salto logico e invece – nel dispositivo – non annulla la legge, sia pure "per il momento", in ragione di un bilanciamento fra valori costituzionali*» (A. RUGGERI - A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, cit., 187).

⁴⁶ Espressione utilizzata da V. CRISAFULLI, *La Corte costituzionale ha vent'anni*, in *Giur cost.*, 1976, I, 1694.

⁴⁷ R. PINARDI, *La Corte, i giudici ed il legislatore*, cit., 80 ss., indica quali esempi del primo tipo le [decisioni nn. 25 del 1984, 270 del 1986, 230 del 1987, 92 del 1992, 125 del 1992, 453 del 1992, 57 del 1993, 133 del 1993](#); come esempi del secondo tipo, le pronunce [nn. 212 del 1986](#) (seguita dalla interlocutoria pronuncia [n. 378 del 1987](#) e poi da quella di accoglimento [n. 50 del 1989](#)), [431 del 1987, 67 del 1984, 826 del 1988](#).

Fino a non molto tempo fa il dibattito sulla modulazione degli effetti delle pronunce della Corte poteva essere considerato archiviato, con esiti ormai consolidati⁴⁸. Dopo le vivaci discussioni svoltesi tra la fine degli anni '80 e l'inizio degli anni '90⁴⁹, non si sono registrate, almeno fino al 2015, pronunce che hanno significativamente inciso sull'argomento⁵⁰.

Nel corso dell'ultimo anno, l'adozione da parte della Corte delle [sentenze nn. 10, 70 e 178 del 2015](#) ha riaperto il dibattito sul tema.

Tali decisioni forniscono interessanti, e in taluni casi innovativi, spunti di riflessione sul tema degli effetti delle sentenze di incostituzionalità. Le tre pronunce, pur vertendo su materie diverse, presentano simili aspetti problematici sotto il profilo degli effetti temporali della dichiarazione di illegittimità; ciononostante, le soluzioni parzialmente non coincidenti cui perviene il giudizio di costituzionalità non indicano necessariamente che la Corte abbia adottato decisioni contraddittorie, quanto piuttosto che la stessa possa giungere alla soluzione più adeguata, facendo uso in modo sapiente delle molteplici tecniche decisorie in suo possesso, parametrando alle specificità della questione di costituzionalità così come prospettata.

Anticipando considerazioni che verranno più diffusamente sviluppate *infra*, le tre decisioni citate costituiscono rispettivamente esempi di:

⁴⁸ Vedi R. BIN – G. PITRUZZELLA, *Diritto costituzionale*, Giappichelli Editore, Torino, 2013, 485, i quali, ritenevano, prima delle sentenze del 2015, che le decisioni «*manipolative verso il passato*», fossero state abbandonate, anche a causa dei non trascurabili problemi applicativi.

⁴⁹ Si ricordano il Seminario svoltosi in Roma, presso il Palazzo della Consulta, il 23 e 24 novembre 1988 dal titolo *Effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale anche con riferimento alle esperienze straniere*, nonché quello tenutosi nel 1991, sempre presso il Palazzo della Consulta, su *Le sentenze della Corte costituzionale e l'art. 81, u.c., della Costituzione*.

⁵⁰ Non sono, ad ogni modo, mancate pronunce che hanno affrontato profili connessi al problema degli effetti temporali delle sentenze di accoglimento; a titolo esemplificativo, si ricorda per l'importanza del tema trattato la [decisione n. 1 del 2014](#) in materia elettorale. Si tratta, come è noto, di una pronuncia che ha suscitato un vivace dibattito dottrinale: v., senza pretesa di completezza, AA.VV., *Dibattito sulla sentenza della Corte costituzionale n. 1 del 2014 dichiarativa dell'incostituzionalità di talune disposizioni della l. n. 270 del 2005*, in *Giur. cost.*, 2014, n. 1, 629 ss.; A. ANZON DEMMIG, *Accesso al giudizio di costituzionalità e intervento "creativo" della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 2014, n. 1, 34; R. BIN, "Zone franche" e legittimazione della Corte, in [Forum di Quaderni costituzionali](#), 2014; B. CARAVITA, *La riforma elettorale alla luce della sent. 1/2014*, in [Federalismi.it](#), 2014, n. 2; M. CAREDDA, *La retroattività bilanciabile. Ragionando intorno alla sentenza n. 1 del 2014 della Corte costituzionale*, in [costituzionalismo.it](#), 2014, n. 2; A. O. COZZI, *Gli effetti della sentenza n. 1 del 2014 sui premi di maggioranza regionali*, in *Giur. cost.*, 2014, n. 5, 4167; A. D'ANDREA, *La "riforma" elettorale "imposta" dal giudice costituzionale al sistema politico e l'esigenza di "governabilità" dell'ordinamento*, in *Giur. cost.*, 2014, n. 1, 38; F. FERRARI, *Liste bloccate o situazione normativa? Un'alternativa all'oggetto del giudizio di costituzionalità*, in [Forum di Quaderni costituzionali](#), 2014; G. GUARINO, [Corte costituzionale e leggi elettorali: note di un internazionalista a margine di una recente sentenza](#), in questa [Rivista](#), 2014 (29-09-14); G. GUZZETTA, *La sentenza n. 1 del 2014 sulla legge elettorale a una prima lettura*, in [Forum di Quaderni costituzionali](#), 2014; E. LEHNER, *Il diritto di voto dopo la conquista della "zona franca"*, in *Giur. cost.*, 2014, n. 1, 54; A. MORRONE, *L'eguaglianza del voto anche in uscita: falso idolo o principio?*, in *Giur. cost.*, 2014, n. 1, 47; A. PACE, *La condanna del Porcellum*, in [Osservatorio AIC](#), 2014; A. PERTICI, *La Corte costituzionale dichiara l'incostituzionalità della legge elettorale tra attese e sorprese (con qualche indicazione per il legislatore)*, in [Forum di Quaderni costituzionali](#), 2014; L. PESOLE, *L'incostituzionalità della legge elettorale nella prospettiva della Corte costituzionale, tra circostanze contingenti e tecniche giurisprudenziali già sperimentate*, in [costituzionalismo.it](#), 2014, n. 2; G. U. RESCIGNO, *Il diritto costituzionale di voto secondo la Corte di cassazione e la Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 2014, n. 1, 27; R. ROMBOLI, *La riforma della legge elettorale ad opera della Corte costituzionale: attenti ai limiti*, in *Il Foro italiano*, 2014, 677; G. M. SALERNO, *La sentenza a "doppio registro" sulle leggi elettorali delle Camere*, in *Il Corriere giuridico*, 2014, n. 3, 301; G. SCACCIA, *Riflessi ordinamentali dell'annullamento della legge n. 270 del 2005 e riforma della legge elettorale*, in [confrontocostituzionali.eu](#), 2014; G. SERGES, *Spunti di giustizia costituzionale a margine della declaratoria di illegittimità della legge elettorale*, in [Rivista AIC](#), 2014, n. 1; S. STAIANO, *La vicenda del giudizio sulla legge elettorale: crisi forse provvisoria del modello incidentale*, in [Rivista AIC](#), 2014, n. 2; L. TRUCCO, [Il sistema elettorale "Italicum" alla prova della sentenza della Corte costituzionale n. 1 del 2014](#), in questa [Rivista](#), 2014 (17.09.14); G. ZAGREBELSKY, *La sentenza n. 1 del 2014 e i suoi commentatori*, in *Giur. cost.*, 2014, n. 3, 2959.

- a) incostituzionalità differita, con la quale la Corte dichiara l'illegittimità della norma censurata «a decorrere dal giorno successivo alla pubblicazione di questa sentenza nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica» ([sentenza n. 10 del 2015](#));
- b) incostituzionalità (solo apparentemente?) secca, dichiarando la Corte l'illegittimità della norma censurata, senza ulteriori indicazioni ([sentenza n. 70 del 2015](#));
- c) incostituzionalità sopravvenuta, poiché la Corte dichiara l'illegittimità costituzionale sopravvenuta della disposizione oggetto del giudizio «a decorrere dal giorno successivo alla pubblicazione di questa sentenza nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica e nei termini indicati in motivazione» ([sentenza n. 178 del 2015](#))⁵¹.

3.1. La [sentenza n. 10 del 2015](#): una decisione di accoglimento con clausola di irretroattività.

3.1.1. La decisione della Corte.

La [sentenza n. 10 del 2015](#)⁵² ha dichiarato l'illegittimità costituzionale – per violazione degli [artt. 3 e 53 Cost.](#) – dell'art. 81, commi 16, 17 e 18, del decreto-legge n. 112 del 2008 che aveva

⁵¹ Per la ricostruzione teorica di tali categorie vedi *supra*, par. 2.2.

⁵² Vasta è la letteratura a commento della sentenza: L. ANTONINI, *Forzatura dei principi versus modulazione temporale degli effetti della sentenza*, in [Forum di Quaderni costituzionali](#), 2015; A. ANZON DEMMIG, *La Corte costituzionale “esce allo scoperto” e limita l’efficacia retroattiva delle proprie pronunzie di accoglimento*, in *Giur. cost.*, 2015, n. 1, 67; A. ANZON DEMMIG, *Elogio della sentenza n. 10 del 2015*, in [Forum di Quaderni costituzionali](#), 2015; R. BIN, *Quando i precedenti degradano a citazioni e le regole evaporano in principi*, in [Forum di Quaderni costituzionali](#), 2015; I. CIOLLI, *L’art. 81 della Costituzione: da limite esterno al bilanciamento a super principio*, in [Forum di Quaderni costituzionali](#), 2015; F. COCOZZA, *Un salomonico equilibrio tra “giusta misura” e “decisione” nella sentenza n. 10/2015. La Corte costituzionale “vestale” dei conti pubblici tra i guasti del funambolismo finanziario ed il miraggio di politiche pro-concorrenziali*, in [Forum di Quaderni costituzionali](#), 2015; M. D’AMICO, *La Corte e l’applicazione (nel giudizio a quo) della legge dichiarata incostituzionale*, in [Forum di Quaderni costituzionali](#), 2015; F. GABRIELE - A. M. NICO, *Osservazioni “a prima lettura” sulla sentenza della Corte costituzionale n. 10 del 2015: dalla illegittimità del “togliere ai ricchi per dare ai poveri” alla legittimità del “chi ha avuto, ha avuto, ha avuto... scordiamoci il passato”*, in [Rivista AIC](#), 2015, n. 2; L. GENINATTI SATÈ, *L’irrisolta questione della retroattività delle sentenze d’illegittimità costituzionale*, in *Giur. cost.*, 2015, n. 1, 99; E. GROSSO, *Il governo degli effetti temporali nella sentenza n. 10/2015. Nuova dottrina o ennesimo episodio di una interminabile rapsodia?*, in *Giur. cost.*, 2015, n. 1, 79; A. LANZAFAME, *La limitazione degli effetti retroattivi delle sentenze di illegittimità costituzionale tra tutela sistemica dei principi costituzionali e bilanciamenti impossibili. A margine di Corte costituzionale n. 10/2015*, in [Rivista AIC](#), 2015, n. 2; E. LEGNINI, *La Consulta sulla Robin Hood Tax. Un caso di mutazione genetica dei vincoli di bilancio nazionali e sovranazionali?*, in [diritticomparati.it](#), 2015; C. MAINARDIS, *Limiti agli effetti retroattivi delle sentenze costituzionali e principio di proporzionalità (un’osservazione a C. cost. n. 10/2015)*, in [Forum di Quaderni costituzionali](#), 2015; I. MASSA PINTO, *La sentenza della Corte costituzionale n. 10 del 2015 tra irragionevolezza come conflitto logico interno alla legge e irragionevolezza come eccessivo sacrificio di un principio costituzionale: ancora un caso di ipergiusdizionalismo costituzionale*, in [costituzionalismo.it](#), 2015, n. 1; D. MESSINEO, *«Accadde domani»: l’illegittimità costituzionale ipotetica di un seguito legislativo mancato nella sentenza della Corte costituzionale sulla “Robin Tax”*, in [Forum di Quaderni costituzionali](#), 2015; A. MORELLI, *Principio di totalità e “illegittimità della motivazione”: il seguito giurisprudenziale della sentenza della Corte costituzionale sulla Robin Tax (a proposito di Comm. trib. prov. di Reggio Emilia, 12 maggio 2015, n. 217/3/15)*, in questa [Rivista](#), 2015, 483; S. PANIZZA, *L’argomentazione della Corte costituzionale in ordine al fondamento e alla disciplina del potere di modulare il profilo temporale delle proprie decisioni*, in [Forum di Quaderni costituzionali](#), 2015; A. PIN - E. LONGO, *La sentenza n. 10 del 2015: un giudizio di proporzionalità “in concreto” o realistico* in [Forum di Quaderni costituzionali](#), 2015; R. PINARDI, *La Corte e la crisi tra bilanciamenti di interessi ed «impatto macroeconomico» delle pronunce d’incostituzionalità*, in [Forum di Quaderni costituzionali](#), 2015; ID., *La modulazione degli effetti temporali delle sentenze d’incostituzionalità e la logica del giudizio in via incidentale in una decisione di accoglimento con clausola di irretroattività*, in questa [Rivista](#), 220; M., POLESE *L’equilibrio di bilancio come limite alla retroattività della sentenza di accoglimento*, in [Osservatorio AIC](#), 2015, n. 1; A. PUGIOTTO, *La rimozione della pregiudizialità costituzionale nella sentenza costituzionale n. 10/2015*, in *Giur. cost.*, 2015, n. 1, 90; ID., *Un inedito epitaffio per la pregiudizialità costituzionale*, in [Forum di Quaderni costituzionali](#), 2015; R. ROMBOLI, *L’“obbligo” per il giudice di applicare nel processo a quo la norma dichiarata incostituzionale ab origine: natura incidentale del giudizio costituzionale e tutela dei diritti*, in [Forum di Quaderni costituzionali](#), 2015; ID., *Nota a Corte cost., sent. 10/2015*,

introdotto nel nostro ordinamento la c.d. “Robin Hood Tax”, cioè un prelievo aggiuntivo all’imposta sul reddito delle società (IRES) – previsto a carico delle sole imprese operanti nel settore energetico e degli idrocarburi che avessero conseguito ricavi superiori a 25 milioni di euro nel periodo di imposta precedente – nonché il divieto, per le stesse, di traslare gli oneri dovuti a seguito dell’introduzione di siffatta “addizionale” sui prezzi al consumo.

La Corte, dopo aver esaminato alcune questioni preliminari⁵³, ha ritenuto nel merito la norma censurata in contrasto con l’[art. 53 Cost.](#)⁵⁴, in quanto la «capacità contributiva è il presupposto e il limite del potere impositivo dello Stato e, al tempo stesso, del dovere del contribuente di concorrere alle spese pubbliche, dovendosi interpretare detto principio come specificazione settoriale del più ampio principio di uguaglianza di cui all’[art. 3 Cost.](#)». Dopo avere evidenziato che «la Costituzione non impone affatto una tassazione fiscale uniforme (...) per tutte le tipologie di imposizione tributaria» e che, pertanto, secondo il proprio costante orientamento, «non ogni modulazione del sistema impositivo per settori produttivi costituisce violazione del principio di capacità contributiva e del principio di eguaglianza», i Giudici sottolineano che «ogni diversificazione del regime tributario (...) deve essere supportata da adeguate giustificazioni, in assenza delle quali la differenziazione degenera in arbitraria discriminazione»⁵⁵.

Alla luce di tali coordinate, per verificare la conformità a Costituzione della disposizione censurata è necessario procedere, anche in considerazione delle peculiarità del settore petrolifero⁵⁶, ad un duplice controllo, sia con riferimento alle finalità perseguite dalla disposizione normativa sia con riferimento ai mezzi utilizzati⁵⁷.

in *Il Foro italiano*, 2015, 1513; A. RUGGERI, *Sliding doors per la incidentalità del processo costituzionale (a margine di Corte cost. n. 10 del 2015)*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2015; M. RUOTOLO - M. CAREDDA, *Virtualità e limiti del potere di regolazione degli effetti temporali delle decisioni d’incostituzionalità. A proposito della pronuncia sulla c.d. Robin Tax*, in *Rivista AIC*, 2015, n. 2; S. SCAGLIARINI, *La Corte tra Robin Hood Tax e legislatore “Senzaterra”*, in questa *Rivista*, 2015, 232; ID., *L’incostituzionalità sopravvenuta sfuggita alla Corte*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2015; P. VERONESI, *La Corte “sceglie i tempi”: sulla modulazione delle pronunce d’accoglimento dopo la sentenza n. 10/2015*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2015.

⁵³ In particolare, non è stata accolta la richiesta di restituzione degli atti al giudice *a quo* in considerazione dello *ius superveniens* in quanto le varie modifiche intervenute successivamente all’ordinanza di rimessione, non hanno rimediato ai profili di illegittimità dedotti dal rimettente ma semmai li hanno aggravati; non sono state accolte, altresì, le eccezioni di inammissibilità delle questioni sollevate per asserito difetto di motivazione sulla rilevanza e sulle ragioni fondanti le censure medesime.

⁵⁴ È stata ritenuta, viceversa, infondata la questione di legittimità sollevata con riferimento agli [artt. 77 e 23 Cost.](#), non essendo stata riscontrata l’evidente mancanza dei presupposti per l’adozione del decreto-legge, né la violazione della riserva di legge di cui all’[articolo 23 Cost.](#), la quale può considerarsi soddisfatta, per giurisprudenza ampiamente consolidata, anche attraverso l’adozione di un atto avente forza di legge invece che di legge formale.

⁵⁵ *Considerato in diritto*, punto 6.5.

⁵⁶ Si veda il punto 6.4 del *Considerato in diritto*, dove si fa riferimento alla scarsa competizione tra le imprese, alla difficoltà di ingresso di nuovi operatori economici (in considerazione degli elevati costi e delle difficoltà di realizzazione delle infrastrutture), alla deroga delle normali regole del mercato visto che un mutamento dei prezzi difficilmente può essere contrastato con una corrispondente contrazione della domanda che risulta, invece, anelastica.

⁵⁷ La sentenza è particolarmente apprezzabile per il peculiare sindacato di ragionevolezza condotto, con una chiara scansione dei passaggi logici seguiti per analizzare la questione di legittimità, permettendo al Giudice delle leggi di superare il sospetto di travalicare i confini delle scelte giurisdizionali (sconfinando, quindi, nell’ambito delle scelte politiche), spesso adombrato nei casi in cui la Corte fa uso della ragionevolezza o del principio di proporzionalità. Si veda M. CARTABIA, *I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana*, cit.; per un commento specifico sui menzionati profili sviluppati nella sentenza in esame, cfr. I. MASSA PINTO, *La sentenza della Corte costituzionale n. 10 del 2015 tra irragionevolezza come conflitto logico interno alla legge e irragionevolezza come eccessivo sacrificio di un principio costituzionale: ancora un caso di ipergiusdizionalismo costituzionale*, in *costituzionalismo.it*; per una rassegna della giurisprudenza costituzionale dal 1993 al 2003 si veda il quaderno predisposto dal Servizio Studi e Massimario della Corte costituzionale dal titolo *I principi di proporzionalità e ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale, anche in rapporto alla giurisprudenza delle Corti europee*, reperibile sul sito internet della Corte nella sezione “Studi e ricerche”.

Quanto allo scopo perseguito dal legislatore, esso appare senz'altro legittimo in quanto con la normativa censurata si è inteso, da un lato, reagire alla «grave crisi economica» che ha colpito il Paese in generale e alla «correlata insostenibilità, specie per le fasce più deboli, dei prezzi dei prodotti di consumo primario»; dall'altro lato, si è voluto far fronte al «contemporaneo eccezionale rialzo del prezzo del greggio al barile, verificatosi proprio nel medesimo volger di tempo (...) idoneo ad incrementare sensibilmente i margini di profitto da parte degli operatori dei settori interessati e a incentivare condotte di mercato opportunistiche o speculative»⁵⁸.

Tuttavia, per molteplici ragioni, non è possibile considerare idonei né necessari i mezzi predisposti per raggiungere tali scopi: in primo luogo, perché la maggiorazione dell'aliquota si applica non ai soli “sovra-profitti”, ma all'intero reddito; in secondo luogo, perché la disciplina non fa riferimento ad un limite temporale di vigenza correlato alla negativa congiuntura economica; infine, perché inidonea appare la misura adottata per perseguire finalità solidaristiche (i. e. il divieto per le imprese assoggettate all'addizionale di traslare i relativi oneri sugli utenti finali) poiché non è possibile effettuare alcun controllo sull'effettivo rispetto del divieto⁵⁹.

Riconosciuta l'illegittimità della normativa censurata per “incongruità dei mezzi” predisposti per raggiungere lo scopo, la sentenza inizia ad assumere un carattere più propriamente dottrinale con l'osservazione secondo la quale la Corte «non può non tenere in debita considerazione l'impatto che una tale pronuncia determina su altri principi costituzionali, al fine di valutare l'eventuale necessità di una graduazione degli effetti temporali della propria decisione sui rapporti pendenti»⁶⁰.

Secondo un'argomentazione «calante, o a intensità progressivamente decrescente»⁶¹, la Corte – partendo dal proprio ruolo di «custode della Costituzione nella sua integralità» che le «impone di evitare che la dichiarazione di illegittimità costituzionale di una disposizione di legge determini, paradossalmente, effetti ancora più incompatibili con la Costituzione» (Considerato in diritto, punto 7, capoverso 2) e dopo aver ricordato che i rapporti esauriti non sono l'unico limite alla retroattività delle proprie pronunce di accoglimento (capoverso 4) – osserva che la regolazione degli effetti «deve ritenersi coerente con i principi della Carta costituzionale» (capoverso 6).

Aspetto innovativo affrontato dalla sentenza è quello della spettanza del potere di individuare i limiti alla retroattività delle pronunce; la Corte, respingendo implicitamente le numerose tesi contrarie, prevalentemente fondate sull'assenza di specifica attribuzione di tale compito da parte del diritto positivo, si riconosce tale potere, ascrivibile all'attività di bilanciamento tra valori costituzionali, per la quale essa soltanto è competente; tale bilanciamento, infatti, costituisce esplicazione del suo compito istituzionale di garantire la Costituzione «come un tutto unitario» e non solo di assicurare una tutela frazionata dei diritti e interessi che potrebbe risolversi nell'ingiustificata espansione di uno dei diritti trasformandolo in “tiranno” rispetto alle altre situazioni costituzionalmente riconosciute e protette.

Dopo aver ricordato che il «contenimento degli effetti retroattivi delle decisioni di illegittimità costituzionale rappresenta una prassi diffusa» anche in altri ordinamenti giuridici (capoverso 9), la Corte conclude che «una simile regolazione degli effetti temporali deve ritenersi consentita anche nel nostro sistema italiano di giustizia costituzionale» (capoverso 10). Tuttavia – anche se tale soluzione «non risulta inconciliabile con il rispetto del requisito della rilevanza, proprio del giudizio incidentale»⁶² (capoverso 11), considerato, però, «il principio generale della retroattività risultante dagli [artt. 136 Cost.](#) e 30 della [legge n. 87 del 1953](#)» (capoverso 13) – gli interventi sull'efficacia temporale delle sentenze devono essere vagliati «alla luce del principio

⁵⁸ Considerato in diritto, punto 6.5.

⁵⁹ Vedi Considerato in diritto, punti 6.3 ss.

⁶⁰ Considerato in diritto, punto 7.

⁶¹ S. PANIZZA, *L'argomentazione della Corte costituzionale in ordine al fondamento e alla disciplina del potere di modulare il profilo temporale delle proprie decisioni*, in [Forum di Quaderni costituzionali](#), 2015, 2.

⁶² Sul punto si rinvia a quanto si dirà più diffusamente nel paragrafo successivo.

di stretta proporzionalità» e, pertanto, sono «*rigorosamente subordinati alla sussistenza di due chiari presupposti: l'impellente necessità di tutelare uno o più principi costituzionali i quali, altrimenti, risulterebbero irrimediabilmente compromessi da una decisione di mero accoglimento e la circostanza che la compressione degli effetti retroattivi sia limitata a quanto strettamente necessario per assicurare il contemperamento dei valori in gioco*» (capoverso 13).

Dopo aver chiarito questi aspetti, i Giudici giustificano la necessità di limitare la portata retroattiva della pronuncia per evitare «*una grave violazione dell'equilibrio di bilancio ai sensi dell'art. 81 Cost.*», principio che «*esige una gradualità nell'attuazione dei valori costituzionali che imponga rilevanti oneri a carico del bilancio statale. Ciò vale a fortiori dopo l'entrata in vigore della legge costituzionale 20 aprile 2012, n. 1 (Introduzione del principio del pareggio di bilancio nella Carta costituzionale), che ha riaffermato il necessario rispetto dei principi di equilibrio del bilancio e di sostenibilità del debito pubblico (sentenza n. 88 del 2014)*»⁶³.

Il ragionamento si conclude, in modo coerente, con una pronuncia di illegittimità con clausola di irretroattività⁶⁴ piuttosto che con l'adozione di una tradizionale pronuncia caducatoria.

Le preoccupazioni della Corte per le restituzioni che avrebbe comportato una pronuncia di accoglimento secca – con un conseguente «*squilibrio del bilancio dello Stato*», tale da richiedere una manovra finanziaria aggiuntiva, a detrimento delle fasce sociali più deboli⁶⁵ – hanno portato alla dichiarazione nel dispositivo dell'illegittimità costituzionale della normativa censurata «*a decorrere dal giorno successivo alla pubblicazione*» della sentenza «*nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica*».

3.1.2. Riflessioni dottrinali.

La [pronuncia n. 10 del 2015](#) ha destato immediatamente un notevole interesse in dottrina, sia per il merito della questione decisa sia per alcune affermazioni di carattere generale – anche con riferimento alle considerazioni sul principio di equilibrio di bilancio di cui al novellato [art. 81 Cost.](#)⁶⁶ – con importanti ricadute su aspetti prettamente processuali; sotto tale ultimo profilo, essa è destinata probabilmente ad essere presa come riferimento anche in future occasioni, soprattutto per le affermazioni relative al potere del Giudice delle leggi di modulare gli effetti temporali delle proprie decisioni.

Come spesso accade per le pronunce che presentano un forte carattere innovativo, anche in questo caso si registrano giudizi contrastanti e non omogenei, spaziando da toni fortemente positivi, quasi entusiastici, a posizioni fortemente negative; ad ogni modo, la dottrina riconosce, in modo pressoché unanime, la portata fortemente innovativa della decisione, la sua «*grande importanza se non proprio una qualche storicità*»⁶⁷. Si è così parlato di pietra miliare nella

⁶³ Considerato in diritto, punto 8.

⁶⁴ In tal senso, R. PINARDI, [La modulazione degli effetti temporali delle sentenze d'incostituzionalità e la logica del giudizio](#) cit., 220 ss..

⁶⁵ Sul punto in dottrina sono state manifestate perplessità: la Corte, infatti, nel ritenere inevitabile una manovra finanziaria a detrimento dei meno abbienti, finisce per pronunciarsi su un potere legislativo ancora non esercitato laddove, invece, ogni decisione relativa alla redistribuzione degli oneri e delle risorse conseguenti a pronunce di incostituzionalità dovrebbe essere rimessa alla discrezionalità del legislatore. Così D. MESSINEO, «*Accade domani: l'illegittimità costituzionale ipotetica di un seguito legislativo mancato nella sentenza della Corte costituzionale sulla "Robin Tax"*», in [Forum di Quaderni costituzionali](#), 2015.

⁶⁶ Non potendo in questa sede affrontare più dettagliatamente i percorsi interpretativi ed applicativi dell'art. 81 Cost., come novellato dalla legge costituzionale n. 1 del 2012, si rinvia, tra i molti contributi, a I. CIOLLI, *L'art. 81 della Costituzione: da limite esterno al bilanciamento a super principio*, in [Forum di Quaderni costituzionali](#), 2015; E. LEGNINI, *La Consulta sulla Robin Hood Tax. Un caso di mutazione genetica dei vincoli di bilancio nazionali e sovranazionali?*, in [Diritticomparati.it](#), 2015.

⁶⁷ F. GABRIELE – A. M. NICO, *Osservazioni "a prima lettura" sulla sentenza della Corte costituzionale n. 10 del 2015: dalla illegittimità del "togliere ai ricchi per dare ai poveri" alla legittimità del "chi ha avuto, ha avuto, ha avuto... scordiamoci il passato"*, in [Rivista AIC](#), 2015, n. 2, 1.

giurisprudenza costituzionale⁶⁸, di sentenza spartiacque⁶⁹, «una di quelle sentenze che certamente possiede tutte le caratteristiche per entrare a far parte delle “grandi decisioni” della Corte costituzionale, vuoi per la sua incidenza sul nostro reale modello di giustizia costituzionale, vuoi per la collocazione del Giudice costituzionale nella forma di governo e quindi per la sua incidenza in ordine allo spostamento del pendolo verso l’anima giurisdizionale o verso quella politica della Corte»⁷⁰.

Dal punto di vista classificatorio, la [sentenza n. 10 del 2015](#) non sembra riconducibile né alla categoria dell’incostituzionalità sopravvenuta né a quella delle sentenze manipolative tradizionalmente intese⁷¹, ma andrebbe più correttamente inquadrata tra le pronunce di incostituzionalità differita.

Come ricordato nel paragrafo precedente⁷², in questi casi la Corte individua il momento in cui sorge il *vulnus* costituzionale sin dall’adozione della normativa ma sposta in avanti il termine di decorrenza degli effetti. Il differimento del *dies a quo* nel dispositivo della decisione, quindi, non è legato al momento in cui si verifica l’antinomia (che è, e rimane, originaria) quanto piuttosto ad una valutazione da parte della Corte, nel rispetto del principio di stretta proporzionalità.

Sempre in termini generali, si può concordare con quanti hanno messo in evidenza l’importante componente dottrinale della pronuncia che rappresenta un «*unicum nella giurisprudenza costituzionale in materia*»⁷³: pur potendosi riscontrare in passato decisioni di incostituzionalità differita, adottate prevalentemente per ragioni di equilibrio finanziario, tuttavia non sembrava emergere un’adeguata teorizzazione né uno specifico sforzo argomentativo; diversamente, nella sentenza in esame si avverte la volontà della Corte «*di soffermarsi sul fondamento e sui limiti del potere in concreto esercitato nel modulare gli effetti caducatori determinati da una pronuncia di accoglimento sui rapporti (...) pendenti*»⁷⁴.

Più in particolare, la decisione pare portare a compimento alcune riflessioni dottrinali che erano state sviluppate nel corso del ricordato seminario presso il Palazzo della Consulta⁷⁵; essa, infatti, sembra rispondere all’invocazione rivolta alla Corte di «*uscire allo scoperto e di percorrere con chiarezza e in modo esplicito la strada della modulazione degli effetti temporali mediante il criterio del bilanciamento*»; la sentenza, inoltre, nel limitare gli effetti della propria decisione di accoglimento, corrisponde alla richiesta che sia «*manifesto il valore in funzione del quale la retroattività è stata limitata e che sia verificabile se la misura di tale limitazione è congrua rispetto al valore tutelato*»⁷⁶; ed ancora, si pone in perfetta armonia con le considerazioni svolte in occasione dello stesso seminario: «*il problema di limiti alla retroattività è oggi – e sempre più (...) lo sarà in prospettiva – un problema di bilanciamento e dunque di*

⁶⁸ A. ANZON DEMMIG, *La Corte costituzionale “esce allo scoperto” e limita l’efficacia retroattiva delle proprie pronunzie di accoglimento*, in *Giur. cost.*, 2015, n. 1, 67 ss.

⁶⁹ P. VERONESI, *La Corte “sceglie i tempi”: sulla modulazione delle pronunce d’accoglimento dopo la sentenza n. 10/2015*, in [Forum di Quaderni costituzionali](#), 2015.

⁷⁰ R. ROMBOLI, *L’“obbligo” per il giudice di applicare nel processo a quo la norma dichiarata incostituzionale ab origine: natura incidentale del giudizio costituzionale e tutela dei diritti*, in [Forum di Quaderni costituzionali](#), 2015.

⁷¹ Sembra opportuno rilevare che la Corte, nel richiamare le sentenze manipolative nelle quali «la decisione di illegittimità costituzionale può essere circoscritta solo ad alcuni aspetti della disposizione sottoposta a giudizio», ritiene che un analogo intervento «può riguardare la dimensione temporale della normativa impugnata, limitando gli effetti della declaratoria di illegittimità costituzionale sul piano del tempo» (*Considerato in diritto*, punto 7).

⁷² V. il paragrafo 2.2.

⁷³ R. PINARDI, *La Corte, i giudici e il legislatore*, cit., 222.

⁷⁴ R. PINARDI, *ibidem*.

⁷⁵ Si fa riferimento al più volte menzionato seminario svoltosi in Roma, Palazzo della Consulta, il 23 e 24 novembre 1988, dal titolo *Effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale anche con riferimento alle esperienze straniere*.

⁷⁶ S. P. PANUNZIO, *Incostituzionalità «sopravvenuta», incostituzionalità «progressiva» ed effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale*, cit., 284.

ragionevolezza; un problema, insomma, di diritto costituzionale sostanziale riguardante il merito della decisione della Corte»⁷⁷.

Infine, la Corte, nella già citata parte della sentenza in cui si richiamano per analogia le sentenze manipolative⁷⁸, sembra fare un chiaro riferimento alle affermazioni di coloro che interpretano il rapporto tra norme e disposizioni non solo in termini sincronici, ma in alcuni casi anche diacronici⁷⁹.

Ancora in via preliminare, pare opportuno sottolineare come non sia di grande utilità interrogarsi sulle diverse alternative che la Corte avrebbe potuto scegliere per giungere ad un risultato analogo (evitare le restituzioni delle somme versate dai soggetti passivi della *Robin Tax* e, quindi, i conseguenti rischi di un vuoto di bilancio). Alcuni Autori, ad esempio, hanno ritenuto che «vi sarebbero stati tutti gli elementi per l'adozione di una pronuncia d'incostituzionalità sopravvenuta»⁸⁰; altri, con una soluzione certamente più classica ma forse meno condivisibile, hanno ritenuto che si poteva raggiungere lo stesso risultato attraverso un'estensione del concetto di rapporti esauriti: la Corte, in altri termini, avrebbe potuto adottare un normale dispositivo di accoglimento ma avrebbe dovuto chiarire che i rapporti giuridici relativi ai periodi di imposta precedenti fossero da considerarsi non come pendenti (cioè ancora aperti) ma come già esauriti⁸¹; altri ancora hanno ricordato in astratto la possibilità, pur senza condividerla, di ricorrere all'adozione di un monito⁸²; non sono mancati, infine, quanti hanno menzionato (sempre in astratto) la possibilità di adottare una sentenza di incostituzionalità accertata ma non dichiarata o di costituzionalità provvisoria⁸³.

Nell'esaminare il merito delle questioni – respingendo ogni tentazione di favorire o contrastare le decisioni della giurisprudenza, limitandosi piuttosto a capirle evidenziando la *ratio* che ne sta alla base – non può non evidenziarsi che l'obiezione tradizionale, e forse più solida, mossa ad ogni tentativo di dichiarazione di incostituzionalità con effetti esclusivamente *pro futuro*, è quella che fa leva sulla struttura stessa del giudizio incidentale di costituzionalità e sul requisito della necessaria rilevanza della *quaestio*; in altri termini, la previsione nel dispositivo di

⁷⁷ C. MEZZANOTTE, *Il contenimento della retroattività degli effetti delle sentenze di accoglimento come questione di diritto costituzionale sostanziale*, cit., 44; la lungimiranza delle osservazioni dell'Autore citato, è ricordata anche da M. RUOTOLO – M. CAREDDA, *Virtualità e limiti del potere di regolazione degli effetti temporali delle decisioni d'incostituzionalità. A proposito della pronuncia sulla c.d. Robin Tax*, cit., 18 ss. Va sottolineato che nella sentenza n. 10 del 2015 le considerazioni sulla modulazione degli effetti temporali della pronuncia compaiono solo dopo la conclusione del giudizio di costituzionalità delle censure nei termini proposti dal giudice *a quo*. «Il problema della decorrenza degli effetti dell'annullamento insomma è ulteriore e diverso da quello della costituzionalità/incostituzionalità della legislazione impugnata», così A. ANZON DEMMIG, *Elogio della sentenza n. 10 del 2015*, in [Forum di Quaderni costituzionali](#), 2015, 3.

⁷⁸ V. nota n. 71.

⁷⁹ Vedi, per tutti, MODUGNO, *Considerazioni sul tema*, cit., 24.

⁸⁰ S. SCAGLIARINI, *L'incostituzionalità sopravvenuta sfuggita alla Corte*, in [Forum di Quaderni costituzionali](#), i, 27 aprile 2015, 2, - sulla base dell'idea che la normativa censurata fosse incostituzionale per il carattere strutturale e non temporaneo dell'addizionale, tale che il relativo vizio di incostituzionalità fosse da considerarsi non *ab origine* ma sopravvenuto - sottolinea i vantaggi che ne sarebbero potuti derivare; in primo luogo è più facile ammettere una pronuncia di incostituzionalità sopravvenuta rispetto ad una differita in quanto non pone problemi di compatibilità tra motivazione e dispositivo per la natura stessa del vizio che sopravviene a partire da una certa data; né, soprattutto, vi sarebbero stati problemi con la pregiudizialità costituzionale posto che il giudice *a quo* si sarebbe potuto giovare del *decisum* della Corte.

⁸¹ Un'operazione simile sembra ravvisabile nella già citata [sentenza n. 1 del 2014](#) nella quale la Corte, nel dichiarare l'illegittimità costituzionale di alcune parti della normativa elettorale, si è premurata di chiarire che gli effetti della pronuncia si sarebbero prodotti solo a partire dalle successive elezioni politiche poiché l'elezione dei parlamentari costituisce un rapporto ormai esaurito dal momento della proclamazione degli eletti; in dottrina sottolinea questo aspetto M. POLESE, *L'equilibrio di bilancio come limite alla retroattività della sentenza di accoglimento*, in [Osservatorio AIC](#), 7 ss.

⁸² V., ad esempio, L. ANTONINI, *Forzatura dei principi versus modulazione temporale degli effetti della sentenza*, in [Forum di Quaderni costituzionali](#), 2015.

⁸³ M. RUOTOLO - M. CAREDDA, *Virtualità e limiti del potere di regolazione degli effetti temporali delle decisioni d'incostituzionalità. A proposito della pronuncia sulla c.d. Robin Tax*, cit., 8-9.

una clausola di irretroattività dell'incostituzionalità, negando l'obbligatorietà di quella sentenza per il passato e quindi anche per il giudizio principale, farebbe venire meno il requisito della rilevanza, comportando l'asserito superamento della pregiudizialità costituzionale prescritta dall'articolo 1 della [l. cost. n. 1 del 1948](#). Tale disposizione, infatti, pur non richiedendo un generalizzato effetto retroattivo delle sentenze di accoglimento, «*certamente pretende che la norma dichiarata incostituzionale non trovi applicazione ai fatti oggetto del giudizio*»⁸⁴.

Su questo aspetto specifico la sentenza n. 10 del 2015 introduce ulteriori profili di novità rispetto al passato, anche in relazione a quelle decisioni che avevano in vario modo inciso sulla retroattività degli effetti delle dichiarazioni di incostituzionalità.

Più in dettaglio, nelle [sentenze nn. 370/2003](#), [12/2004](#) e [423/2004](#) non poteva parlarsi di superamento della pregiudiziale costituzionale (concettualmente non esistente) poiché si trattava di decisioni adottate con riferimento a giudizi in via principale; nessuna incisione della pregiudizialità costituzionale, poi, emergeva in quelle pronunce che, pur limitando la portata retroattiva del dispositivo di accoglimento, non impedivano che gli effetti si riverberassero comunque anche nel giudizio *a quo* ([sentenze nn. 501/1988](#), [124/1991](#) e [416/1992](#)); non poteva parlarsi di deroga al carattere dell'incidentalità, infine, neppure per quelle sentenze che, similmente a quella in esame, avevano individuato il *dies a quo* di decorrenza degli effetti della dichiarazione di incostituzionalità nel giorno successivo alla pubblicazione della decisione in Gazzetta Ufficiale, con conseguente esclusione di operatività della stessa nel giudizio principale: tali pronunce, infatti, attenevano più propriamente a casi di incostituzionalità sopravvenuta, nei quali il *vulnus* alla Costituzione era riscontrabile solo da un certo momento in poi, e non configuravano ipotesi di incostituzionalità differita (come nel caso della [sentenza n. 10](#)) dove il vizio di illegittimità è originario e non sopravvenuto⁸⁵.

I profili problematici relativi al requisito della rilevanza non sembrano insuperabili: è ormai orientamento consolidato quello che ritiene tale requisito operante «*soltanto nei confronti del giudice a quo ai fini della prospettabilità della questione, ma non anche nei confronti della Corte ad quem al fine della decisione sulla medesima*»⁸⁶. In tal modo si spiega anche perché, di norma, la Corte costituzionale svolge «*un controllo di mera plausibilità sulla motivazione contenuta, in punto di rilevanza, nell'ordinanza di rimessione, comunque effettuato con esclusivo riferimento al momento e al modo in cui la questione di legittimità costituzionale è stata sollevata*»⁸⁷.

In altri termini, sebbene non si possa negare che qualche perplessità sul rispetto dell'incidentalità sia astrattamente prospettabile, occorre mettere in evidenza che la novità rappresentata dalla pronuncia deve essere giudicata nel suo complesso; la soluzione individuata dalla Corte risulta in ogni caso di gran lunga preferibile rispetto a pronunce teoricamente

⁸⁴ A. PUGIOTTO, *Un inedito epitaffio per la pregiudizialità costituzionale*, in [Forum di Quaderni costituzionali](#), 2015.

⁸⁵ In tal senso, v. ancora A. PUGIOTTO, *Un inedito epitaffio per la pregiudizialità costituzionale*, cit.

⁸⁶ La Corte riprende testualmente le parole utilizzate da R. MORELLI, *Esiti del seminario*, cit., 421, laddove l'Autore continuava il proprio pensiero concludendo: «*Di modo che, mentre sarebbe senz'altro inammissibile (in quanto meramente astratta) una questione che risultasse ex ante non rilevante, tale non sembra che vada considerata anche quella la cui soluzione (in relazione al limite temporale dell'accoglimento) ne comporti solo ex post la non influenza nel processo di provenienza*»; Vedi anche M. D'AMICO, *Giudizio sulle leggi ed efficacia temporale delle decisioni di incostituzionalità*, Milano, Giuffrè, 1993, 59, secondo la quale limitare la retroattività degli effetti delle pronunce di accoglimento non si pone in contraddizione con la natura incidentale del giudizio di costituzionalità.

⁸⁷ La Corte, inoltre, a sostegno della propria posizione aggiunge che «*in virtù della declaratoria di illegittimità costituzionale, gli interessi della parte ricorrente trovano comunque una parziale soddisfazione nella rimozione, sia pure solo pro futuro, della disposizione costituzionalmente illegittima*». In tal modo viene superata la possibile obiezione secondo la quale la soluzione adottata nella decisione presenta profili di lesione del diritto di agire ([art. 24 Cost.](#)) poiché consente comunque alla parte processuale di beneficiare degli effetti della dichiarazione di incostituzionalità.

inattaccabili ed ineccepibili, ma capaci di determinare una situazione ancora più lesiva per l'ordinamento costituzionale, con una palese «eterogenesi dei fini»⁸⁸ del *decisum* della Corte.

Il discorso potrebbe ampliarsi fino ad affrontare il dibattito sul valore da riconoscere alle regole processuali (nel caso di specie, il carattere incidentale del giudizio di costituzionalità); il confronto su tali temi è ancora aperto, rimanendo controverso se nell'attività di bilanciamento (tra valori costituzionali) si possano far rientrare anche le norme sul processo costituzionale; la tesi negativa trova il proprio fondamento nella finalità stessa di tali regole che sono poste a presidio del modo di procedere della Corte; negarne la natura vincolante (e quindi ritenerle bilanciabili) significherebbe negare la stessa esistenza nel nostro ordinamento di un diritto processuale costituzionale cogente o, comunque, di un diritto processuale idoneo a garantire la certezza del diritto⁸⁹.

Anche con riferimento al dispositivo della pronuncia è possibile fare qualche riflessione.

È stata messa in evidenza un'asserita divergenza tra la motivazione – dalla quale si desume con chiarezza che la dichiarazione di incostituzionalità non debba valere per il giudizio in corso e per i giudizi pendenti – e il dispositivo che, parafrasando il testo dell'[articolo 136 Cost.](#), si limita ad affermare che gli effetti decorrono dal giorno successivo alla pubblicazione in Gazzetta Ufficiale. Tuttavia, nonostante dalla formulazione del dispositivo della [sentenza n. 10 del 2015](#) non emerga, diversamente da alcune pronunce del passato⁹⁰, una chiara deroga rispetto all'efficacia retroattiva delle sentenze di incostituzionalità, non pare che si possano far derivare da questo aspetto formale conseguenze di carattere sostanziale, come, invece, fatto – in modo non condivisibile – dalla [pronuncia del 12 maggio 2015, n. 217/3/15 della Commissione Tributaria Provinciale di Reggio Emilia](#), che aveva sollevato la questione di legittimità costituzionale⁹¹.

Infatti, come si dirà più diffusamente in sede di commento della [sentenza n. 70 del 2015](#), il dispositivo deve essere letto ed interpretato alla luce della motivazione.

⁸⁸ G. SILVESTRI, *Effetti normativi ed effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale*, in *Quad. cost.*, 1989, 64.

⁸⁹ Su tali aspetti si rinvia a A. PUGIOTTO, *Un inedito epitaffio per la pregiudizialità costituzionale*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2015; A. RUGGERI, *Sliding doors per la incidentalità nel processo costituzionale (a margine di Corte cost. n. 10 del 2015)*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 9 aprile 2015; e soprattutto, a R. ROMBOLI, *L'“obbligo” per il giudice di applicare nel processo a quo la norma dichiarata incostituzionale ab origine: natura incidentale del giudizio costituzionale e tutela dei diritti*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2015, il quale sottolinea che si tratta di capire «se il rispetto delle regole processuali debba considerarsi “esterno” all'attività di bilanciamento oppure “interno” alla stessa. Se, in altri termini, le disposizioni che regolano il procedimento debbano ritenersi come una sorta di cornice che delimita e quindi stabilisce i confini entro cui la Corte può esercitare la propria attività, fra cui ovviamente anche quella di bilanciamento, con la conseguenza che il rispetto delle stesse legittima la successiva opera della Corte, al pari della esistenza dei presupposti del giudizio costituzionale (questione sollevata da un “giudice”, nel corso di un “giudizio” ecc.) oppure, viceversa, se il rispetto delle regole processuali entri anch'esso, al pari dei principi sostanziali coinvolti ed emergenti dalla specifica questione sottoposta all'esame della Corte, nell'opera di bilanciamento, di modo che, a seconda dei casi, possa essere ritenuto ora prevalente, ora recessivo rispetto agli altri valori in giuoco. Ritenere il rispetto delle regole processuali un valore “interno” all'opera di bilanciamento, significa in sostanza negare l'esistenza di un diritto processuale costituzionale e la funzione in via di principio attribuita e riconosciuta alle regole processuali, togliendo loro qualsiasi, reale significato, una volta che la violazione delle stesse può sempre essere giustificata e legittimata attraverso il richiamo alla “ragionevolezza dei fini di volta in volta presumibilmente perseguiti dalla Corte” oppure alla “ragionevolezza del mezzo prescelto”».

⁹⁰ Vedi le sentenze [nn. 266 del 1988](#), [501 del 1988](#), [124 del 1991](#) [416 del 1992](#) ma soprattutto la [n. 50 del 1989](#) laddove, dopo la previsione della decorrenza degli effetti della pronuncia di accoglimento a decorrere dal giorno successivo alla pubblicazione della stessa nella Gazzetta Ufficiale, veniva precisato «ferma restando la validità di tutti gli atti anteriormente compiuti».

⁹¹ Il giudice tributario, proprio sulla base della mancata espressa indicazione nel dispositivo della deroga alla retroattività degli effetti della pronuncia di incostituzionalità, ha ritenuto retroattiva la pronuncia della Corte, applicandola nel giudizio *a quo*, dando così ragione alla società ricorrente. Per un'analisi più dettagliata della pronuncia, si veda A. MORELLI, [Principio di totalità e «illegittimità della motivazione»](#): *cit.*, in questa *Rivista*, 2015, 483 ss.

Interessante è piuttosto un'altra notazione: avendo la Corte escluso l'operatività della dichiarazione di illegittimità nel giudizio *a quo*, e per maggiore aderenza al principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato, non è mancato chi ha messo in evidenza come la decisione, sotto questo profilo, avrebbe dovuto contenere un doppio dispositivo: di rigetto con riferimento a tutti i rapporti pendenti, compreso il giudizio principale; di accoglimento con riferimento ai rapporti futuri.

L'idea di una doppia pronuncia, però, sembra mal attagliarsi alle ipotesi di incostituzionalità differita: in tali casi, infatti, la Corte accoglie proprio la censura per come formulata dal giudice *a quo*, ritenendo sussistente *ab origine* il vizio. La non applicabilità nel giudizio principale del *decisum* della Corte dipende non già da una riscontrata infondatezza ma dalla distinta operazione ermeneutica di limitazione degli effetti temporali dell'accoglimento.

3.2 *La [sentenza n. 70 del 2015](#): un caso di incostituzionalità (solo apparentemente?) retroattiva.*

3.2.1. *La decisione della Corte.*

La [sentenza n. 70](#)⁹² ha dichiarato l'illegittimità costituzionale – per violazione degli [artt. 3, 36, primo comma](#), e [38, secondo comma, Cost.](#) – dell'art. 24, comma 25, del decreto-legge n. 201 del 2011, nella parte in cui prevedeva, in considerazione della contingente situazione finanziaria, il blocco integrale della indicizzazione per le pensioni di importo superiore a euro 1.217 netti, per gli anni 2012 e 2013⁹³.

Il blocco, così come congegnato dalla disposizione censurata, non introducendo un *discrimen* fra fasce di importo, è stato considerato lesivo dei principi di proporzionalità e adeguatezza della prestazione previdenziale, nonché del criterio di ragionevolezza, come delineati dalla giurisprudenza costituzionale.

Per giungere a tale conclusione la Corte ha ricostruito, in via preliminare, l'origine e l'evoluzione dell'istituto della perequazione automatica attraverso le disposizioni legislative succedutesi nel tempo⁹⁴, per poi esaminare quelle che hanno previsto in passato sospensioni del meccanismo perequativo⁹⁵.

⁹² E. BALBONI, *Il Caso Pensioni tra Corte e Governo: da valanga a palombella*, in [Forum di Quaderni costituzionali](#), 2015; A. BARBERA, *La sentenza relativa al blocco pensionistico: una brutta pagina per la Corte*, in [Rivista AIC](#), 2015, n. 2; S. CECCANTI, *Una sentenza che lascia due seri motivi di perplessità*, in [Federalismi.it](#), 2015, n. 10; M. ESPOSITO, *Il decreto-legge in-attuativo della sent. n. 70/2015 della Corte costituzionale*, in [Osservatorio AIC](#), 2015, n. 2; S. LIETO, *Trattare in modo eguale i diseguali? Nota alla sentenza n. 70/2015*, in [Forum di Quaderni costituzionali](#), 2015; E. MORANDO, *La sentenza n. 70 del 2015 sulle pensioni*, in [Federalismi.it](#), 2015, n. 10; A. MORRONE, *Ragionevolezza a rovescio: l'ingiustizia della sentenza n. 70/2015 della Corte costituzionale*, in [Federalismi.it](#), 2015, n. 10; G. NORI, *La sentenza n. 70/2015 della Corte costituzionale: qualche osservazione*, in [Forum di Quaderni costituzionali](#), 2015; G. PALMIERI SANDULLI, *La sentenza n. 70/2015 della Corte costituzionale*, in [Federalismi.it](#), 2015, n. 10; G. PEPE, *Necessità di una adeguata motivazione della legge restrittivamente incidente nella sfera giuridica dei cittadini? Commento a sentenza Corte cost. n. 70/2015*, in [Forum di Quaderni costituzionali](#), 2015; D. PORENA, *Sostenibilità, diritti acquisiti ed irretroattività della legge. Prime osservazioni a margine della sentenza della Corte costituzionale n. 70/2015*, in [Federalismi.it](#), 2015, n. 10; G.M. SALERNO, *La sentenza n. 70 del 2015: una pronuncia non a sorpresa e da rispettare integralmente*, in [Federalismi.it](#), 2015, n. 10; A. SGROI, *La perequazione automatica delle pensioni e i vincoli di bilancio: il legislatore e la Corte costituzionale*, in questa [Rivista](#), 2015, 516; A. STERPA, *Una "lettura intergenerazionale" della sent. n. 70 del 2015*, in [Federalismi.it](#), 2015, n. 10.

⁹³ La norma censurata prevedeva letteralmente che «*In considerazione della contingente situazione finanziaria, la rivalutazione automatica dei trattamenti pensionistici, secondo il meccanismo stabilito dall'art. 34, comma 1, della legge 23 dicembre 1998, n. 448, è riconosciuta, per gli anni 2012 e 2013, esclusivamente ai trattamenti pensionistici di importo complessivo fino a tre volte il trattamento minimo INPS, nella misura del 100 per cento*».

⁹⁴ Legge n. 903 del 1965, art. 10; legge n. 153 del 1969, art. 19; d. lgs. n. 503 del 1992, art. 11, commi 1 e 2; legge n. 448 del 1998, art. 34, comma 1; legge n. 388 del 2000, art. 69, comma 1; d. l. n. 81 del 2007, art. 5, comma

Venendo alla norma oggetto di censura, la Corte ha rilevato che essa si discostava in modo significativo dalla regolamentazione precedente, non solo in quanto la sospensione del meccanismo perequativo aveva una durata biennale, ma anche perché incideva sui trattamenti pensionistici di importo meno elevato.

Tale meccanismo, peraltro, non è stato confermato dalla legislazione successiva (art. 1, comma 483, lett. e, legge n. 147 del 2013 - legge di stabilità per l'anno 2014), con la quale il legislatore è tornato a proporre un *discrimen* fra fasce di importo, ispirandosi a criteri di progressività, parametrati sui valori costituzionali della proporzionalità e della adeguatezza dei trattamenti di quiescenza.

Dall'analisi dell'evoluzione normativa della materia è possibile evincere che «*la perequazione automatica dei trattamenti pensionistici è uno strumento di natura tecnica, volto a garantire nel tempo il rispetto del criterio di adeguatezza di cui all'art. 38, secondo comma, Cost.*» e «*si presta ad innervare il principio di sufficienza della retribuzione di cui all'art. 36 Cost., principio applicato, per costante giurisprudenza (...), ai trattamenti di quiescenza, intesi quale retribuzione differita*»⁹⁶.

La tecnica della perequazione, in considerazione delle sue «*caratteristiche di neutralità e obiettività e per la sua strumentalità rispetto all'attuazione dei suddetti principi costituzionali, si impone, senza predefinirne le modalità, sulle scelte discrezionali del legislatore, cui spetta intervenire per determinare in concreto il quantum di tutela di volta in volta necessario*»⁹⁷, ispirandosi ai principi costituzionali di cui agli [artt. 36, primo comma](#), e [38, secondo comma, Cost.](#), strettamente interconnessi tra loro, in ragione delle finalità che perseguono⁹⁸.

Alla luce di queste premesse, la Corte, nel valutare conclusivamente la censura relativa al comma 25 dell'art. 24 del d.l. n. 201 del 2011, ha affermato che esso – ignorando il monito indirizzato al legislatore con la [sentenza n. 316 del 2010](#)⁹⁹ – ha valicato i limiti di ragionevolezza e proporzionalità del trattamento pensionistico, «*con conseguente pregiudizio per il potere di acquisto del trattamento stesso e con "irrimediabile vanificazione delle aspettative legittimamente nutrite dal lavoratore per il tempo successivo alla cessazione della propria attività" (sentenza n. 349 del 1985)*». Infatti, il legislatore, pur mirando ad un risparmio di spesa, ha effettuato un corretto bilanciamento tra gli interessi in gioco: «*L'interesse dei pensionati, in particolar modo di quelli titolari di trattamenti previdenziali modesti, è teso alla conservazione del potere di acquisto delle somme percepite, da cui deriva in modo consequenziale il diritto a una prestazione previdenziale adeguata. Tale diritto, costituzionalmente fondato, risulta irragionevolmente sacrificato nel nome di esigenze finanziarie non illustrate in dettaglio*».

6. Dal complesso quadro storico-evolutivo della materia la Corte ha desunto che la disciplina generale prevedeva che soltanto le fasce più basse fossero integralmente tutelate dall'erosione indotta dalle dinamiche inflazionistiche o, in generale, dal ridotto potere di acquisto delle pensioni.

⁹⁵ D. l. n. 384 del 1992, art. 2; legge di conversione n. 438 del 1992, art. 2, comma 1-*bis*; legge n. 537 del 1993, art. 11, comma 5; legge n. 449 del 1997, art. 59, comma 13; legge n. 247 del 2007, art. 1, comma 19. Con riferimento all'insieme di tali disposizioni, la Corte ha constatato che le scelte discrezionali del legislatore hanno seguito nel corso degli anni orientamenti diversi, nel tentativo di bilanciare le attese dei pensionati con variabili esigenze di contenimento della spesa. Più in particolare, è stata ricordata la [sentenza n. 316 del 2010](#) con la quale - evidenziandosi la discrezionalità di cui gode il legislatore, sia pure nell'osservare il principio costituzionale di proporzionalità e adeguatezza delle pensioni - era stato indirizzato un monito in quanto la sospensione a tempo indeterminato del meccanismo perequativo, o la frequente reiterazione di misure intese a paralizzarlo, enterebbero in collisione con gli invalicabili principi di ragionevolezza e proporzionalità.

⁹⁶ *Considerato in diritto*, punto 8. La Corte, a sostegno di tale considerazione, richiama la [sentenza n. 208 del 2014](#) e la [sentenza n. 116 del 2013](#).

⁹⁷ *Ibidem*.

⁹⁸ La sentenza aggiunge: «*Per scongiurare il verificarsi di "un non sopportabile scostamento" fra l'andamento delle pensioni e delle retribuzioni, il legislatore non può eludere il limite della ragionevolezza (sentenza n. 226 del 1993). Al legislatore spetta, inoltre, individuare idonei meccanismi che assicurino la perdurante adeguatezza delle pensioni all'incremento del costo della vita*».

⁹⁹ Vedi nota 95.

In conclusione, quindi, la decisione ha ritenuto illegittimo il sistema di blocco della c.d. indicizzazione per le pensioni di importo complessivo superiore a tre volte il trattamento minimo INPS (cioè 1217 euro netti), tra l'altro per la genericità delle motivazioni assunte come presupposto dell'art. 24, comma 25, d.l. n. 201/2011, dando luogo ad un irragionevole sacrificio dei diritti dei pensionati «*nel nome di esigenze finanziarie non illustrate in dettaglio*»¹⁰⁰.

Va ricordato, infine, che a seguito della decisione della Corte, il Governo ha adottato il decreto-legge n. 65 del 2015 che dispone che la rivalutazione automatica sia riconosciuta, in via decrescente, soltanto ad alcune fasce di titolari di pensione, sino al limite massimo di sei volte il trattamento minimo INPS. Si prevede, inoltre, il consolidamento del danno patito dagli aventi diritto in quanto la pur ridotta restituzione delle somme di competenza degli anni 2012 e 2013 concorre soltanto in parte alla formazione della base di calcolo delle rivalutazioni successive (si tratta di un sorta di “capitalizzazione negativa”).

Il Governo ha giustificato le modalità del proprio intervento alla luce della necessità di rispettare i limiti di bilancio imposti dalla partecipazione al contesto europeo: tale soluzione non appare pienamente condivisibile e meriterebbe ulteriori riflessioni che non è possibile svolgere in questa sede¹⁰¹.

3.2.2. Riflessioni dottrinali

Anche in sede di analisi della [decisione n. 70 del 2015](#), è necessario fare una premessa metodologica: nello studio della pronuncia della Corte, piuttosto che cedere alla tentazione di aderire ai vari giudizi (positivi e negativi) formulati in dottrina o di contrastarli, appare più utile e costruttivo cercare di mettere in evidenza le possibili ragioni che stanno alla base della decisione.

Questa premessa metodologica appare particolarmente utile nello studio della sentenza in esame alla luce dell'acceso dibattito, spesso sopra le righe e non rispettoso dell'organo di giustizia costituzionale, che si è sviluppato subito dopo la sua adozione.

Tralasciando gli aspetti di merito della decisione, e affrontando più specificamente il profilo attinente al tema della (mancata?) modulazione degli affetti dell'accoglimento, è opportuno prendere le mosse da un dato incontrovertibile, rappresentato dal dispositivo della pronuncia che contiene una tradizionale dichiarazione di illegittimità secca.

In termini astratti, se ne dovrebbe desumere, come conseguenza necessaria del dispositivo, l'obbligo di corrispondere, per intero e nei confronti di tutti gli aventi diritto, le somme dovute a titolo di perequazione per gli anni 2012 e 2013, prescindendo dall'ammontare complessivo del trattamento pensionistico.

Tuttavia la conseguenza descritta (*i. e.* corrispondere “tutto a tutti”), potrebbe non essere l'unica soluzione imposta dalla decisione, essendo ipotizzabile anche una soluzione alternativa. La pronuncia, infatti, laddove ritenuta non auto-applicativa in ragione della sua struttura argomentativa, richiederebbe per la sua attuazione l'intervento del legislatore, al quale sarebbe lasciato un adeguato margine di discrezionalità nella scelta del meccanismo più idoneo per

¹⁰⁰ Considerato in diritto, punto 10. Per alcune riflessioni sull'asserita previsione di un obbligo di motivazione per il legislatore, si veda G. PEPE, *Necessità di una adeguata motivazione della legge restrittivamente incidente nella sfera giuridica dei cittadini? Commento a sentenza Corte cost. n.70/2015*, in [Forum di Quaderni costituzionali](#), 24 maggio 2015.

¹⁰¹ Lascia qualche perplessità l'idea che le norme europee possano impedire o comunque frenare persino l'esecuzione delle sentenze dell'organo statale deputato a custodire quei principi supremi che rappresentano i controlimiti alle limitazioni di sovranità che sono effetto della partecipazione dell'Italia all'Unione Europea. Laddove una simile concezione dovesse consolidarsi in futuro, vi potrebbe essere un serio rischio di annullamento di ogni frammento di sovranità nazionale. Per ulteriori riflessioni su questi aspetti specifici e, più in generale, sull'intervento normativo adottato a seguito della pronuncia della Corte, si veda M. ESPOSITO, *Il decreto-legge attuativo della sent. n. 70/2015 della Corte costituzionale*, in [Osservatorio AIC](#), 2015, n. 2.

procedere alla perequazione dei trattamenti pensionistici, seppur nel rispetto delle coordinate delineate dalla Corte nella parte motiva della decisione¹⁰².

Non vale ad escludere la descritta possibilità la circostanza che il dispositivo contenga solo una declaratoria secca di illegittimità; esso, infatti, non vive autonomamente ma va letto necessariamente alla luce di quanto sostenuto nella motivazione «*nella quale riposa l'essenza delle decisioni stesse, più ancora che nel dispositivo*»¹⁰³.

È indubbio, infatti, che la motivazione e dispositivo della decisione mettano in evidenza aspetti tra loro diversi. Infatti, la motivazione – dalla quale emerge la critica ad un blocco delle perequazioni previsto in modo troppo rigido e con una durata temporale eccessiva – si basa sulla necessità di tenere in adeguata considerazione soprattutto i titolari di trattamenti pensionistici modesti; il dispositivo, invece, sembra richiedere l'applicazione della perequazione a tutti i trattamenti pensionistici, a prescindere dal loro ammontare. Ciononostante, tale apparente discrasia può essere superata facendo ricorso ai normali criteri ermeneutici.

Non può, però, negarsi che un analogo risultato si sarebbe potuto raggiungere mediante l'adozione di una sentenza additiva di principio, o meglio di una additiva di meccanismo. La Corte avrebbe potuto dichiarare l'illegittimità della normativa censurata nella parte in cui non prevedeva uno specifico meccanismo di perequazione dei trattamenti pensionistici. La soluzione prospettata, tuttavia, oltre a non corrispondere necessariamente alla volontà del Collegio, si sarebbe esposta a maggiori critiche laddove fosse stato previsto un puntuale meccanismo di perequazione, con conseguente riduzione (se non proprio eliminazione) di ogni margine di discrezionalità del legislatore.

Al contrario, il dispositivo della [sentenza n. 70 del 2015](#) (letto in combinato con la parte motiva) sembrerebbe lasciare un adeguato margine di scelta per il legislatore, seppure all'interno del quadro delineato nella motivazione della pronuncia.

Alla luce delle considerazioni svolte, dunque, pare possibile giungere ad una conclusione.

Non è negabile che formalmente il dispositivo della [sentenza n. 70](#) sia di accoglimento secco e che certamente non abbia i contenuti (pur in astratto possibili) di una additiva di meccanismo; tuttavia, come dimostrato, analogo risultato potrebbe essere raggiunto interpretando il *dictum* alla luce della motivazione (lasciando impregiudicata la questione se questa sia stata la reale volontà della Corte).

In ogni caso, essendo comunque questa una soluzione prospettabile, gran parte delle reazioni scomposte avutesi all'indomani della decisione della Corte non avrebbe avuto ragione di esistere.

Sul confronto con la [sentenza n. 10 del 2015](#), si veda il paragrafo 3.4 del presente lavoro.

3.3. La [sentenza n. 178 del 2015](#): un caso di incostituzionalità sopravvenuta.

3.3.1. La decisione della Corte.

La [sentenza n. 178](#)¹⁰⁴ ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 9, commi 1 e 17, primo periodo del d.l. n. 78 del 2010, e dell'art. 16, comma 1, del d.l. n. 98 del 2011, in quanto il regime di prolungata sospensione della contrattazione collettiva per il periodo 2010-2014 per i lavoratori alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche (art. 2, comma 2, del d. lgs. 30 marzo 2001, n. 165) – realizzato attraverso norme susseguitesi senza soluzione di continuità e

¹⁰² È questa l'interpretazione che sembra aver orientato l'azione del Governo nell'adozione del già citato decreto legge n. 65 del 2015.

¹⁰³ A. RUGGERI - A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, cit., 191.

¹⁰⁴ R. PINARDI, *La Consulta ed il blocco degli stipendi pubblici: una sentenza di «incostituzionalità sopravvenuta»?*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2015; M. MOCHEGIANI, *La tecnica decisoria della sentenza 178 del 2015: dubbi e perplessità*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2015.

accomunate da analoga direzione finalistica – viola la libertà sindacale di cui all'[art. 39, primo comma, Cost.](#)

La Corte, dopo aver escluso la fondatezza delle censure che postulavano l'illegittimità radicale dei provvedimenti legislativi restrittivi della dinamica contrattuale e salariale nel lavoro pubblico¹⁰⁵, ha esaminato le censure mosse al regime di sospensione per la parte economica delle procedure contrattuali e negoziali in riferimento all'[art. 39, primo comma, Cost.](#)

Proprio con riguardo a questa censura la Corte ha riscontrato l'illegittimità del *«reiterato protrarsi della sospensione delle procedure di contrattazione economica»*, in quanto *«altera la dinamica negoziale in un settore che al contratto collettivo assegna un ruolo centrale»*¹⁰⁶. Per giungere a tale conclusione, si è evidenziato come il contratto collettivo, nei limiti tracciati dalle disposizioni imperative di legge (art. 2, commi 2, secondo periodo, e 3-bis del d.lgs. n. 165 del 2001), *«si atteggia come imprescindibile fonte, che disciplina anche il trattamento economico (art. 2, comma 3, del d.lgs. n. 165 del 2001), nelle sue componenti fondamentali ed accessorie (art. 45, comma 1, del d.lgs. n. 165 del 2001), e “i diritti e gli obblighi direttamente pertinenti al rapporto di lavoro, nonché le materie relative alle relazioni sindacali” (art. 40, comma 1, primo periodo, del d.lgs. n. 165 del 2001)»*. Esso *«contempera in maniera efficace e trasparente gli interessi contrapposti delle parti e concorre a dare concreta attuazione al principio di proporzionalità della retribuzione»*, ispirandosi ai doveri di solidarietà fondati sull'[art. 2 Cost.](#)¹⁰⁷.

Proseguendo nel proprio percorso logico-argomentativo la Corte ha chiarito che *«Se i periodi di sospensione delle procedure “negoziali e contrattuali” non possono essere ancorati al rigido termine di un anno, individuato dalla [propria] giurisprudenza (...) in relazione a misure diverse e a un diverso contesto di emergenza (...), è parimenti innegabile che tali periodi debbano essere comunque definiti e non possano essere protratti ad libitum»*. Nel caso di specie, in considerazione del *«carattere ormai sistematico di tale sospensione»*, si è sconfinato in un *«bilanciamento irragionevole tra libertà sindacale ([art. 39, primo comma, Cost.](#)), indissolubilmente connessa con altri valori di rilievo costituzionale e già vincolata da limiti normativi e da controlli contabili penetranti (artt. 47 e 48 del d.lgs. n. 165 del 2001), ed esigenze di razionale distribuzione delle risorse e controllo della spesa, all'interno di una coerente programmazione finanziaria ([art. 81, primo comma, Cost.](#))»*. Conseguentemente, *«Il sacrificio del diritto fondamentale tutelato dall'[art. 39 Cost.](#), proprio per questo, non è più tollerabile»*.

La logica conclusione del ragionamento non poteva che essere l'adozione di una dichiarazione di incostituzionalità della normativa, ma solo sopravvenuta (e in ciò risiede la particolarità della sentenza): *«Solo ora si è palesata appieno la natura strutturale della sospensione della contrattazione e può, pertanto, considerarsi verificata la sopravvenuta illegittimità costituzionale, che spiega i suoi effetti a séguito della pubblicazione di questa sentenza»*, spettando al legislatore per il futuro rimuovere *«i limiti che si frappongono allo svolgimento delle procedure negoziali riguardanti la parte economica»* e *«dare nuovo impulso all'ordinaria dialettica contrattuale, scegliendo i modi e le forme che meglio ne rispecchino la natura, disgiunta da ogni vincolo di risultato»*¹⁰⁸.

¹⁰⁵ Si tratta delle censure - prospettate in relazione agli [artt. 53](#) e [2 Cost.](#) - secondo le quali le disposizioni impugnate avrebbero configurato un prelievo tributario a tutti gli effetti e delle censure di ingiustificata disparità di trattamento tra il lavoro pubblico e il lavoro privato, nonché tra il lavoro pubblico assoggettato a una disciplina contrattuale e il lavoro pubblico escluso da tale disciplina.

¹⁰⁶ Considerato in diritto, punto 17.

¹⁰⁷ La Corte così prosegue: *«Tali elementi danno conto sia delle molteplici funzioni che, nel lavoro pubblico, la contrattazione collettiva riveste, coinvolgendo una complessa trama di valori costituzionali ([artt. 2, 3, 36, 39](#) e [97 Cost.](#)), in un quadro di tutele che si è visto essere presidiato anche da numerose fonti sovranazionali, sia delle disarmonie e delle criticità, che una protratta sospensione della dinamica negoziale rischia di produrre»*.

¹⁰⁸ Viene chiarito, inoltre, che *«Il carattere essenzialmente dinamico e procedurale della contrattazione collettiva non può che essere ridefinito dal legislatore, nel rispetto dei vincoli di spesa, lasciando impregiudicati, per il periodo già trascorso, gli effetti economici derivanti dalla disciplina esaminata»*.

3.3.2. Riflessioni dottrinali

Anche la [sentenza n. 178](#), al pari delle ricordate [decisioni nn. 10 e 70 del 2015](#), si pone nel solco delle pronunce nelle quali si sarebbe potuto presentare un confronto problematico tra la Corte e il legislatore; è indubbio, infatti, che anche essa, laddove avesse optato per una dichiarazione di illegittimità originaria, avrebbe comportato rischi per il bilancio dello Stato e quindi si sarebbe potuta iscrivere nell'elenco delle cosiddette "sentenze di spesa".

In realtà, la decisione della Corte non ha, almeno per il passato, alcun impatto finanziario.

Essa, infatti, va considerata più correttamente una sentenza di incostituzionalità sopravvenuta nella quale il *vulnus* alla Costituzione si concretizza in un momento successivo a quello dell'entrata in vigore della normativa; più nello specifico, e riprendendo quanto ricordato in precedenza¹⁰⁹, va rilevato che nel caso concreto, il sopraggiungere del vizio non è legato ad un accadimento preciso, puntuale e, come tale, facilmente collocabile da un punto di vista temporale, quanto piuttosto a vicende più complesse, per la cui maturazione è necessario il decorso di un certo lasso di tempo. In questo senso è chiarificatore il passaggio della motivazione laddove, come ricordato, la Corte sottolinea che «Solo ora si è palesata appieno la natura strutturale della sospensione della contrattazione e può, pertanto, considerarsi verificata la sopravvenuta illegittimità costituzionale».

Al pari di quanto accaduto con la [sentenza n. 10](#), anche a tale pronuncia sono state mosse critiche ed obiezioni basate su argomentazioni in parte coincidenti o comunque con aspetti similari.

È stato messo in evidenza come la decorrenza degli effetti sia individuata dal momento della pubblicazione della decisione; se è pur vero che la Corte avrebbe potuto individuare un termine diverso, la soluzione comunque appare quella meno discrezionale e lontana da una possibile accusa di decisione arbitraria, in quanto ancora la decorrenza degli effetti ad un termine (seppur fissato ad altri fini) emergente dal dato normativo, cioè dall'[articolo 136 della Costituzione](#).

Così pure è stata evidenziata la non applicabilità della decisione nel giudizio *a quo*, e quindi l'asserita deroga al principio dell'incidentalità del giudizio costituzionale; ed, ancora, è stato ipotizzato che il dispositivo della decisione sarebbe dovuto essere un doppio dispositivo: per entrambi gli aspetti problematici sollevati valgono le riflessioni già esposte con riferimento alla [pronuncia n. 10](#).

Altro aspetto peculiare della [pronuncia n. 178](#) sta nel dispositivo: diversamente dalla [sentenza n. 10](#), si chiarisce che la decorrenza degli effetti della pronuncia è dal giorno successivo alla sua pubblicazione in Gazzetta Ufficiale, e si effettua un espresso rinvio ai «*termini di cui in motivazione*»; in tal modo si vuole rendere palese (ove non lo fosse già dalla motivazione) la volontà della Corte, così evitando ogni possibile fraintendimento¹¹⁰.

Per ulteriori aspetti, anche di confronto con le [sentenze nn. 10 e 70 del 2015](#), si veda il paragrafo successivo.

3.4. Un confronto tra le pronunce [nn. 10, 70 e 178 del 2015](#): profili differenziali ed affinità.

Ricostruiti gli aspetti essenziali relativi a ciascuna decisione oggetto della presente trattazione, sembra opportuno, ora, cercare di mettere in evidenza i profili differenziali e le affinità esistenti tra le [pronunce nn. 10, 70 e 178 del 2015](#).

¹⁰⁹ Vedi par. 2.2.

¹¹⁰ Vedi nota 91.

In particolare, si affronteranno le seguenti tematiche: il potenziale impatto economico che sarebbe potuto derivare dalle decisioni, la categoria dottrinale di appartenenza di ciascuna di esse, il diverso ruolo che nelle argomentazioni della Corte riveste l'[articolo 81 Cost.](#), alcune particolarità dei loro dispositivi.

Procedendo con ordine, si evidenzia in primo luogo che le tre sentenze si sono occupate di disposizioni accomunate dalla finalità di salvaguardare esigenze di bilancio (tramite un aumento delle entrate o una diminuzione della spesa); i casi affrontati, inoltre, riguardavano questioni inerenti a settori dell'ordinamento – rispettivamente tributario, pensionistico e del pubblico impiego – nei quali un intervento caducatorio tradizionale da parte della Corte avrebbe rischiato di provocare un non trascurabile danno al bilancio dello Stato: in tal senso, le tre pronunce potenzialmente avrebbero potuto rappresentare altrettanti casi di cosiddette “sentenze di spesa”.

La [sentenza n. 10](#), infatti, laddove non avesse proceduto con la modulazione degli effetti temporali dell'accoglimento, a seguito del bilanciamento con le esigenze dell'Erario, avrebbe comportato un obbligo di restituzione delle somme già versate a titolo di addizionale IRES; la [sentenza n. 70](#), nell'accogliere la questione di legittimità, ha posto l'esigenza di procedere alla perequazione dei trattamenti pensionistici per gli anni 2012 e 2013, pur potendosi limitare l'impatto economico-finanziario laddove si accedesse (come sembra avere fatto il Governo) alla già prospettata interpretazione secondo cui dalla decisione della Corte non discenderebbe l'obbligo di corrispondere “tutto a tutti”; la [decisione n. 178](#), infine, ove avesse concluso nel senso di una illegittimità originaria o comunque da un momento antecedente alla sua pubblicazione in Gazzetta Ufficiale, avrebbe reso necessario procedere alla corresponsione degli aumenti spettanti ai pubblici dipendenti.

Dal punto di vista classificatorio è interessante evidenziare che le decisioni della Corte appartengono a tre differenti categorie dottrinali: la [sentenza n. 10](#) costituisce un esempio di incostituzionalità differita; la [sentenza n. 70](#), almeno formalmente, si inserisce tra le decisioni di incostituzionalità secca, quindi con effetti retroattivi; la [sentenza n. 178](#), infine, rientra nell'alveo delle pronunce di incostituzionalità sopravvenuta.

Il rapporto tra la prima caratteristica evidenziata (l'essere, almeno potenzialmente, sentenza di spesa) e il differente tipo di dispositivo adottato in ciascuna delle decisioni può essere illuminato da qualche ulteriore riflessione sul ruolo che l'[articolo 81 Cost.](#), esplicitamente o implicitamente, sembra svolgere all'interno dei percorsi argomentativi della Corte.

Come ricordato, a rigore può dirsi che solo nella [sentenza n. 10](#) si è operata un'espressa manipolazione degli effetti temporali dell'accoglimento; infatti, essendo stata ritenuta la normativa incostituzionale sin dal momento della sua adozione, ci si è preoccupati di effettuare espressamente un giudizio prognostico sulle conseguenze che sarebbero derivate dalla tradizionale caducazione della disposizione censurata, in considerazione dell'attitudine delle pronunce di accoglimento della Corte a produrre effetti retroattivi.

Da tale giudizio è emersa la concreta possibilità di un danno all'Erario¹¹¹ e, mediamente, di «*un irrimediabile pregiudizio delle esigenze di solidarietà sociale con grave violazione degli artt. 2 e 3 Cost.*» oltre che di «*un'irragionevole disparità di trattamento, questa volta tra i diversi soggetti che operano nell'ambito dello stesso settore petrolifero, con conseguente pregiudizio anche degli artt. 3 e 53 Cost.*».

Accertata l'illegittimità *ab origine* della disposizione, si è proceduto ad un bilanciamento “esterno”, cioè ad un bilanciamento «*fra il vizio della norma e il vizio della sua eliminazione:*

¹¹¹ Vedi M. RUOTOLO - M. CAREDDA, *Virtualità e limiti del potere di regolazione degli effetti temporali delle decisioni d'incostituzionalità. A proposito della pronuncia sulla c.d. Robin Tax*, cit., dove si mette in evidenza che “stranamente” la questione è stata decisa a distanza di 4 anni dal suo arrivo in Corte.

l'esito è circoscrivere la sanzione del primo ai soli rapporti futuri onde evitare il prodursi del secondo ed incorrere nel classico paradosso nietzschiano del rimedio peggiore del male»¹¹².

Nella [sentenza n. 70](#), invece, non vi è alcun riferimento espresso alla previsione dell'[articolo 81 Cost.](#) L'assenza di un chiaro richiamo a quest'ultima norma potrebbe essere interpretato come una precisa volontà della Corte di ritenere non bilanciabili con le esigenze di carattere economico-finanziario i diritti di una categoria particolarmente debole quale quella dei pensionati, specialmente se percettori di un trattamento di importo non elevato (in tal senso, si coglie la diversità rispetto alla categoria dei soggetti incisi dalla sentenza n. 10, in apparenza in condizioni tali da poter meglio sopportare eventuali sacrifici economici).

Secondo una diversa impostazione ermeneutica, già esposta nel precedente paragrafo 3.2, potrebbe sostenersi che la mancanza di un richiamo espresso all'[art. 81 Cost.](#) non necessariamente significa che la Corte si sia disinteressata delle esigenze poste dalla norma costituzionale. Al contrario, partendo dall'idea che la pronuncia non sia necessariamente auto-applicativa, si sarebbe voluto rimettere alle scelte discrezionali del legislatore "il come e il quanto" attuare della decisione, seppur nel quadro delle argomentazioni e dei limiti posti dalla motivazione stessa. In altri termini, la Corte avrebbe lasciato la scelta delle modalità con le quali procedere alla perequazione delle pensioni – e conseguentemente, stabilire le somme da corrispondere per gli anni 2012 e 2013 – al legislatore, quale soggetto che possiede una cognizione generale e non parziale dei dati macroeconomici e della situazione del bilancio pubblico¹¹³.

Ancora differente appare il ruolo che l'[articolo 81 Cost.](#) svolge all'interno della [pronuncia n. 178](#) nella quale è stato utilizzato per svolgere una sorta di bilanciamento interno, al fine di stabilire a monte se la norma censurata fosse o meno da considerare illegittima. La Corte, infatti, ritiene che la sospensione reiterata delle procedure negoziali e contrattuali nel settore del pubblico impiego «*sconfina (...) in un bilanciamento irragionevole tra libertà sindacale (art. 39, primo comma, Cost.), indissolubilmente connessa con altri valori di rilievo costituzionale e già vincolata da limiti normativi e da controlli contabili penetranti (artt. 47 e 48 del d.lgs. n. 165 del 2001), ed esigenze di razionale distribuzione delle risorse e controllo della spesa, all'interno di una coerente programmazione finanziaria (art. 81, primo comma, Cost.)*». Il vizio di incostituzionalità, in altri termini, è stato individuato non a partire dal primo blocco delle procedure di rinnovo contrattuale, ma solo da quando si è «*palesata appieno la natura strutturale della sospensione della contrattazione*»; è chiaro, allora, che solo da questo momento si producono gli effetti della decisione (nel dispositivo si fa riferimento alla decorrenza dal giorno successivo alla pubblicazione in Gazzetta ufficiale), non dovendosi corrispondere arretrati ai dipendenti pubblici. Pertanto, non determinandosi alcun rischio di creazione di un vuoto finanziario per gli anni pregressi, non si è reso necessario procedere ad un nuovo bilanciamento (esterno) con l'[articolo 81 Cost.](#), perché diversa è la situazione fattuale rispetto a quella affrontata con la [sentenza n. 10](#).

¹¹² P. CARNEVALE, *La declaratoria di illegittimità costituzionale 'differita' fra l'esigenza di salvaguardia del modello incidentale e il problema dell'auto-attribuzione di potere da parte del giudice delle leggi*, in *Diritto Pubblico*, 2015, n. 2.

¹¹³ In dottrina si è più volte segnalata l'opportunità, se non la necessità, per la Corte di ricorrere alle ordinanze istruttorie per avere cognizione dei potenziali effetti economici derivanti dall'accoglimento delle questioni di legittimità. Si ricorda, in sede di commento della [pronuncia n. 10 del 2015](#), M. D'AMICO, *La Corte e l'applicazione (nel giudizio a quo) della legge dichiarata incostituzionale*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2015, 3. Resta chiaro, comunque, che il maggiore utilizzo di tali ordinanze non sembra idoneo a risolvere tutti i profili problematici; in questo modo, infatti, si potrebbe ottenere una quantificazione solo parziale, con il connesso rischio della provenienza da una delle parti del giudizio, e senza il suo inquadramento all'interno di un contesto finanziario noto solo ad altri organismi istituzionali. Sul punto, si veda anche il recente disegno di legge recante "Modifiche alla legge 11 marzo 1953, n. 87, e alla legge 31 dicembre 2009, n. 196, in materia di istruttoria e trasparenza dei giudizi di legittimità costituzionale" ([A.S. 1952](#) - presentato in data 9 giugno 2015).

In ogni caso, dall'analisi svolta emerge una possibile riflessione di carattere generale: l'attività di bilanciamento di valori costituzionali non segue un modello unico e rigido, ma si presta ad adeguarsi alle diverse situazioni fattuali e alle specifiche questioni sottoposte al giudizio della Corte; la stessa attività, in taluni casi, non può eliminare margini di "incertezza" poiché non sempre essa è "a rime obbligate"¹¹⁴ ma può presentarsi maggiormente libera, col conseguente rischio che alcuni giudici di merito giungano a soluzioni contraddittorie o comunque discutibili¹¹⁵.

Un ultimo aspetto di confronto riguarda il dispositivo delle tre pronunce in esame.

Come già segnalato, il dispositivo della [pronuncia n. 10](#) è tipico di una incostituzionalità differita; questa qualificazione non cambia per il solo fatto che oltre alla previsione di decorrenza dal momento successivo alla pubblicazione non si sia espressamente inserita una formula del tipo «ferma restando la validità di tutti gli atti anteriormente compiuti». È chiaro, infatti, che questa intenzione era desumibile dalle motivazioni.

Il dispositivo della [sentenza n. 70](#) è quello di una tradizionale illegittimità retroattiva; con le riserve già segnalate, un analogo risultato si sarebbe potuto conseguire mediante l'adozione di un dispositivo di una pronuncia additiva, o con l'aggiunta dell'espressione «nei sensi di cui in motivazione».

Da ultimo, il dispositivo della [sentenza n. 178](#) è quello tipico di una incostituzionalità sopravvenuta, contenente, inoltre, l'indicazione «*nei termini indicati in motivazione*», in modo da non generare alcun dubbio sul punto. Sarebbe stato possibile desumere tale conclusione anche mediante il ragionamento esposto in precedenza, basato sulla necessaria lettura coordinata del dispositivo e della motivazione della pronuncia.

Una notazione conclusiva. È stato segnalato come la Corte, avendo individuato, almeno nelle [sentenze nn. 10](#) e [178](#), un *dies a quo* di decorrenza degli effetti differente rispetto a quello di adozione delle disposizioni censurate, avrebbe dovuto utilizzare tale discrezionalità per individuare un autonomo termine piuttosto che fare riferimento al giorno successivo alla pubblicazione in Gazzetta ufficiale. Tuttavia, l'indicazione di tale termine, pur utilizzato dall'[articolo 136 Cost.](#) ad altri fini, appare corretto in quanto ancorato ad un dato normativo, evitando che la scelta discrezionale si trasformi in arbitrio.

4. Conclusioni

Le sentenze oggetto di analisi pongono all'interprete alcuni profili di criticità e, come tutte le pronunce che presentano un forte carattere innovativo, generano giudizi contrastanti in dottrina. Tuttavia, sembra corretto ribadire che la novità di una pronuncia deve essere giudicata nel suo complesso, potendo essa risultare preferibile rispetto ad altre teoricamente inattaccabili ed ineccepibili ma capaci di determinare una situazione potenzialmente ancor più lesiva per l'ordinamento costituzionale.

Va tenuto presente, come accennato in precedenza, che la Corte costituzionale italiana si trova ad operare in un sistema che non prevede espressamente il potere di modulare gli effetti temporali delle proprie pronunce di accoglimento. Tale carattere del sistema di giustizia costituzionale italiano si fonda sia su considerazioni di ordine politico-costituzionale¹¹⁶ sia sulle modalità con le quali si svolse il dibattito in sede di Assemblea costituente¹¹⁷.

¹¹⁴ In questo senso, v. I. CIOLLI, *L'art. 81 della Costituzione: da limite esterno al bilanciamento a super principio*, in [Forum di Quaderni costituzionali](#), 2015

¹¹⁵ Vedi nota 91.

¹¹⁶ Il mancato riconoscimento in capo alla Corte del potere di adottare qualunque determinazione in ordine alla sorte della legge dichiarata incostituzionale deriva dalla «difficoltà di ammettere la sottoposizione dell'attività legislativa alla volontà di un organo diverso e per di più privo della legittimazione democratica propria invece degli organi legislativi: una ragione connessa alla separazione dei poteri e, l'altra, al principio di supremazia della

Resta, allora, aperto l'interrogativo se un siffatto potere possa essere comunque riconosciuto al Giudice delle leggi in virtù del ruolo che esso svolge nell'ordinamento; non è negabile, in effetti, che il tema della modulazione dell'efficacia temporale delle decisioni di incostituzionalità sia strettamente legato al ruolo che si riconosce alla Corte nella forma di governo italiana.

Qualificandola, infatti, quale organo che esercita una funzione meramente giurisdizionale ne deriverebbe l'esclusione del potere di modulare gli effetti delle proprie sentenze; si dovrebbe giungere a considerazioni opposte laddove le si dovesse riconoscere la natura di organo «*“custode della Costituzione”, inevitabilmente dotato di più o meno ampi poteri di decisione politica*»¹¹⁸.

È chiaro, quindi, che la risposta all'interrogativo formulato non può essere fornita sulla base di singole o isolate pronunce adottate dalla Corte ma deve avvenire alla luce di una complessiva valutazione del ruolo che alla stessa va riconosciuto. Non appare, allora, del tutto convincente l'idea in base alla quale la Corte dovrebbe “limitarsi a fare quel che deve”, pronunciando l'illegittimità costituzionale di una disposizione senza doversi occupare delle concrete conseguenze che ne possono derivare. Infatti, anche se la regola centrale deve rimanere quella che vede riconoscere al legislatore il compito di fare fronte alle conseguenze che derivano da una pronuncia della Corte (ad esempio, vuoti normativi o esigenze di bilancio), l'idea di escludere in assoluto ogni ruolo della Corte pecca di eccessiva astrattezza. Non può negarsi, infatti, che «*la Corte opera nella realtà sociale, in quella che è la vita del Paese, e non può disinteressarsi delle conseguenze concrete, degli effetti reali delle sue pronunce*»¹¹⁹.

La stessa Corte costituzionale ha avuto occasione – nell'ottica di un confronto rispetto alla diversa funzione assolta dalla Corte europea dei diritti dell'uomo – di ricostruire il proprio ruolo quale garante della costituzionalità dell'ordinamento globalmente considerato, ragione per la quale essa è chiamata a non isolare il singolo caso portato alla sua attenzione ma a ricostruire la posizione che questo occupa nel sistema, oltre che i possibili effetti della decisione¹²⁰ (enfasi aggiunta).

democrazia rappresentativa» (G. ZAGREBELSKY – V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, cit., 346-347). Si tratta del cosiddetto problema della difficoltà contro maggioritaria espressione coniata da A. BICKEL, *The Least Dangerous Branch. The Supreme Court at the Bar of Politics*, Boobs-Merrill, New Haven, Conn., Yale University Press, 1962, 3.

¹¹⁷ Il dibattito che portò all'approvazione della normativa in discussione «*risultò tutt'altro che consapevole, approfondit[o] ed esaustiv[o]*» (per una trattazione più esaustiva di tale aspetto si veda R. PINARDI, *La Corte, i giudici e il legislatore*, cit., 30 ss.) e fu «*condizionato e sacrificato (...) da rigorosi limiti di tempo (...) e dalla disciplina che era già stata, per avventura, precedentemente accolta in ordine alla struttura e alle competenze di altri organi (od enti) ed ai rapporti tra di essi, nel cui contesto sistematico il nuovo organo veniva ad inserirsi*» (in questi termini si esprime G. D'ORAZIO, *La genesi della Corte costituzionale. Ideologia, politica, dibattito dottrinale: Un saggio di storia delle istituzioni*, Milano, 1981, 104).

¹¹⁸ Per una trattazione più completa di tali aspetti, si veda M. RUOTOLO, *La dimensione temporale dell'invalidità della legge*, cit., 45 e ss. È significativo sottolineare che di «*custode della Costituzione*», quale ruolo affidato alla Corte, parla anche la recente [sentenza n. 10 del 2015](#), al secondo capoverso del punto 7 del *Considerato in diritto*.

¹¹⁹ F. SAJA, *Introduzione ai lavori del seminario*, in AA.VV., *Effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale anche con riferimento alle esperienze straniere* (Atti del seminario svoltosi in Roma, Palazzo della Consulta, il 23 e 24 novembre 1988), Milano, 1989, 3.

¹²⁰ Il giudice delle leggi ha infatti sottolineato, a più riprese, che la Corte Edu, che si pronuncia su ricorsi individuali diretti, offre tutela «*in modo parcellizzato, con riferimento a singoli diritti*», mentre la Corte costituzionale è deputata ad una salvaguardia dei diritti fondamentali «*sistemica e non frazionata in una serie di norme non coordinate e in potenziale conflitto fra loro*» ([sent. n. 264/2012](#)). Come è stato sottolineato, dunque, «*il diverso esito dei giudizi [tra le due Corti] non dipende, semplicisticamente, dall'uso di uno scrutinio più o meno stretto o dalla propensione per una più o meno rigorosa tutela dei diritti individuali o, ancora, dall'adozione di un livello più o meno alto di garanzia. Un'analisi di tipo quantitativo non sarebbe in grado di dar ragione del contrasto giurisprudenziale. L'origine di quest'ultimo è piuttosto da rintracciarsi nella diversa prospettiva di valutazione: caso per caso, per la Corte europea, sistemica o integrata per la Corte italiana*» (v. M. CARTABIA, *La tutela multilivello dei diritti fondamentali - Il cammino della giurisprudenza costituzionale italiana dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona*, Intervento in occasione dell'Incontro trilaterale tra le Corti costituzionali italiana,

Dall'esame delle pronunce prese in considerazione nel presente lavoro, è possibile effettuare una riflessione conclusiva. I dispositivi di tali decisioni, che in ultima analisi contengono (con forme diverse) una dichiarazione di illegittimità costituzionale delle disposizioni censurate, sembrano testimoniare la volontà da parte del Giudice delle leggi di non utilizzare altre tecniche decisorie, quale l'adozione di pronunce di incostituzionalità accertata ma non dichiarata o dei moniti che, per essere realmente efficaci, presuppongono una fattiva collaborazione da parte del legislatore. Tuttavia, il nostro sistema, diversamente da quanto avviene in Germania, dove alla Corte è riconosciuto il potere di vincolare il Parlamento a legiferare, non ha prodotto efficaci modalità di regolamentazione dei rapporti tra Corte costituzionale e potere politico. Anzi, è noto quanto sia problematico il terreno del cosiddetto "seguito parlamentare" dell'attività della Corte.

È chiaro, quindi, che nel caso di mancato intervento del legislatore volto ad "adeguare" il sistema tenendo conto delle indicazioni formulate dalla Corte, si porrebbe un significativo problema qualora analoga questione fosse portata nuovamente all'attenzione della Corte. Infatti, essa, per dichiarare l'illegittimità costituzionale della disposizione, si vedrebbe costretta a superare, con non poche difficoltà, proprio quegli stessi ostacoli (ad esempio, discrezionalità legislativa, rischi di creare buchi di bilancio) individuati e posti alla base della precedente pronuncia monitoria o di mero accertamento, senza dichiarazione, di incostituzionalità

Francesco Marone
L'intervento nei conflitti costituzionali:
porta chiusa al deputato e porta aperta al consigliere regionale?
(Corte costituzionale 9 giugno 2015, n. 107)

SOMMARIO: 1. *La fattispecie all'esame della Corte.* – 2. *Gli aspetti processuali: limiti dell'intervento in giudizio.* – 3. *Il “caso Previti”* – 4. *Considerazioni conclusive.*

1. *La fattispecie all'esame della Corte*

Con la [sentenza n. 107 del 2015](#) la Corte costituzionale ha deciso i conflitti sollevati dalla Regione Toscana e dalla Regione Piemonte con riferimento ai decreti delle sezioni giurisdizionali regionali della Corte dei conti, che ordinavano ai presidenti dei gruppi del Consiglio regionale di depositare i conti giudiziari relativi alla gestione dei contributi pubblici per le annualità 2010, 2011 e 2012.

Le Regioni ricorrenti lamentavano, in particolare, la violazione della propria autonomia organizzativa e contabile e la violazione dell'art. 122, comma 4, della Costituzione, perché la sottoscrizione del rendiconto equivarrebbe ad un voto dato nell'esercizio della funzione del consigliere regionale. Preliminarmente veniva, poi, eccepito il difetto di giurisdizione della Corte dei conti, per mancanza dei requisiti oggettivo e soggettivo. Non vi sarebbe, sul piano oggettivo, giurisdizione della Corte dei conti, poiché manca un'espressa previsione di legge che estenda il controllo sulle spese dei gruppi consiliari, in un quadro generale nel quale la giurisdizione contabile sulle amministrazioni non statali si estende solo agli organi espressamente indicati dal legislatore¹. Sul piano soggettivo, i capigruppo del Consiglio regionale non sarebbero qualificabili come agenti contabili.

La Corte ha accolto il conflitto, ritenendolo fondato sotto quest'ultimo profilo. Ricostruita, attraverso la giurisprudenza costituzionale pregressa², la figura del presidente del gruppo consiliare come figura complessa, il cui forte rilievo politico è intimamente connesso con l'attività ed il funzionamento dell'Assemblea, si afferma che *«l'eventuale attività materiale di maneggio del denaro costituisce, quindi, in relazione al complesso ruolo istituzionale del presidente del gruppo consiliare, un aspetto del tutto marginale e non necessario (perché i gruppi consiliari ben potrebbero avvalersi per tale incombenza dello stesso tesoriere regionale), e non ne muta la natura eminentemente politica e rappresentativa della figura, non riducibile a quella dell'agente contabile»*.

¹ Il riferimento è all'art. 44, r.d. 12 luglio 1934, n. 1214, a norma del quale la Corte dei conti *«giudica, con giurisdizione contenziosa, sui conti dei tesorieri, dei ricevitori, dei cassieri e degli agenti incaricati di riscuotere, di pagare, di conservare e di maneggiare denaro pubblico o di tenere in custodia valori di proprietà dello Stato»*, mentre giudica sui conti delle altre pubbliche amministrazioni solo *«per quanto le spettano a termini di leggi speciali»*.

² La Corte costituzionale fa, in particolare, riferimento alle [sentenze 22 dicembre 1988, n. 1130](#); [12 aprile 1990, n. 187](#) (con nota di C. PINELLI, *In tema di inquadramento nei ruoli regionali di personale assunto dai gruppi consiliari*, in *Giur. cost.*, 1990, 1102); [6 marzo 2014, n. 39](#) (con nota di M. MORVILLO, *L'ausiliarità ai tempi della crisi: i controlli della Corte dei conti tra equilibrio di bilancio e autonomia dei controllati*, in *Giur. cost.*, 2014, 810).

La decisione, senz'altro interessante nei suoi aspetti sostanziali, non foss'altro perché il tema del controllo sulla spesa dei contributi pubblici da parte delle formazioni politiche è da qualche anno di grande attualità, presenta, altresì, uno specifico profilo d'interesse sul piano processuale.

2. Gli aspetti processuali: limiti dell'intervento in giudizio

Nel giudizio sono intervenuti i presidenti dei gruppi del Consiglio regionale della Toscana, argomentando l'ammissibilità del loro intervento con il richiamo a quella giurisprudenza costituzionale che, pur ribadendo la natura del conflitto tra enti come strumento di definizione delle attribuzioni tra lo Stato e le Regioni, che ne sono, quindi, le uniche parti naturali, ha ammesso deroghe per *«quei soggetti il cui diritto di difesa in seno a un processo comune possa essere, come nel caso di specie, compromesso o irrimediabilmente condizionato dall'esito del giudizio costituzionale»*.

La Corte, con [ordinanze emesse all'udienza del 28 aprile 2015](#), ha ammesso l'intervento, confermando il proprio orientamento ormai costante da qualche anno. Fermo restando che nei conflitti intersoggettivi non è ammesso l'intervento di soggetti diversi da quelli legittimati a promuovere il conflitto o a resistervi, è ammesso l'intervento di chi sia parte di un giudizio comune, il cui esito la pronuncia della Corte sia suscettibile di condizionare³.

Nella fattispecie ricorre l'eccezione definita dalla giurisprudenza costituzionale in argomento, *«dal momento che gli intervenienti sono convenuti nei giudizi di conto originati dai provvedimenti impugnati in questa sede e il giudizio costituzionale, vertendo sulla spettanza o meno della competenza allo Stato dell'esercizio della giurisdizione contabile, è suscettibile di condizionare la stessa possibilità che i detti giudizi comuni abbiano luogo»*.

In effetti, non sembra si possa dubitare che, nella fattispecie, il giudizio costituzionale sia destinato a produrre effetti sul giudizio comune pendente dinanzi alla Corte dei conti. Il giudizio contabile non potrà aver luogo in ragione dell'accoglimento del conflitto, mentre sarebbe regolarmente proseguito in caso di rigetto o inammissibilità.

³ La giurisprudenza costituzionale ormai da qualche anno afferma che l'intervento nei conflitti deve essere ammesso quando il giudizio costituzionale sia suscettibile di condizionare un giudizio comune avente il medesimo oggetto. In particolare, a partire dalla [sentenza n. 386 del 2005](#) (con nota di T. GALLOZZI, *Il rapporto tra la pronuncia di incostituzionalità in via principale e l'ammissibilità del conflitto conseguente* e postilla di R. CHIEPPA, *Se anche la Corte trascura gli effetti delle sentenze di illegittimità e la propria competenza sui conflitti*, in *Giur. cost.*, 2005, 3812), la Corte ha ammesso l'intervento in giudizio della parte di un giudizio amministrativo avente il medesimo oggetto, così sviluppando le potenzialità interpretative insite nella motivazione della [sentenza n. 76 del 2001](#) (con note di R. ROMBOLI, *Immunità per le opinioni espresse dai parlamentari e dai consiglieri regionali e tutela del terzo danneggiato: un importante mutamento della giurisprudenza costituzionale, in attesa di un altro più significativo*, di G. GEMMA, *Intervento dei soggetti privati nei conflitti di attribuzione fra Stato e regioni: la Corte dà via libera* e di A. CONCARO, *Conflitti costituzionali e immunità: anche le parti private vanno tutelate nel giudizio dinanzi alla Corte?*, in *Giur. cost.*, 2001, 488), con la quale per la prima volta aveva ammesso l'intervento di un terzo privato nel conflitto. Su questi temi sia consentito rinviare a F. MARONE, *Processo costituzionale e contraddittorio nei conflitti intersoggettivi*, Napoli, 2011.

I presidenti dei gruppi consiliari, convenuti dinanzi alla Corte dei conti, ricevono un indubbio beneficio dall'accoglimento del conflitto ed avevano, quindi, interesse ad intervenire in giudizio, coerentemente con la giurisprudenza costituzionale pregressa.

La decisione in commento rappresenta, per certi versi, una doppia conferma. Da un lato dell'apertura del contraddittorio ai terzi privati in caso di contemporanea pendenza di un giudizio comune, dall'altro della difficoltà di definire una linea di demarcazione dell'area dell'ammissibilità degli interventi sufficientemente chiara.

Com'è noto, la giurisprudenza costituzionale in tema di contraddittorio nei conflitti ha disegnato un percorso di progressiva apertura, ammettendo alcune eccezioni alla regola generale, sopra richiamata, secondo la quale il conflitto intersoggettivo è strumento di definizione delle competenze di Stato e Regioni, per cui queste ne sono le uniche parti necessarie⁴.

In particolare, può dirsi ormai consolidata, seppur con qualche oscillazione⁵, la giurisprudenza secondo la quale va ritenuto ammissibile l'intervento in giudizio di

⁴ La giurisprudenza costituzionale è progressivamente passata da una posizione di netta chiusura del contraddittorio, definita a partire dalle decisioni degli anni '50, ad una posizione di apertura tendenziale inaugurata con la [sentenza n. 76 del 2001](#). A partire da quella decisione la Corte, pur mantenendo ferma l'affermazione, ripetuta anche nella motivazione della [sentenza n. 107 del 2015](#), secondo la quale le parti del conflitto sono solo quelle legittimate a sollevarlo o a resistervi, ha ammesso la possibilità dell'intervento prima di chi avrebbe vista lesa in toto il proprio diritto di agire in giudizio a tutela dei propri diritti e, poi, in termini più ampi anche di coloro che si trovassero nella condizione di essere parti di un giudizio comune avente il medesimo oggetto. Sia ancora consentito rinviare a F. MARONE, *op. cit.*

⁵ Non mancano in giurisprudenza casi in cui la Corte non sembra seguire una linea del tutto prevedibile in tema di intervento in giudizio, in particolare riguardo alla contemporanea pendenza di un giudizio amministrativo avente il medesimo oggetto. Si pensi, a titolo di esempio, a due decisioni del 2007 nelle quali vengono dichiarati inammissibili interventi che, in linea di continuità con la giurisprudenza precedente, avrebbero dovuto essere ammessi. In un caso la Corte ritiene inammissibile l'intervento di alcune società in un conflitto proposto dalla Regione Sicilia, benché queste dichiarino di aver proposto ricorso al T.A.R. avverso gli stessi provvedimenti ([sentenza 14 novembre 2007, n. 380](#)). Premesso che l'intervento dei terzi è da ritenersi ammissibile soltanto qualora «l'oggetto del conflitto sia tale da coinvolgere, in modo immediato e diretto, situazioni soggettive di terzi, che sarebbero irrimediabilmente pregiudicate da un esito del conflitto e salvaguardate dall'esito opposto», la Corte, nella specie, dichiara inammissibile l'intervento, poiché «l'esito del conflitto non coinvolge in modo immediato e diretto le situazioni soggettive dei terzi». Questa decisione sembra costituire un deciso passo indietro rispetto alle aperture registrate in precedenza, poiché se è vero che la decisione della Corte non può produrre effetti direttamente lesivi degli interessi degli interventori, la decisione negativa della Corte è comunque, come visto, suscettibile di orientare il giudizio amministrativo e dunque di coinvolgere situazioni soggettive dei terzi intervenienti. Peraltro questa decisione contrasta con decisioni precedenti (in particolare [sentenza n. 386 del 2005](#)), là dove, a fronte di una situazione analoga, si era assunta una decisione di segno opposto, ammettendo l'intervento del soggetto parte del contemporaneo giudizio amministrativo. L'altra sentenza del 2007, di poco precedente, riguarda un ricorso regionale avverso una sentenza di un T.A.R. resa in un giudizio del quale la Regione era parte ([sentenza 21 giugno 2007, n. 222](#)). La Regione contesta, per lo più, *errores in iudicando* della decisione del T.A.R., tant'è che il conflitto viene dichiarato inammissibile dalla Corte. Ma ciò che è interessante ai nostri fini è che si nega l'accesso al giudizio costituzionale al soggetto il cui ricorso era stato accolto con la sentenza impugnata. La regola della inammissibilità dell'intervento del terzo conosce un'eccezione nel caso in cui «l'atto impugnato sia oggetto di un giudizio comune in cui l'interveniente sia parte e la pronuncia di questa Corte sia suscettibile di condizionare la stessa possibilità che il giudizio comune abbia luogo», ma nella specie «la pronuncia di questa Corte non è suscettibile di incidere sulla definitiva affermazione o negazione dello stesso diritto della parte interveniente di agire nel giudizio comune». Si tratta di una decisione francamente incomprensibile se solo si pensa che il ricorso al T.A.R. in materia di interessi legittimi è sottoposto al termine decadenziale di sessanta giorni. Nella fattispecie, in caso di accoglimento da parte della Corte costituzionale e, quindi, di annullamento della sentenza del T.A.R., la società privata

coloro che siano parti di un giudizio comune avente lo stesso oggetto di quello costituzionale. Ciò è vero, in modo particolare, per il giudizio amministrativo, con il quale le ipotesi di sovrapposizione sono più frequenti⁶.

Da questo punto di vista la sentenza in commento rappresenta una conferma dell'orientamento precedente, giacché, come detto, non sembra revocabile in dubbio l'affermazione secondo cui il conflitto sollevato dalla Regione Toscana era destinato a produrre effetti nel giudizio contabile nel quale erano convenuti i presidenti dei gruppi consiliari.

Osservata da diverso angolo visuale, però, la decisione suggerisce considerazioni ulteriori, poiché sembra non del tutto coerente con gli arresti pregressi.

3. Il "caso Previti"

Il riferimento è al cd. "caso Previti"⁷, che, pur riferito ad un conflitto tra poteri, può costituire un utile termine di raffronto, poiché le giurisprudenze sull'intervento in giudizio nei conflitti interorganici ed intersoggettivi sono tra esse permeabili e, in buona parte, sovrapponibili.

In quella circostanza, come si ricorderà, la Corte ritenne, in due occasioni, che il parlamentare non potesse intervenire in un conflitto, perché «*Dalla distinzione fra i due giudizi – e in particolare dal rilievo che in quello per conflitto la Corte è chiamata*

avrebbe visto del tutto pregiudicato il proprio diritto alla tutela giurisdizionale dei propri interessi legittimi.

⁶ In generale sulle ipotesi di sovrapposizione tra i due giudizi, si veda L. MANNELLI, *Recenti sviluppi in tema di rapporti tra giudizio amministrativo e conflitto di attribuzioni tra lo Stato e le Regioni*, in *Quaderno n. 4 dell'Associazione per gli studi e le ricerche parlamentari*, Milano, 1994, 267. La distinzione trae origine dalla giurisprudenza comune e costituzionale, in ordine alla quale si vedano, a titolo esemplificativo per il concetto di separazione-indifferenza, T.A.R. Emilia-Romagna, 24 giugno 1976, n. 363, in *Le Regioni*, 1977, 232, con nota di G. BERTI, *Conflitto di attribuzioni e giudizio amministrativo*; Cons. Stato, Sez. 4^a, 27 settembre 1979, n. 732, in *Le Regioni*, 1980, 718, con nota di A. NOCERINO GRISOTTI, *Ancora sui rapporti tra tutela giurisdizionale e conflitto di attribuzioni*; T.A.R. Lazio, Sez. 1^a, 12 novembre 1986, n. 1828, in *Le Regioni*, 1987, 258, con nota di V. ANGIOLINI, *Delega di funzioni: ancora sui rapporti tra giudizio amministrativo e conflitto costituzionale di attribuzioni*. In ordine al concetto di separazione-esclusione si veda, sempre a titolo esemplificativo, Cons. Stato, Sez. 4^a, 28 agosto 1984, n. 660, in *Le Regioni*, 1985, 188, con nota di V. ANGIOLINI, *Nuovi sbocchi o nuovi problemi nel rapporto tra conflitto di attribuzioni e giudizio amministrativo?*; T.A.R. Lazio, Sez. 2^a, 17 settembre 1985, n. 2295, in *Le Regioni*, 1986, 754, con nota di V. COCOZZA, *Conflitto di attribuzioni, giudizio amministrativo, sindacato sul corretto esercizio del potere*. Per ampi riferimenti alla dottrina ed alla giurisprudenza sul punto si veda L. MANNELLI, *Il conflitto di attribuzioni tra Stato e Regioni*, in R. ROMBOLI (cur.), *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (1996-1998)*, Torino, 1999, 319. In argomento sia consentito anche rinviare a F. MARONE, *Principio del contraddittorio e raccordo tra giudizi per conflitto di attribuzioni intersoggettivi e giudizi amministrativi*, in *Scritti dei dottorandi in onore di Alessandro Pizzorusso*, Torino, 2005, p. 440 ss.

⁷ Ci si riferisce ai conflitti tra poteri sollevati dalla Camera dei deputati e dallo stesso on. Previti nei confronti del Giudice per le indagini preliminari del Tribunale di Milano e decisi dalla Corte costituzionale con le [ordinanze nn. 101 e 102 del 2000](#) (con nota di G. BRUNELLI, «*Caso Previti*», *atto I: porte aperte alla Camera (e al Senato), porta chiusa (ma non del tutto) al Deputato*, in *Giur. cost.*, 2000, 949. Si veda anche il commento di N. ZANON, *Il caso Previti non è conflitto tra poteri*, in *Dir. giust.*, 2000, 48) e con le [sentenze nn. 225 del 2001](#) (con note di G. SPANGHER, *Funzione giurisdizionale e attività parlamentare alla ricerca di possibili contemperamenti*, di M.A. CABIDDU, «*Ceci n'est pas l'arrêt Previti*», o *del surrealismo costituzionale* e di G. BRUNELLI, «*Caso Previti*: ultimo atto (del conflitto) in *Giur. cost.*, 2001, 1974) e [451 del 2005](#). Sul tema si veda R. BIN, G. BRUNELLI, P. VERONESI, *Il «caso Previti». Funzione parlamentare e giurisdizione in conflitto davanti alla Corte*, Torino, 2000.

esclusivamente a decidere in ordine alle denunciate lesioni delle attribuzioni costituzionali della Camera, ad opera dei provvedimenti impugnati [...] – discende direttamente l'inammissibilità degli interventi spiegati avanti a questa Corte dal parlamentare assoggettato a processo penale»⁸.

In quel caso la Corte costituzionale ritenne che l'intervento del parlamentare non fosse ammissibile perché erano le attribuzioni della Camera a venire in discussione e non quelle del singolo parlamentare. In altri termini la tutela è garantita in via diretta all'Assemblea lesa nelle sue prerogative dal provvedimento giurisdizionale oggetto del conflitto e solo mediamente al componente dell'Assemblea parte del giudizio comune.

Questo orientamento, che non aveva mancato di destare qualche perplessità in dottrina⁹, sembra per certi versi superato dalla decisione in commento che, invece, in un giudizio introdotto dalla Regione a tutela delle prerogative di autonomia del Consiglio, ha ammesso l'intervento dei consiglieri nella cui sfera giuridica la decisione finale era destinata a produrre effetti, essendo essi parti del giudizio comune cui il conflitto era in qualche modo connesso.

Il "caso Previti" era in certa misura diverso, in ragione del fatto che il conflitto originava dalle ordinanze del GIP di Milano che non avevano considerato impedimento assoluto il "*diritto dovere del deputato di assolvere il mandato parlamentare attraverso la partecipazione a votazioni in assemblea*". L'esito del giudizio costituzionale non era, in termini generali ed ampi, suscettibile di condizionare alla radice la possibilità che il giudizio avesse luogo e che l'imputato vi esercitasse i suoi diritti. L'annullamento delle ordinanze non comportava l'estinzione del processo, ma la sua retrocessione al

⁸ [Corte costituzionale 15 dicembre 2005, n. 451](#). Di analogo tenore è la motivazione con la quale la Corte ha dichiarato inammissibile l'intervento del parlamentare nel conflitto deciso con la [sentenza 6 luglio 2001, n. 225](#): «*Le posizioni giuridiche protette dell'interveniente nella sua qualità di imputato nei procedimenti penali sopra ricordati e di destinatario delle ordinanze impugnate, e i correlati diritti di impugnazione e di difesa, restano sempre suscettibili di essere fatti valere con gli ordinari strumenti processuali: né su di essi potrebbero fondarsi domande proposte con lo strumento del conflitto di attribuzioni, come ritenuto da questa Corte allorché dichiaro in limine inammissibili, per questa ragione, due ricorsi per conflitto promossi dallo stesso on. Previti nei confronti del giudice per l'udienza preliminare del tribunale di Milano, in relazione ad asseriti abusi di potere di cui egli si riteneva vittima (ordinanza n. 101 del 2000). In ogni caso, tali diritti inerenti alla qualità di imputato non sono direttamente coinvolti, né sono suscettibili di essere pregiudicati, nel presente giudizio per conflitto, nel quale la Corte è chiamata esclusivamente a decidere in ordine alle denunciate lesioni delle attribuzioni costituzionali della Camera dei deputati ad opera delle ordinanze medesime. Pertanto non sussistono le ragioni di salvaguardia del diritto di agire in giudizio che hanno condotto la Corte, in caso recente, ad ammettere l'intervento in un conflitto fra Regione e Stato, sorto in relazione ad un atto dell'autorità giudiziaria penale, della parte civile costituita nel relativo procedimento, in quanto l'esito del conflitto era suscettibile di condizionare la stessa possibilità che il giudizio comune avesse luogo (sentenza n. 76 del 2001)*».

⁹ G. BRUNELLI, «Caso Previti»: ultimo atto (del conflitto), in *Giur. cost.*, 2001, 2012, ritiene che la posizione della Corte dia adito a qualche perplessità: «*Fino ad oggi, non vi è dubbio, la giurisprudenza costituzionale è ferma nel ritenere che "sono legittimati a partecipare al giudizio su conflitto di attribuzioni tra i poteri dello Stato esclusivamente i soggetti dai quali o nei confronti dei quali il conflitto è stato sollevato". Ma si potrebbe sostenere, in contrario, che in casi come quello in esame vi sia da un lato l'esigenza di garantire una efficace difesa in giudizio del singolo parlamentare (comunque direttamente interessato all'esito della pronuncia sul conflitto) e dall'altro lato la necessità di assicurare allo stesso giudice costituzionale un contraddittorio "completo". Non si aprirebbe in tal modo una via di accesso indiscriminata alla Corte, giacché il parlamentare interverrebbe "non come soggetto privato, ma [...] nella sua funzione pubblica, direttamente coinvolta dall'esito del giudizio costituzionale (ndr. il passo citato è di M. D'AMICO, *Legittimazione del singolo parlamentare o intervento nel giudizio?*, in *Il «caso Previti»*, cit., 80)*».

momento dell'adozione dei provvedimenti ritenuti illegittimi, perché lesivi delle prerogative della Camera. Tuttavia, come notato anche dalla dottrina processualpenalistica, la decisione della Corte incideva profondamente sul giudizio penale e, dunque, anche sulla posizione al suo interno del parlamentare imputato, non foss'altro perché l'automatismo della retrocessione appariva non del tutto certo¹⁰.

Sotto questo profilo l'interesse ad intervenire nel giudizio costituzionale era sussistente in quel caso come lo è in quello che qui si commenta.

È vero che, nella fattispecie, dall'accoglimento del conflitto consegue l'estinzione del giudizio contabile nei confronti dei presidenti dei gruppi consiliari, mentre nel caso di Previti il procedimento dinanzi al Tribunale di Milano sarebbe proseguito, ma è anche vero che in entrambi i casi, seppur con differenti gradazioni, la relazione tra processo costituzionale e processo comune è molto stretta e, conseguentemente, molto chiaro l'interesse a prender parte al giudizio costituzionale in ragione del nesso di pregiudizialità che lo lega a quello comune.

4. Considerazioni conclusive

La [sentenza n. 107](#), in quest'ottica, sembra poter costituire un superamento dell'orientamento espresso con le [decisioni del 2001](#) e del [2005](#), nel senso dell'apertura del contraddittorio anche al parlamentare o al consigliere regionale che vi abbiano interesse, seppur si tratti di un interesse adesivo, perché si discute di attribuzioni dell'Assemblea e non del singolo componente.

L'orientamento giurisprudenziale richiamato dalla Corte per dichiarare inammissibile l'intervento nelle decisioni rese sul "caso Previti" è un orientamento più restrittivo, maturato nell'ipotesi inversa, ossia quella della parte civile nel procedimento penale a carico del parlamentare, il cui diritto alla tutela giurisdizionale sarebbe compromesso dalla decisione della Corte¹¹.

Non vale l'inverso.

Tanto nel "caso Previti" quanto nel caso della decisione in commento, l'intervento è un intervento del convenuto (o dell'imputato) nel giudizio comune. Non c'è da trovare un bilanciamento tra la limitazione del diritto di difesa e l'autonomia delle assemblee rappresentative, ma c'è da definire la rispettiva sfera di attribuzioni tra enti (o tra organi), indipendentemente dal diritto alla tutela giurisdizionale.

Nel caso della [sentenza 107](#) si è trattato di stabilire se la Corte dei conti possa sottoporre a controllo contabile i presidenti dei gruppi consiliari e, dunque, quale sia il

¹⁰ Cfr. G. SPANGHER, *op. cit.*, 2002, che solleva dubbi sul "seguito" della decisione della Corte costituzionale nel procedimento penale. Quei dubbi si riveleranno, poi, fondati se solo si pensa al fatto che il tribunale di Milano non ha ritenuto nulli gli atti processuali posti in essere dopo le ordinanze annullate dalla Corte costituzionale, tanto che la Camera dei deputati ha dovuto sollevare un nuovo conflitto riferito agli atti processuali successivi ed alla sentenza di primo grado (si tratta del conflitto deciso con la [sentenza n. 451 del 2005](#)).

¹¹ Si tratta della giurisprudenza, inaugurata dalla [sentenza n. 76 del 2001](#), che ammette l'intervento del terzo leso dalle opinioni espresse dal parlamentare nei conflitti *ex art. 68*, comma 1, Cost. In quei casi l'accoglimento del conflitto, sollevato dal giudice comune avverso la delibera di insindacabilità della camera di appartenenza del parlamentare è condizione perché il giudizio possa proseguire, in ragione dell'effetto inibitorio riconosciuto alle delibere.

confine tra potere statale e regionale in ordine a quella funzione giudiziaria¹². In quello del ricorso della Camera contro le ordinanze del GIP che non riconoscevano il legittimo impedimento dell'on. Previti veniva in rilievo la definizione delle rispettive sfere di potere tra Camera parlamentare e autorità giudiziaria, ma non vi era una diretta limitazione del diritto di difesa, non essendo in discussione che il parlamentare imputato potesse e dovesse essere giudicato, né il suo diritto di difendersi nel processo.

Analogamente, nei due casi l'interventore trae un vantaggio o uno svantaggio dall'esito del giudizio costituzionale, senza che ciò incida sul diritto di difesa nel giudizio comune, suo o di un terzo.

Da questo punto di vista la decisione in commento rappresenta un passo in avanti nell'ampliamento del contraddittorio nel giudizio dinanzi alla Corte, poiché sembra superare, seppur implicitamente, l'orientamento precedente, slegando la legittimazione ad intervenire in giudizio dall'effetto preclusivo sulla prosecuzione del giudizio comune e facendo riferimento al solo interesse, inteso come possibilità di subire le conseguenze, positive o negative, della decisione della Corte nell'ambito di un processo comune come sufficiente a fondare la legittimazione dell'interventore.

Su questa linea dovrebbe considerarsi ammissibile l'intervento del parlamentare nei conflitti *ex art.* 68, comma 1 della Costituzione e, più in generale, quello di chiunque sia parte di un giudizio comune nel quale la decisione della Corte sarebbe idonea a produrre effetti diretti, anche perché il tono costituzionale di un giudizio è funzione della materia di cui si discute e non delle parti che ne discutono, non essendo in ogni caso ammessi interventi diversi da quello adesivo dipendente¹³.

¹² Com'è noto, i conflitti intersoggettivi aventi ad oggetto atti giurisdizionali hanno dato adito ad un ricco dibattito dottrinale. Si veda R. ROMBOLI, *Storia di un conflitto «partito» tra enti ed «arrivato» tra poteri (il conflitto tra lo Stato e la Regione avente ad oggetto un atto giurisdizionale)*, in A. PACE (cur.), *Studi in onore di Manlio Mazzotti di Celso*, cura di A. Pace, Padova, 1995, 583; ID., *La magistratura nei conflitti tra enti aventi ad oggetto atti giurisdizionali: un problema ancora in attesa di soluzione*, in *Giur. cost.*, 1997, 1701; S. GRASSI, *Conflitti costituzionali*, in *Dig. disc. pubbl.*, Torino, 1989, vol. III, 362; A. CERRI, *Brevi note in tema di rapporti tra Corte e autorità giudiziaria nei conflitti di attribuzione*, in *Giur. cost.*, 1979, I, 905; A. PIZZORUSSO, *La magistratura come parte dei conflitti di attribuzioni*, in P. BARILE, E. CHELI, S. GRASSI (curr.), *Corte costituzionale e sviluppo della forma di Governo in Italia*, Bologna, 1982; M. D'AMICO, *Alcune riflessioni in tema di conflitti di attribuzione fra Stato e Regioni su atti giurisdizionali*, in *Giur. cost.*, 1990, 1789; R. ROMBOLI, *Storia di un conflitto cit.*; R. ROMBOLI, *La magistratura cit.*; G. MOR, *Conflitto Stato – Regione o conflitto tra giudici e politici?*, in *Giur. cost.*, 1985, 1387; A. MANGIA, *L'accesso nei conflitti intersoggettivi*, in A. ANZON, P. CARETTI, S. GRASSI (curr.), *Prospettive di accesso alla giustizia costituzionale*, Torino, 2000, 334; M. PERINI, *Vera «storia di un conflitto partito tra enti ed arrivato tra poteri»: profili processuali e considerazioni di merito*, in *Giur. cost.*, 1999, 3990; G. SCACCIA, *La rappresentanza processuale del potere giudiziario nel conflitto di attribuzione Stato-Regioni*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2001, 761 ss; G. GRASSO, *Il conflitto di attribuzioni tra le regioni e il potere giudiziario*, Milano, 2001; A. RUGGERI, *Ancora in tema di conflitti tra enti originati da atti giurisdizionali, ovvero sia quando la Corte-giudice si fa ... legislatore*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*; F. BIONDI, *Quando è originato da un atto giudiziario, il conflitto fra Stato e Regioni non può mai essere preordinato a garantire le competenze tra enti*, in *Giur. cost.*, 2007, 30.

¹³ Su questo tema, più diffusamente, sia consentito rinviare a F. MARONE, *Il difficile bilanciamento tra principio del contraddittorio e «tono costituzionale» nella dialettica tra Corte costituzionale e Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Rivista AIC*, 4/2011.

Pasquale Costanzo

Le intercettazioni delle comunicazioni interpersonali (un vademecum costituzionale)*

SOMMARIO: 1. *Premessa.* – 2. *Una certa idea di segretezza: i dati esteriori delle comunicazioni.* – 3. *Le garanzie costituzionali: la riserva di giurisdizione.* – 4. *Le garanzie costituzionali: la riserva di legge.* – 5. *Effetti derivati e limiti della protezione costituzionale.* – 6. *Privacy, riservatezza, segretezza, crittografia ...*

1. *Premessa.*

Alcuni recenti drammatici avvenimenti hanno rilanciato, su scala internazionale, la complessa e delicata questione delle intercettazioni delle comunicazioni interpersonali, le cui dinamiche da tempo coinvolgono anche le applicazioni legate alla digitalizzazione del segnale verso cui, peraltro, il fenomeno della convergenza multimediale sta in pratica orientando tutto il sistema della comunicazione.

Sulle due sponde dell'Atlantico, infatti, particolarmente la tecnica crittografica, quale efficace strumento di protezione della segretezza dei contenuti comunicativi, ma nello stesso tempo robusto ostacolo alle intercettazioni investigative, è stata messa sotto accusa nei funesti accadimenti delle stragi terroristiche del 13 novembre 2015 a Parigi¹ e dell'attentato di San Bernardino, località nei pressi di Los Angeles, il 2 dicembre del medesimo anno. In entrambi i casi la reazione delle autorità preposte ha coinciso con una sorta di dichiarazione di guerra alla tecnologia in questione, trascorrendosi, peraltro, in una generalizzazione dei problemi tale da dare adito al sospetto che si volesse cogliere l'occasione per rendere più trasparente la vita delle persone².

In maniera (fortunatamente) meno angosciata, nell'ultimo scorcio dell'anno passato, la questione della disciplina delle intercettazioni è tornata al centro dell'interesse anche nel nostro Paese, anche se con riguardo, per vero, ad un profilo specifico: quello, cioè, del regime della diffusione di dati già intercettati, mostrandosi comunque la varietà di sfaccettature che il problema è in grado di esibire e la pluralità di soggetti, anche estranei all'atto investigativo, che vi possono essere coinvolti³ (nel passato, del resto, erano stati già affacciati il profilo della liceità o dell'abuso del ricorso a certe intercettazioni e quello più politico dell'opportunità stessa di farvi luogo in determinate circostanze⁴).

In questa temperie politico-giuridica, la sollecitazione ad una rimessa a fuoco del quadro assiologico-costituzionale in cui il fenomeno delle intercettazioni va a collocarsi viene qui raccolta, sia pure con il peculiare intento di muoversi essenzialmente lungo l'asse della giurisprudenza della

*Traccia rielaborata della lezione tenuta alla Scuola Superiore della Magistratura il 9 maggio 2015.

¹ “[Le chiffrement a empêché la détection des attentats de Paris, selon la NSA](#)”: così titolava esemplarmente il sito telematico del prestigioso quotidiano francese *Le Monde* del 16 febbraio 2016.

² La vicenda americana ha visto l’FBI riuscire nell’intento di sbloccare l’iPhone dell’attentatore di San Bernardino, senza il supporto della Apple, ma con l’aiuto di un *hacker* particolarmente abile. “Fin dall’inizio abbiamo contestato la richiesta dell’FBI di costruire una *back-door* nell’iPhone credendo fosse sbagliato e un pericoloso precedente – ha commentato il colosso di Cupertino -. Questo caso non avrebbe mai dovuto essere aperto. Crediamo profondamente che le persone negli Usa e in tutto il mondo abbiano il diritto alla protezione di dati, sicurezza e *privacy*. Sacrificare un principio in nome di un altro pone le persone e i paesi in una posizione di maggiore rischio” (v. in *ilmessaggero.it* del 29 marzo 2016).

³ V. particolarmente la delega prevista all’art. 30 del d.d.l. recante modifiche al codice penale e al codice di procedura penale per il rafforzamento delle garanzie difensive e la durata ragionevole dei processi nonché all’ordinamento penitenziario per l’effettività rieducativa della pena.

⁴ Si tratta di vicende sufficientemente note, che non infrequentemente hanno costellato la storia delle istituzioni nel nostro Paese (ad es., cfr. P. COSTANZO, *Nuove tecnologie informative e antiche saghe nazionali*, in *Diritto pubblico*, 2007, 891 ss.)

Corte costituzionale, tentando di comporre una sorta di vademecum in una materia presidiata, com'è noto, da principi e regole di livello costituzionale⁵.

2. Una certa idea di segretezza: i dati esteriori delle comunicazioni.

Prescindendo, per le sue prevalenti implicazioni di sistema, da quanto statuito nella [sentenza n. 1 del 2013](#)⁶ a proposito delle intercettazioni anche casuali concernenti il Capo dello Stato⁷, la più recente delle pronunce della Corte costituzionale che sembra maggiormente interessare è, dunque, la [sentenza n. 188 del 2010](#)⁸.

La decisione, benché afferente anch'essa all'ambito delle guarentigie costituzionali, si segnala non solo per il rafforzamento del *trend* giurisprudenziale riguardante l'acquisizione dei dati esteriori ad una comunicazione telefonica, ma sembra aggiungervi un nuovo tassello. Più nel dettaglio, la Corte ha, dunque, innanzi tutto ricordato come, almeno a partire dall'ormai storica [sentenza n. 81 del 1993](#)⁹, anche a questo tipo di dati, sia stata riconosciuta la garanzia di cui ragiona l'art. 15 Cost., concernente infatti “non soltanto la segretezza del contenuto della comunicazione, ma anche quella relativa all'identità dei soggetti e ai riferimenti di tempo e di luogo della comunicazione stessa”. La riconferma ha riguardato anche il fatto per cui “il riconoscimento e la garanzia costituzionale della libertà e della segretezza della comunicazione comportano l'assicurazione che il soggetto titolare del corrispondente diritto possa liberamente scegliere il mezzo di corrispondenza, anche in rapporto ai diversi requisiti di riservatezza che questo assicura sia sotto il profilo tecnico, sia sotto quello giuridico. E non v'è dubbio che, una volta che una persona abbia prescelto l'uso del mezzo telefonico, vale a dire l'utilizzazione di uno strumento che tecnicamente assicura una segretezza più estesa di quella riferibile ad altri mezzi di comunicazione (postali, telegrafici, etc.), ad essa, in forza dell'art. 15 della Costituzione, va riconosciuto il diritto di mantenere segreti tanto i dati che possano portare all'identificazione dei soggetti della conversazione, quanto quelli relativi al tempo e al luogo dell'intercorsa comunicazione”. In aggiunta, però, la Corte ha voluto rimarcare come i tabulati delle conversazioni telefoniche non solo consentano di apprendere e individuare tutti i contatti con altre utenze e la loro collocazione temporale, ma, nel caso di telefonia mobile, potrebbero anche permettere di effettuare il cosiddetto “tracciamento”, vale a dire le localizzazioni e gli spostamenti dei soggetti detentori del terminale telefonico. Evidentemente, la garanzia costituzionale non è rimasta insensibile all'*appeal* della convergenza digitale ...¹⁰.

⁵ Il metodo adottato non vale ovviamente a mettere in secondo piano altri profili della complessiva fisionomia della libertà e della segretezza delle comunicazioni interpersonali, per i quali pertanto si rinvia alla nutrita letteratura in argomento.

⁶ La questione, com'è noto, ha riguardato la disciplina della distruzione delle intercettazioni di comunicazioni casuali aventi come uno degli interlocutori il Capo dello Stato.

⁷ Si veda, volendo, la mia *Postilla in Rassegna Parlamentare*, 2013, 243 ss.

⁸ Cfr. a commento della pronuncia, D. PICCIONE, *Utilizzazione di tabulati telefonici nei confronti dei componenti delle Camere e potere di giudicare la “decisività” del mezzo di ricerca della prova per lo svolgimento delle indagini*, in *Giur. cost.*, 2010, 2236 e ss.

⁹ Cfr. a commento della pronuncia, S. DI FILIPPO, *Dati esteriori delle comunicazioni e garanzie costituzionali*, in *Giur. it.*, 1995, 107 e ss.

¹⁰ Anche il divario lessicale tra le Carte novecentesche, a cui appartiene la nostra Costituzione, ed i più recenti testi nella materia si appalesa significativo: ad es., nella cd. Carta di Nizza non si parla più specificamente di corrispondenza, ma più ampiamente di comunicazione. Più generalmente, il progresso tecnologico sembra anche aver reso più difficile reperire un netto discrimine tra la libertà di comunicazione e la libertà di manifestazione del pensiero, tradizionalmente individuato nella diversa destinazione delle notizie e delle opinioni che s'intendono tutelare: nel caso della comunicazione interpersonale, destinatari predeterminati, in quello della diffusione, una pluralità indeterminata di soggetti. Di qui l'importanza attribuita alle caratteristiche tecniche del mezzo, che devono risultare idonee, nella prima ipotesi, a mantenere la segretezza del messaggio (ad es. posta e telefono), e, nella seconda, ad esaltare, al contrario, la sua connotazione informativa (i vari media). Tuttavia, una particolare attenzione è stata riservata al fatto che il fenomeno della convergenza tecnologica sembra aver messo in crisi la distinzione basata sull'utilizzo di un certo strumento comunicativo piuttosto che di un altro. Sicché, sembrerebbe conservare la sua validità come criterio distintivo il solo

La complessiva presa di posizione della Corte sui dati esteriori delle comunicazioni non si è sottratta, com'è noto, alle critiche di autorevole dottrina¹¹, sul presupposto dell'ingiustificata omologazione ai fini di garanzia tra contenuti comunicativi e dati dell'utenza, anche se può darsi atto che, nella giurisprudenza costituzionale, ragionandosi del regime delle intercettazioni dei parlamentari, una differenza sostanziale è stata in realtà chiaramente colta, tanto che, per fare un esempio oltremodo significativo, l'autorizzazione prevista nell'art. 68, comma 3, Cost., riguarderebbe solo i primi e non i secondi ([sentenza n. 390 del 2007](#))¹², mentre, ancor prima, la Corte aveva ripetutamente respinto l'idea della necessaria equiparazione di garanzie legislativo-procedurali tra le due situazioni ([sentenza n. 281 del 1998](#))¹³.

3. Le garanzie costituzionali: la riserva di giurisdizione

Se la giurisprudenza d'esordio della rassegna vale a segnare una preliminare delimitazione dell'oggetto della garanzia, un'altra osservazione che se ne può ricavare è che, al fine di stabilire l'esatta portata delle garanzie costituzionali per l'attività comunicativa, un filo doppio lega, nell'elaborazione del giudice costituzionale, i due articolati, diversi e sistematicamente distanti, degli

carattere dell'intersoggettività della comunicazione, su cui, del resto, la stessa Corte ha fatto perno nella sua giurisprudenza (è stato, ad es., il caso della [sent. n. 1030 del 1988](#)). Nondimeno, anche questo dato pare mostrare qualche incrinatura sempre alla luce dell'evoluzione tecnologica: e ciò già a partire dalla comparsa della televisione via cavo, in cui, tra l'altro, i destinatari del messaggio sono definiti, venendo meno la caratteristica della circolarità televisiva. Il quadro è sembrato ancor più complicarsi con i cd. servizi televisivi evoluti, quali *pay-tv*, *pay per view*, *near video on demand*, *video on demand*, ecc., talché, per pervenire, anche in questi casi a soluzioni costituzionalmente orientate, i criteri distintivi proposti sono stati quelli della pubblicità e della unidirezionalità del messaggio che caratterizzerebbero la manifestazione rispetto alla comunicazione (ricavo letteralmente gran parte di queste notazioni soprattutto da P. LOGROSCINO, *Libertà di comunicazione e convergenza multimediale*, Bari, ried. parz., 2008, 90 e ss., nonché da C. CARUSO, *La libertà e la segretezza delle comunicazioni nell'ordinamento costituzionale*, in [Forum di Quaderni Costituzionali](#) del 21 ottobre 2013, 20). Vale comunque la pena di rammentare come la legge penale (artt. 616 comma 4, 617-*quater*, *quinquies* e *sexies* c.p.) e la giurisprudenza sembrino impegnate a ad un continuo aggiornamento della definizione di corrispondenza in dipendenza degli avanzamenti tecnologici: si pensi al fax, alle mail, agli SMS, agli MMS, ai flussi di dati digitalizzati in genere).

Si noti come la stessa tecnologia sia valsa ad ampliare non solo il raggio di tutela della segretezza della comunicazione, ma persino quello della libertà, ad es., ricostruendo lo spamming come una violazione del diritto a non essere disturbati nell'atto comunicativo (art. 130 del Codice della privacy) mediante l'intasamento della casella di posta per via di un massiccio *spam*.

Un singolare incrocio tra le due libertà aveva caratterizzato già nella [sent. n. 92 del 1979](#) la diffusione della stampa, allorché la Corte negò che il provvedimento del "non inoltrare" di giornali o stampe inviate per corrispondenza prevista all'art. 11 del Codice postale del 1973, potesse rientrare tra le autorizzazioni o le censure vietate dall'art. 21 Cost. nei confronti della libertà di stampa: e ciò per un duplice motivo, attinente l'uno alla non fungibilità strutturale tra il "non inoltrare" disposto dal magistrato e le figure della 'autorizzazione e delle censura; l'altro per la loro diversa offensività, considerata dice la Corte "l'amplissima portata connaturale a questi ultimi, che è preclusiva di ogni libertà di stampa".

¹¹ Cfr. A. PACE, *Nuove frontiere della libertà di "comunicare riservatamente" (o, piuttosto, del diritto alla riservatezza)?* in *Giur. cost.*, 1993, 742 e ss.; e ID. *Formazione, archiviazione e trasmissione di documenti con strumenti informatici e telematici*, in *Le Nuove leggi civili commentate*, 2000, 784 e ss.

¹² Sulla pronuncia, cfr. V. GREVI, *Sui limiti di utilizzabilità delle intercettazioni "indirette" (casuali e non casuali) operate nei confronti di un membro del Parlamento*, in *Giur. cost.*, 2007, 4385 e ss., R. ROMBOLI, *Intercettazioni parlamentari: entra la corte*, in *Il Foro it.*, 2008, I, 15 ss.

¹³ Sulla pronuncia, cfr. E. APRILE, *L'acquisizione dei tabulati del traffico telefonico è possibile solo in esecuzione di un decreto motivato del Pubblico ministero*, in *Il nuovo diritto*, 1998, 885-6 e A. LONGO, *Il regime processuale dei dati esterni alla comunicazione: un problema ancora aperto*, in *Giur. it.*, 1999, 2006 e ss. Come è stato efficacemente rilevato: "Le intercettazioni hanno caratteristiche operative e funzionali assolutamente non accostabili all'acquisizione delle informazioni che appartengono al fatto storico della comunicazione. Vi è una differente forza invasiva nella ricerca dei due mezzi di prova che pare giustificare anche una diversa intensità di garanzia" (cfr. D. CALDIROLA e D. IACOVELLI, *Sistema dei controlli e responsabilità del provider*, in M. CUNIBERTI (cur.), *Nuove tecnologie e libertà della comunicazione*, Milano, 2008, 108).

artt. 15 e 68, comma 3 Cost.¹⁴, dato che quest'ultimo, al di là del suo contesto d'eccezione, manifesta anche in via generale potenzialità ermeneutiche per il fenomeno delle intercettazioni¹⁵.

È all'impianto dell'art. 15 Cost., tuttavia, che la Corte ha principalmente guardato per mettere a fuoco il quadro delle garanzie costituzionali, traendone postulati normativi affatto determinanti. In questo senso, a ragione si continua a ricordare come *leading case* la [sentenza n. 34 del 1973](#)¹⁶, quantunque la giurisprudenza sia andata successivamente affinandosi. In quell'occasione, infatti, con modi peraltro alquanto didascalici, la Corte ha rilevato come l'art. 15 della Costituzione non si limiti a proclamare l'inviolabilità della libertà e segretezza della corrispondenza e di ogni altra forma di comunicazione, ma enunci anche espressamente che «la loro limitazione può avvenire soltanto per atto motivato dell'autorità giudiziaria con le garanzie stabilite dalla legge». Da qui l'osservazione, forse scontata, ma nondimeno fondamentale, per cui, nel precetto costituzionale trovano, nel contempo, protezione due distinti interessi: quello inerente alla libertà ed alla segretezza delle comunicazioni, riconosciuto come connaturale ai diritti della personalità definiti inviolabili dall'art. 2 Cost. (e qui si noti come la clausola dell'inviolabilità riesca, oltre che ad omologare sullo stesso piano assiologico libertà comunicativa, personale e domiciliare, anche a configurare come universale la stessa titolarità del diritto) e quello connesso all'esigenza di prevenire e reprimere i reati, vale a dire ad un bene anch'esso incontestabilmente oggetto di protezione costituzionale.

Ma agli interessi fanno da contrappunto le garanzie. In primo luogo: la riserva di giurisdizione.

Di estrema importanza è la riflessione che traspare dal ragionamento della Corte, che non sembra arrestarsi alla dimensione procedurale (in quanto riflettente l'esigenza di un intervento imparziale e qualificato), ma si interessa anche ai profili concreti della garanzia (si potrebbe parlare di riserva di giurisdizione rinforzata ...¹⁷), stabilendo che, del corretto uso del potere attribuitogli, il giudice deve

¹⁴ Non riguarda propriamente il nostro ragionamento la presenza nel testo costituzionale del lemma "comunicazione" nel comma 3 dell'art. 117 Cost., così come novellato dalla revisione costituzionale del Titolo V del 2001, che attribuisce alla competenza concorrente delle Regioni l'ordinamento appunto della comunicazione. V'è, in questo caso, sufficiente consenso che la formula faccia riferimento alla regolamentazione delle telecomunicazioni e della radiotelevisione, mentre è da escludersi, a motivo della riserva di legge assoluta che vi presiede, qualche concorrenza tra legge regionale e la legge statale in ordine disciplina della libertà e della segretezza delle comunicazioni interpersonali (si noti, peraltro, come il progetto di revisione costituzionale appena approvato dalle Camere recuperi, nell'art. 31, anche la materia della comunicazione all'esclusiva competenza statale).

¹⁵ Se quanto finora considerato ha consentito la messa a fuoco delle coordinate costituzionali nella nostra materia (forse val la pena di ricordare *per incidens* come l'allineamento della legislazione ordinaria con i principi repubblicani può dirsi operata col codice postale del 1973 e la legge sulle intercettazioni del 1974), la partecipazione a talune organizzazioni e accordi internazionali e sovranazionali impone di non considerare esclusive tali coordinate. Ciò vale con riferimento alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, il cui art. 8, riecheggiando l'art. 12 della Dichiarazione universale ONU, stabilisce il diritto al rispetto della corrispondenza, a motivo del particolare valore parametrico riconosciuto a tale Convenzione nelle note [sentenze nn. 348 e 349 del 2007](#) della Corte costituzionale. D'altro canto, non c'è stato bisogno di aspettare l'intervento della Consulta perché la Corte di Strasburgo condannasse l'Italia per violazione appunto dell'art. 8 Cedu in una nutrita serie di decisioni a motivo del previgente art. 18 ord. pen. ritenuto insufficiente come base legale per il controllo della corrispondenza dei detenuti (ad es., [Ospina Vargas c. Italia](#) (2004), [Madonia c. Italia](#) (2004), [Musumeci c. Italia](#) (2005), [Asciutto c. Italia](#) (2008): sul punto, C. CARUSO, *La libertà e la segretezza delle comunicazioni nell'ordinamento costituzionale*, cit. 17). Appartiene invece alla dimensione sovranazionale l'affermazione del diritto di ciascuno, recata dall'art. 7 della Carta di Nizza, al rispetto delle sue comunicazioni. Pur se la formula si presenta assai generica, e la garanzia della riserva di legge va, in questo caso, ricavata dalla clausola generale dell'art. 52 che vi aggiunge l'obbligo per la legge stessa sia di rispettare il contenuto essenziale del diritto, sia di procedere, nel caso di eventuali limitazioni, secondo un principio di proporzionalità. A completamento di questa succinta rassegna degli strumenti internazionali a tutela della libertà di comunicazione può ancora citarsi l'art. 17 del Patto sui diritti civili e politici, che, però come la dichiarazione ONU già menzionata, è affetto da condizionamenti: mentre la Dichiarazione universale, infatti, non ha pieno valore vincolante, il Patto presenta meccanismi applicativi blandi come il monitoraggio e le raccomandazioni agli Stati inadempienti (cfr. M. R. ALLEGRI, *Informazione e comunicazione nell'ordinamento giuridico italiano*, Torino, 2012, 6).

¹⁶ Cfr. V. GREVI, *Insegnamenti, moniti e silenzi della Corte costituzionale in tema di intercettazioni telefoniche*, in *Giur. cost.*, 1973, 317 e ss.

¹⁷ Cfr., analogamente, P. COSTANZO, *Le nuove forme di comunicazione in Rete: Internet*, in R. ZACCARIA (cur.), *Informazione e telecomunicazione* (nel *Trattato di diritto amministrativo* diretto da in G. SANTANIELLO), Padova, 1999, 351 s.

fornire contestualmente prova con una adeguata e specifica motivazione del provvedimento autorizzativo. Ne deriva, come sembra di poter intendere, soprattutto l'importanza del carattere "proporzionale" dell'iniziativa del giudice, da valutarsi sulla base sia dell'effettiva strumentalità rispetto alle contingenti, concrete e gravi esigenze di giustizia, sia della continenza temporale con riferimento alla durata stabilita delle intercettazioni (da cui, ancora, l'efficacia puntuale della singola autorizzazione, destinata ad consumarsi in se stessa, così che un'eventuale proroga necessiterebbe di una nuova concreta e motivata giustificazione).

Ancora in altri termini e se si condividono queste osservazioni, può dirsi che la riserva di giurisdizione istituita dall'art. 15 Cost. esibisca, analogamente alla riserva di legge, un duplice aspetto. Da un lato, infatti, esige, più classicamente, che non difetti l'intervento dell'autorità giudiziaria (un esempio è fornito dalla [sent. n. 100 del 1968](#), che ha accolto le censure mosse all'art. 13 del Codice postale che autorizzava l'Amministrazione postale a non dar corso in determinate circostanze alla corrispondenza senza l'intervento dell'autorità giudiziaria e senza neppure l'obbligo di fare ad essa immediato rapporto in ordine alla corrispondenza fermata, così che solo il fermo temporaneo in vista del provvedimento giurisdizionale di convalida previsto con la legge n. 1114 del 1966 viene ritenuto costituzionalmente compatibile¹⁸). Dall'altro lato, la riserva in parola reclama, non solo la presenza del provvedimento giurisdizionale¹⁹, ma anche una sua peculiare conformazione, costituendo la motivazione dello stesso provvedimento "il livello minimo di garanzia prefigurato dal citato precetto costituzionale per la limitazione del diritto in questione, allo scopo di assicurare un equo temperamento fra il diritto stesso e l'interesse alla prevenzione e alla repressione dei reati, oggetto anch'esso di protezione costituzionale" ([sent. n. 320 del 2009](#))²⁰. Per altro verso ancora, la "mancanza del provvedimento autorizzativo dell'autorità giudiziaria comprometterebbe, altresì, il diritto di difesa (art. 24 Cost.), poiché solo grazie alla motivazione di detto provvedimento il soggetto ignaro, coinvolto nel procedimento penale, sarebbe posto in grado di verificare la correttezza dell'operato della polizia giudiziaria, anche per quel che attiene al «momento esecutivo»: «momento» che parimenti rientra – come riconosciuto dalla Corte costituzionale nella [già menzionata] [sentenza n. 34 del 1973](#) – nell'ambito delle garanzie previste dall'art. 15 Cost.”.

4. *Le garanzie costituzionali: la riserva di legge*

Anche la riserva di legge sembra suscitare riflessioni che vanno oltre le dinamiche più note della garanzia. Alla legge, infatti, la Carta fondamentale non pare qui tanto interessata a demandare la fissazione dei casi in cui l'interferenza nella comunicazione interpersonale potrebbe essere autorizzata, quanto piuttosto la definizione di ulteriori (rispetto all'intervento del magistrato) modalità garantistiche.

Sicché se parrebbe rilasciata alla discrezionalità del legislatore, ovviamente senza pregiudizio di altri valori costituzionali, l'identificazione delle fattispecie penali abilitanti l'avvio di

¹⁸ Non può non convenirsi, ragionando di questo esempio, sul fatto che la giurisprudenza costituzionale, rendendo autonome tra loro le due garanzie costituzionali della libertà, da un lato, e della segretezza dall'altro, abbia sortito l'effetto di autorizzare, per quanto riguarda evidentemente solo la prima, l'intervento in via d'urgenza dell'amministrazione, accomunando la garanzia in questione a quelle degli artt. 13 e 14 Cost.

¹⁹ Circa la specifica autorità interveniente, si rammenti come nella [sent. n. 98 del 1976](#), la concentrazione nel procuratore della Repubblica del potere di autorizzare le intercettazioni telefoniche anche per i procedimenti penali pretorili venne giustificata in prospettiva di garanzia, per rendere cioè più facilmente controllabile e più omogenea - in un campo così delicato che investe diritti di libertà costituzionalmente tutelati (artt. 15, primo comma; 21, primo comma) - l'iniziativa dell'indagine a fini di giustizia e, insieme, quello di evitare possibili amplificazioni del suo esercizio)

²⁰ Certo, si potrebbe osservare, circa l'obbligo di motivazione, come l'art. 15 duplichi l'art. 111, comma 6, Cost., che impone già la motivazione di tutti i provvedimenti giurisdizionali. Non pare tuttavia inutile dato che la caratteristica sistematiche dell'art. 111 specie nel vecchio più conciso testo potrebbe far riferire la previsione ai soli provvedimenti decisori adottati nell'ambito del processo.

intercettazioni²¹, la chiamata in causa di garanzie sembra rendere ineludibile la previsione degli incombenti atti a scongiurare ogni abuso: a partire dalla sindacabilità dello stesso atto di autorizzazione delle intercettazioni, passando attraverso la segretezza del loro contenuto in ragione dei soggetti o della fase processuale interessata, fino alla sanzione dell'inutilizzabilità del materiale non pertinente da destinarsi all'eliminazione²².

Non meno delicato si rivela, però, l'aspetto sostanziale-definitorio. Di ciò la Corte è pienamente cosciente, tanto che è ancora la *vexata quaestio* delle intercettazioni parlamentari ad offrire ad essa l'occasione per chiarire la differenza tra intercettazioni dirette, indirette e casuali, come può rilevarsi sia nella menzionata [sent. n. 390 del 2007](#), sia nelle successive due del 2010, [nn. 113](#) e [114](#)²³. Si è trattato qui, detto in estrema sintesi, di impedire il prodursi surrettizio a favore di soggetti non parlamentari di una situazione di immunità in contrasto non solo col parametro dell'eguaglianza, ma anche con quello della razionalità intrinseca della scelta legislativa, dato che per neutralizzare gli effetti della diffusione di conversazioni di un parlamentare casualmente intercettate, si sarebbe rischiato di delineare un meccanismo integralmente e irrimediabilmente demolitorio. In tale quadro, assunte come *dirette* le intercettazioni effettuate su utenze o in luoghi riferibili ad un parlamentare, e come *indirette* quelle che, pur operate su utenze o in luoghi nella disponibilità di terzi, mirano comunque a captare le comunicazioni del soggetto politico, sono considerate «casuali» o «fortuite» (e quindi sottratte all'operatività dell'art. 68 Cost.) solo le captazioni avvenute occasionalmente nel corso di intercettazioni che hanno come destinataria una terza persona²⁴. È però alla Suprema Corte che la Consulta riconosce, per così dire, il *copyright* nella definizione della stessa attività investigativa in parola: nella [sent. n. 320 del 2009](#)²⁵ si ha infatti l'adesione alla concettualizzazione operata nella [sentenza delle sezioni unite della Corte di cassazione 28 maggio 2003-24 settembre 2003, n. 36747](#), secondo cui per «intercettazione» deve intendersi unicamente l'apprensione occulta, in tempo reale, del contenuto di una conversazione o di una comunicazione da parte di soggetti estranei al colloquio, non rientrando, pertanto, in tale nozione la registrazione di un colloquio, tanto telefonico che tra presenti, effettuata da una delle persone che vi partecipano o ammesse ad assistervi: in tale ipotesi, mancherebbe infatti la lesione del diritto alla segretezza della comunicazione.

5. Effetti derivati e limiti della protezione costituzionale

Se, dunque, le patologie sui versanti di entrambe le riserve sarebbero idonee a precludere un qualsiasi uso come indizio o come prova di intercettazioni telefoniche assunte illegittimamente se non – come ammonisce la Corte – a costo di una gravissima menomazione di un diritto «riconosciuto e garantito», sempre il rischio di elusione delle garanzie previste nell'art. 15 Cost. ha indotto la Corte

²¹ Anche ad accedere, peraltro, ad una posizione più estrema, deducendo dal disposto dell'art. 15 comparato a quello dell'art. 13 la piena discrezionalità non del legislatore, ma del giudice nella scelta dei casi, l'intervento legislativo non sarebbe né vietato né inutile in quanto potrebbe valere a circoscrivere appunto la discrezionalità operativa del giudice.

²² Sul punto, A. SPERTI, *La libertà e segretezza della corrispondenza e delle comunicazioni tra vecchie e nuove prospettive di tutela dei diritti fondamentali*, in AA.VV., *Il rispetto delle regole. Scritti degli allievi in onore di Alessandro Pizzorusso*, Torino, 2005, 21. In proposito la Corte non esita anche a farsi carico delle problematiche concernenti le modalità di predisposizione e allocazione degli impianti di intercettazione ([ordinanza n. 259 del 2001](#)) (anche se si mostrerà sempre tiepida nei confronti del progresso tecnologico nel settore: cfr. [ordd. nn. 209](#) e [443 del 2004](#)).

²³ Su tale giurisprudenza, cfr. L. FILIPPI, *La Consulta distingue tra intercettazioni fortuite e mirate nei confronti del parlamentare e ammonisce contro le motivazioni «implausibili»*, in *Giur. Cost.*, 2010, 1273; D. NEGRI, *Intonazioni lontane dalla sentenza capostipite, nella coppia di pronunce con cui la Corte costituzionale riprende il tema delle intercettazioni «indirette» relative a parlamentari*, in *Giur. Cost.*, 2010, 2707.

²⁴ Rileva in materia anche l'[ord. n. 263 del 2010](#), su cui cfr. C. CESARI, *Sulle intercettazioni a carico dei parlamentari, si consolida una linea esegetica densa di incognite*, in *Giur. Cost.*, 2010, 3994

²⁵ Sulla decisione, cfr. L. MILANI, *Ancora irrisolto il problema della riconducibilità delle captazioni operate dall'«agente attrezzato per il suono» alla disciplina delle intercettazioni nel corso delle indagini*, in *Giur. cost.*, 2009, 4834 e ss.; e M. VILLANI, *La Corte ribadisce i rapporti tra legalità costituzionale, legalità sostanziale e legalità processuale*, in *Giur. cost.*, 2009, 4823 e ss.

a rigettare anche l'ipotesi di un'eventuale utilizzazione del risultato di intercettazioni in procedimenti diversi da quelli per cui erano state legittimamente operate, dal momento che una tale circostanza si risolverebbe in «un'inammissibile autorizzazione in bianco» a disporre le intercettazioni, con conseguente lesione della «sfera privata» legata al riconoscimento del diritto inviolabile di libertà di comunicazione e al connesso dovere di riservatezza incombente su tutti coloro che per ragioni d'ufficio vengano a conoscenza di fatti inerenti a quella sfera ([sent. n. 63 del 1994](#)). Anche se, nella medesima occasione, la Corte non ha esitato a far discendere la liceità di tassative previsioni legislative di utilizzo di intercettazioni telefoniche in procedimenti diversi, limitatamente all'accertamento di una categoria predeterminata di reati presuntivamente capaci di destare particolare allarme sociale, individuandovi “indubbiamente un non irragionevole bilanciamento operato discrezionalmente dal legislatore fra il valore costituzionale rappresentato dal diritto inviolabile dei singoli individui alla libertà e alla segretezza delle loro comunicazioni e quello rappresentato dall'interesse pubblico primario alla repressione dei reati e al perseguimento in giudizio di coloro che delinquono”.

Non è questa, peraltro, l'unica circostanza in cui siffatto bilanciamento è sembrato squilibrarsi, indebolendo le garanzie della libertà comunicativa dei singoli, dato che, almeno a partire dal *leading case* recato dalla [*ridetta*] [sent. n. 34 del 1973](#), in diverse occasioni la Corte ha mostrato di ritenere recessiva tale libertà di fronte all'interesse pubblico costituito dalle esigenze di giustizia²⁶. Tra queste vanno ricordate almeno le sentenze

- [n. 366 del 1991](#), secondo cui, tra l'altro, se la conoscenza di fatti astrattamente qualificabili come illeciti penali che venga acquisita attraverso intercettazioni legittimamente autorizzate o, all'interno del medesimo procedimento, per altri reati, non impone al P.M. l'inizio di un procedimento, però certamente gli consente di procedere ad accertamenti volti ad acquisire nuovi elementi di prova sulla cui base soltanto potrà successivamente proporre l'azione penale²⁷;

- [n. 372 del 2006](#), relativa al tempo prescritto per la conservazione dei dati comunicativi, secondo cui più in generale la tutela del diritto alla riservatezza può subire variazioni in rapporto all'esigenza concreta – purché costituzionalmente protetta – posta a raffronto²⁸;

- [n. 173 del 2009](#), relativa alla disciplina sulla distruzione dei risultati delle intercettazioni effettuate da parte del GIP, che ha costretto la Corte a qualche equilibrismo²⁹,
e l'ordinanza

- [n. 443 del 2004](#), in merito alla disciplina delle intercettazioni preventive, nel cui ambito la compressione della libertà comunicativa non è neppure più giustificata dall'avvenuta commissione di reati, ma dall'intento di prevenirli; mentre le garanzie, a cui la Corte ha dato avallo, finiscono per consistere nel divieto di utilizzabilità diretta dei contenuti intercettati in procedimenti penali³⁰

²⁶ Da queste fattispecie, è agevole dedurre un più generale principio per cui limitazioni alla libertà in parola potrebbero trovare giustificazione e, se del caso, convalida davanti al giudice delle leggi allorché si tratti di proteggere altri interessi di rango parimenti costituzionale (per talune, non sempre pacifiche, fattispecie, cfr. P. CARETTI, *I diritti fondamentali*, 3a ed., Torino, 2011, 356 e s.).

²⁷ Cfr. G. DE GREGORIO, *Diritti inviolabili dell'uomo e limiti probatori nel procedimento penale*, in *Il foro it.*, 1992, 3257 e ss.

²⁸ Cfr. C. PANNACCIULLI, *Profili costituzionali delle intercettazioni di comunicazioni tra inadeguatezza del legislatore e discrezionalità del giudice*, in *Rivista AIC*, 3/2012, 20. Sulla decisione, cfr. ancora M. DE BELLIS, *La disciplina della acquisizione dei tabulati telefonici nel suo sviluppo normativo e giurisprudenziale*, in *Archivio della nuova procedura penale*, 2008, 23 e ss.; E. Bassoli, *Acquisizione dei tabulati vs. privacy: la data retention al vaglio della Consulta*, in *Diritto dell'Internet*, 2007, 237 e ss.; L. CORDI, *Diritto alla privacy ed acquisizione di tabulati telefonici: repressione e garanzia nel crocevia tra Consulta e legislatore*, in *Diritto penale e processo*, 2007, 595 e ss.

²⁹ Cfr., C. CONTI, *Intercettazioni illegali: la Corte Costituzionale riequilibra un bilanciamento “claudicante”*, in *Diritto penale e processo*, 2010, 195 e ss.; C. CESARI, *Su captazioni e dossiers illeciti, un intervento non risolutivo*, in *Giur. cost.*, 2009, 3537 e ss.; C. MARINELLI, *Le “intercettazioni illegali” al vaglio della Corte costituzionale: prospettive e limiti di un intervento conservativo*, in *Riv. it. di dir. e proc. pen.*, 2009, 2051 e ss.; e M. VILLANI, *La distruzione del corpo del reato all'esame della Corte: spunto per una riflessione sul rapporto tra sanzioni processuali e diritti sostanziali*, in *Giur. cost.*, 2009, 1936 e ss.

³⁰ Si rammenti che le operazioni investigative sono autorizzate dal solo Procuratore della Repubblica senza convalida del giudice.

In senso diverso può invece leggersi la sentenza

- [n. 336 del 2008](#), con cui è stata dichiarata illegittima la mancata disponibilità da parte del difensore della trasposizione su nastro magnetico delle registrazioni di conversazioni o comunicazioni intercettate utilizzate ai fini dell'adozione di un provvedimento cautelare³¹;

mentre una certa ambivalenza presenta la sentenza

- [n. 149 del 2008](#)³², che ha peraltro confermato la [sent. n. 135 del 2002](#)³³, sul regime delle registrazioni di immagini all'esterno di una privata dimora emarginato in via di principio dalla Corte dell'ambito di operatività dell'art. 15 Cost. quanto al regime di tale prova atipica, fuori dai casi, s'intende in cui la captazione comprenda anche il contenuto di comunicazioni: ciò che non potrebbe far risorgere le garanzie dell'art. 15 Cost.

6. Privacy, riservatezza, segretezza, crittografia ...

In conclusione, la sintetica rassegna giurisprudenziale, oltre alla diversità di piani su cui il problema delle intercettazioni di comunicazioni interpersonali può esser affrontato, può aver fatto intendere quanto sia talvolta stretto e forse inestricabile l'intreccio tra dati qualificabili oggettivamente e genericamente come comunicativi e quei dati specifici e soggettivamente caratterizzati definiti come "personali" dalla normativa sulla *privacy*.

Problematica, questa, che rinvia a due aspetti che certamente era difficile mettere in conto al momento della redazione della Carta costituzionale, ossia *a*) un'*actio finium regundorum* tra segretezza, riservatezza e *privacy* nell'ambito delle comunicazioni, e *b*) tornando sulle osservazioni iniziali, l'uso della crittografia.

a) Circa il primo aspetto, è abbastanza noto che, di un diritto alla riservatezza, a differenza, ad es., della Carta europea dei diritti dell'uomo, la Costituzione repubblicana non parli, talché è stato compito e merito della giurisprudenza, particolarmente della Cassazione, enuclearne la nozione e la natura nell'ordinamento italiano. Per non rievocare anche qui vicende assai note, rileva piuttosto il fatto che, al fine di offrire alla riservatezza, una collocazione ed un'esigenza di tutela di rango costituzionale, si sia fatto appello agli artt. 2 e 3 della Costituzione, quindi in via indiretta, ragionando, rispettivamente, sulla protezione della personalità umana e sulla dignità che a ciascuno deve essere assicurata. Del resto, il tentativo di una fondazione più esplicita del diritto non sembra poter andare oltre giustificazioni di settore, quali, esemplarmente, appunto la protezione della segretezza della corrispondenza recata dall'art. 15 Cost., senza riuscire a comporre un quadro unitario, rinviando al massimo ancora indirettamente, attraverso figure sintomatiche, all'esistenza di un *prius* assiologico.

Per quanto riguarda, poi, la nozione di segretezza, sembra palmare la sua divergenza da quella di riservatezza. Non coincidenza, ma neanche reciproca sussumibilità essendo, quella di segreto, nozione più rigorosa rispetto a quella di riservato e, quella di riservato, non commensurabile con quella di segreto. Del resto, più pianamente, è stato bene osservato, anche con riferimento all'altra figura chiamata in causa dell'inviolabilità domiciliare, come non vi sia un sicuro interesse del soggetto a tenere segreti tutti gli eventi che si verificano nell'ambito spaziale del domicilio o siano affidati a mezzi riservati di comunicazione, mentre è dubbio che gli artt. 14 e 15 Cost. possano rilevare per la problematica della riservatezza, poiché direttamente finalizzate ad impedire non l'indebita divulgazione di notizie riservate ma, più precisamente, il loro apprendimento.

³¹ Cfr. E. N. LA ROCCA, *Misure cautelari e diritto all'ascolto delle intercettazioni*, in *La Giustizia penale*, 2008, 323 e ss.

³² Cfr. F. CAPRIOLI, *Nuovamente al vaglio della Corte costituzionale l'uso investigativo degli strumenti di ripresa visiva*, in *Giur. cost.*, 2008, 1832 e ss.

³³ Cfr. A. LONGO, *Le garanzie costituzionali delle intercettazioni visive: un'occasione mancata per la Corte*, in *Giur. cost.*, 2002, 2208 e ss.; S. MARINI, *La costituzionalità delle riprese visive nel domicilio: ispezione o libertà "sotto-ordinata"?* in *Giur. cost.*, 2002, 1076 e ss.; e A. PACE, *Le videoregistrazioni "ambientali" tra gli artt. 14 e 15 Cost.*, in *Giur. cost.*, 2002, 1070 e ss.

Dimodoché, anche indipendentemente da una più precisa messa a fuoco delle due nozioni, sembra di poterne comunque affermare la distinzione e la reciproca autonomia.

Assumendo, *comme il faut*³⁴, sotto la nozione di *privacy* la sola esigenza di tutela dei dati personali (alla loro rilevazione alle successive vicende, specie diffuse, che possono caratterizzarli), risulta evidente come ci si collochi ancora su un piano diverso rispetto a qualsiasi forma di confidenzialità comunicativa. Per non parlare di situazioni addirittura opposte quali si verificano allorché i dati da proteggere siano comunque giù usciti dalla sfera del loro interessato, la cui mira quindi resta soltanto quella di seguirli nella loro allocazione, uso ed esattezza (si è icasticamente ragionato di *habeas data*)³⁵.

Un dinamico punto di incrocio tra tutte queste nozioni può invece essere rinvenuto nel fenomeno delle intercettazioni, in cui i dati, anche se legittimamente appresi, non sono comunque sottratti alla tutela che la *privacy* offre ad essi. Chiarissimi in questo senso sono gli interventi del Garante per la *privacy*, particolarmente il provvedimento del 18 luglio 2013 con cui (in disparte le successive proroghe) con cui il Garante, ai sensi dell'art. 154, comma 1, lett. c), del Codice della *privacy*, ha prescritto alle Procure della Repubblica di apportare alcune modificazioni e integrazioni alle misure di sicurezza in relazione ai trattamenti di dati personali svolti, anche tramite la polizia giudiziaria o soggetti terzi, nell'ambito delle predette attività di intercettazione³⁶. Anche se, sul punto, non può che convenirsi con lo stesso Garante che, elogiando le linee guida sulla gestione delle intercettazioni, adottate dal Procuratore della Repubblica di Torino, ha sottolineato come nessuna norma, di per sé sola, potrebbe mai garantire il migliore equilibrio tra i vari diritti in gioco, in assenza di un'etica e deontologia professionali capaci di tracciare il limite (non scolpito nella legge ma da ricercare di volta in volta, in concreto) oltre il quale il doveroso esercizio di una funzione essenziale quale quella informativa, magistratuale o difensiva, non può spingersi; e concludendo che “Su questo terreno si gioca una delle partite più importanti per la nostra democrazia: è necessario che ciascuno, per parte sua, vi fornisca il proprio contributo”³⁷.

Comunque sia, del rilievo delle distinzioni operate (e a futura memoria, se si vuole, del nostro giudice di costituzionalità), sembra eloquente testimonianza [la dec. del Conseil constitutionnel n. 556 QPC dell'anno in corso](#), pur verificando positivamente lo scrupolo del legislatore nel circondare di adeguate le misure di polizia attivabili nello stato ordinamentale dell'emergenza, ha invece accolto la questione relativa alla violazione del diritto alla vita privata nel caso di acquisizione dei dati informatici in quanto, tra l'altro, operabile senza l'intervento del giudice anche in assenza di accertamento di una qualunque violazione.

b) Dal secondo profilo ci sembra che emerga naturale soprattutto il quesito se esista e se sì fino a che punto un diritto individuale a crittografare: che è come chiedersi se, sotto la garanzia costituzionale della segretezza, possa rientrare anche questa situazione, compresa quella del ricorso all'anonimato in Rete per comunicare.

Una posizione coerente con i principi finora enucleati dalla giurisprudenza costituzionale non sembra in grado di identificare motivi concludenti per ritenere illecito l'uso di tecniche crittografiche per proteggere il valore costituzionale della segretezza delle comunicazioni soprattutto quando esse avvengano con strumenti tecnologici particolarmente vulnerabili (analogamente potrebbe dirsi per l'anonimato). Per converso, lo stesso art. 15 Cost., se vale ad autorizzare una disciplina costituzionalmente orientata delle intercettazioni, può anche valere ad autorizzare gli inquirenti a cercare di scardinare il grimaldello crittografico.

³⁴ Anche se è vero che lo stesso termine di *privacy* sembra rinviare all'idea di riservatezza e di vita privata, l'equivoco in cui non infrequentemente s'incorre nel linguaggio giornalistico e comune, almeno tra gli addetti ai lavori, dovrebbe considerarsi dissipato.

³⁵ Sulla reciproca delimitazione tra segretezza e *privacy*, v. C. CARUSO, *La libertà e la segretezza delle comunicazioni nell'ordinamento costituzionale*, cit., 7 e 18.

³⁶ V. il “Provvedimento in materia di misure di sicurezza nelle attività di intercettazione da parte delle Procure della Repubblica” del 18 luglio 2013, in <http://194.242.234.211/web/guest/home/docweb/-/docweb-display/docweb/2551507>.

³⁷ In un intervento sul *Il Messaggero* del 17 febbraio 2016

Che è ciò che esattamente successo nella vicenda di Apple. Il problema tuttavia sembra ancora un altro in quanto, sempre per restare su tale vicenda, la chiave segreta è sconosciuta sia per Apple, sia per il proprietario dell'*iPhone*, così che non resta che testare tutte le possibili combinazioni di codici segreti per sbloccare il cellulare (cd. attacco di «forza bruta»)³⁸. Quindi non è tanto l'accesso alla chiave di cifratura segreta a sembrare decisivo, dato che la legge potrebbe (provare ad) imporre con le garanzie previste dall'art. 15 Cost., in nome di esigenze di sicurezza individuale e collettiva, a chi ne ha il possesso di rilasciare la chiave di decrittazione, quanto la capacità tecnica di interfacciarsi con l'*iPhone* per verificare automaticamente tutte le combinazioni disabilitando le protezioni quando nessuno detiene quella chiave. Questo sembra tecnicamente possibile solo per il costruttore che, pertanto, già in partenza, dovrebbe sviluppare una versione specifica di *software* che gli permetta di corrispondere alla richiesta della chiave.

Resterebbe in ogni caso da risolvere la questione dell'efficacia di una simile disciplina nei confronti di un costruttore straniero (il divieto d'importazione dei cellulari non in regola non risolverebbe lo stesso il problema), che potrebbe non avere interesse alla cosa in quanto un cellulare accessibile legittimamente dagli inquirenti sarebbe anche esposto all'azione degli *hacker* con importanti ricadute sul fatturato. Forse, come è naturale nel mondo delle tecnologie informatiche, accordi internazionali potrebbero costituire un quadro più efficace.

Come s'intende, mentre la tecnologia avanza con velocità impressionante³⁹ la materia sembra ancora tutta da approfondire sotto il profilo giuridico, tenendo però sempre ferma la circostanza per cui non si tratta solo di una questione processuale, ma prima ancora di sistema (democratico), essendovi coinvolto quel diritto fondamentale intorno a cui sono ruotate le presenti osservazioni⁴⁰.

³⁸ Vi è l'ulteriore problema per cui *iPhone* consente questa operazione per un periodo di tempo di un'ora, mentre dopo 10 tentativi falliti tutti i dati vengono completamente cancellati. Desumo la maggior parte di queste informazioni da *FBI–Apple encryption dispute*, in Wikipedia (https://en.wikipedia.org/wiki/FBI–Apple_encryption_dispute).

³⁹ Esempio di questa rincorsa tra fatto e diritto è la nuova applicazione (per *chat*) *Telegram* che utilizza la crittografia per proteggere le comunicazioni e prevede l'opzione di “autodistruzione” dei propri contenuti.

⁴⁰ Sulla configurazione nei termini di un diritto fondamentale della libertà comunicativa interpersonale, cfr. A. SPERTI, *La libertà e segretezza della corrispondenza e delle comunicazioni*, cit., 88 e s.

Antonio Arena

**A proposito dello “statuto costituzionale del minore”
(brevi riflessioni a margine di alcune “novità” nel dibattito parlamentare e nella
giurisprudenza comune)**

SOMMARIO: 1. “Diritto” ad avere figli e superiore interesse del minore. – 2. Il superiore interesse del minore, espressione del principio personalista, come ragion d’essere dell’indirizzo del Tribunale per i minorenni di Roma. – 3. L’interesse del minore ad essere educato ai valori fondativi della Repubblica: il Tribunale per i minorenni di Reggio Calabria ed il tentativo di salvare i minori dall’indottrinamento mafioso.

1. Diritto” ad avere figli e superiore interesse del minore

Libertà, eguaglianza, solidarietà sono i valori fondativi delle democrazie costituzionali contemporanee. La Costituzione italiana mira a tutelare la persona umana, evitando che uno solo di questi valori finisca col tiranneggiare sugli altri¹. Così, non c’è legittimo avanzamento nella garanzia della libertà che non costituisca (debba costituire) anche un rafforzamento dell’eguaglianza e della solidarietà. Tale equilibrio tra valori rischia spesso di essere alterato e non è sempre agevole distinguere tra doverosi miglioramenti e preoccupanti regressi sul piano della salvaguardia dei fondamentali diritti della persona². Come ha avuto modo di sottolineare la Corte costituzionale, «tutti i diritti fondamentali si trovano tra loro in rapporto di integrazione reciproca e non è possibile pertanto individuare uno di essi che abbia la prevalenza assoluta sugli altri. La tutela deve essere sempre sistemica e non frazionata in una serie di norme non coordinate e in potenziale conflitto tra loro [...]. Se così non fosse, si verificherebbe l’illimitata espansione di uno dei diritti, che diverrebbe “tiranno” nei confronti delle altre situazioni giuridiche costituzionalmente tutelate, che costituiscono, nel loro insieme, espressione della dignità della persona» ([sent. n. 85 del 2013](#), punto 9 cons. in dir.).

Pare di potere osservare che nella coscienza collettiva il peso della libertà sia con il passare del tempo gradualmente cresciuto. Di modo che, dal punto di vista squisitamente teorico, ed in relazione ai progressi della scienza e della tecnica, da qualche tempo si pone l’interrogativo, al tempo stesso stimolante e preoccupante, se debba essere riconosciuto al singolo, in quanto tale, un diritto ad avere figli³. Tale questione è intellegibile nel quadro di una teoria radicalmente individualista ed implica l’inammissibilità di argomentazioni religiose nello spazio pubblico ideale o, se si vuole, uno spazio pubblico ideale nel quale ogni forma di personalismo “religiosamente fondato” ha perso (e per alcuni, a quanto sembra, deve certamente perdere) ogni “diritto di parola”⁴.

Nel nostro ordinamento, nel quale eguaglianza e solidarietà, prese le vesti di principi giuridici,

¹ G. SILVESTRI (*Dal potere ai principi. Libertà ed eguaglianza nel costituzionalismo contemporaneo*, Roma-Bari, 2009, 113) osserva come «solo una considerazione congiunta in chiave integrativa e non oppositiva (come spesso invece accade) consente di allontanarsi da una visione “mitica” di libertà ed eguaglianza isolatamente considerate, eliminando in modo radicale la tragica illusione che si possa coltivare l’una a scapito dell’altra, secondo scelte ideologiche che finiscono per realizzare una eterogenesi dei fini».

² Il fatto che il rispetto dei diritti costituisca paradigma di validità degli atti normativi non è la ragione, ma la conseguenza del loro essere fondamentali: O. CHESSA, *Libertà fondamentali e teoria costituzionale*, Milano, 2002, 254 ss.

³ M. WARNOCK, *Making Babies. Is there a right to have children?*, New York, 2009, 3 ss.

⁴ Cfr. M. WARNOCK (*Dishonest to God. On keeping religion out of politics*, London-New York, 2010, 1 ss.): «It is impossible to exaggerate the influence of Christianity on our culture and traditions, but also on our political thought and legislative practice. However, important though the part played by Christianity has been, no one doubts that the Christian religion has now lost its dominant and taken-for-granted position in the lives of the majority of citizens, many of whom are totally ignorant of the text of the Bible and of what goes on in church, and for whom the word “God” is meaningless except as an exclamation».

limitano ogni forma «bruta»⁵ di individualismo, tale diritto non esiste. Come noto, infatti, la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità del divieto di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo (e, conseguentemente, di accesso alla diagnosi preimpianto), ma solo in alcune precise ipotesi: con la [sent. n. 162 del 2014](#), nel caso di coppie alle quali sia stata diagnosticata una patologia causa di sterilità o infertilità assolute ed irreversibili; con la [sent. n. 96 del 2015](#), nell'ipotesi in cui anche solo uno dei genitori sia portatore di gravi patologie genetiche trasmissibili al nascituro. Nelle circostanze in cui è consentita la fecondazione eterologa, la coppia vede soddisfatto l'interesse a generare un figlio "proprio" (biologicamente anche solo di uno dei due genitori) e "sano" (non portatore della patologia geneticamente trasmissibile della quale i genitori sono a conoscenza). In altri termini, e per quanto qui importa ricordare, il pubblico potere subordina l'accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo all'appartenenza della persona ad una coppia, unita in matrimonio o convivente, formata da persone di sesso diverso⁶. Rimane invece rigorosamente fermo il divieto di ricorrere alla pratica dell'utero in affitto.

Accade allora che cittadini italiani si rechino in altri Paesi, nei quali l'accesso alla fecondazione eterologa è consentito al singolo, in quanto tale o componente di una coppia omosessuale, ovvero nei quali è lecito il ricorso all'utero in affitto. Negli ultimi anni, in casi come questi, alcuni tribunali italiani hanno disposto l'adozione del figlio del singolo da parte del partner dello stesso sesso. Con il che la disciplina attualmente vigente in tema di procreazione medicalmente assistita ed utero in affitto viene aggirata dalla coppia *same-sex* che ha concepito un "progetto di genitorialità condivisa".

Tale giurisprudenza comune testimonia l'emersione di nuove istanze sociali. Non a caso, di questi temi si è di recente discusso anche in Parlamento, pervenendo all'approvazione della l. n. 76 del 2016 sulla regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze. La relativa proposta di legge A.S. 2081 prevedeva (art. 5) una modifica dell'articolo 44, comma I, lettera b) della legge 4 maggio 1983, n. 184 ("Diritto del minore ad una famiglia"). L'articolo 44 cit. si riferisce all'adozione in casi particolari⁷, vale a dire – in breve – in tutti i casi nei quali essa risponda all'interesse del minore pur non ricorrendo le condizioni per l'adozione piena (o legittimante): «Nel caso di specie, il minore non versa in stato di abbandono [...] Ciò nonostante, per favorire l'interesse superiore del minore, l'adozione è ammessa: si tratta, infatti, di

⁵ Utilizzo questo aggettivo nella stessa accezione impiegata da B. WILLIAMS (*In principio era l'azione. Realismo e moralismo nella teoria politica*, trad. it. a cura di C. Del Bò, Milano, 2007, 98) che denomina «"libertà brutta" la semplice idea di non essere impediti da qualche forma di imposizione umana di coercizione nel compiere ciò che si vuole».

⁶ Osserva S. AGOSTA (*Bioetica e Costituzione*, Tomo I, *Le scelte esistenziali di inizio-vita*, Milano, 2012, 107) come «il necessario prerequisite della coppia sia animato dall'esigenza di evitare che il concepito venga al mondo già in una situazione d'iniziale (e in qualche misura, contraddittoriamente preordinato) "svantaggio" rispetto agli altri suoi simili. Eppure sembra, altresì, palese come siffatta disposizione rischi di provocare difficilmente evitabili frizioni – se non di fare, letteralmente, a pugni – tanto con la realtà di fatto quanto con quella giuridica: con la prima, giacché tralascerebbe invero che chi materialmente si presenta innanzi al medico rimane sempre e comunque un "singolo" sul quale scarsi, o diciamo nulli, sono i controlli normalmente previsti circa l'effettività e stabilità della convivenza. Quanto al possibile contrasto con la seconda, poi, non si è mancato di rilevare come, a voler essere rigorosi, siffatta preoccupazione di tutela, pur pressante, nemmeno riceva assoluto ed incondizionato riconoscimento in molti ordinamenti».

⁷ Sebbene l'ordinamento esprima una tendenziale preferenza per l'adozione minorile legittimante (si v., per tutti, A. FINOCCHIARO, M. FINOCCHIARO, *Disciplina dell'adozione e dell'affidamento dei minori*, Milano, 1983, 87; G. CATTANEO, *Appunti sulla nuova disciplina dell'adozione e dell'affidamento dei minori*, in *Quadrimestre*, 1984, 19, 38), le adozioni in casi particolari hanno acquisito un grande rilievo e non vanno intese come espressione di "particolarismo" (nell'accezione deteriore del termine): osserva in proposito V. SCALISI (*Lo status di figlio legittimo di adozione*, in ID., *Categorie e istituti del diritto civile nella transizione al postmoderno*, Milano, 2005, 393-394) che «per conforme indicazione proveniente dall'art. 3, cpv., Cost., a situazioni di interessi soggettivamente e oggettivamente diseguali non possono non corrispondere forme di tutela giuridica anch'esse diseguali e parimenti diversificate. Particolarismo giuridico, dunque, non nel senso deteriore del termine, ma come garanzia di effettiva corrispondenza della tutela alle esigenze e agli interessi dei destinatari della stessa in funzione di umanizzazione della regola giuridica e quindi per un diritto a misura d'uomo [...] Preminente su tutto e rispetto a tutti deve restare l'interesse dell'adottato, specie se minore, e a tale criterio ermeneutico fondamentale l'interprete deve attenersi nella individuazione della normativa da applicare come pure nella scelta delle soluzioni da adottare».

promuovere la stabilizzazione del rapporto affettivo instauratosi, di fatto, tra minore adottando e chi intenda adottarlo, anche a causa di una convivenza in atto»⁸.

In particolare, l'ipotesi contemplata dalla lettera b) dell'art. 44 – che la proposta di legge mirava a riconfigurare – consente l'adozione al coniuge nel caso in cui il minore sia figlio, anche adottivo, dell'altro coniuge. I parlamentari che hanno esercitato l'iniziativa immaginavano di estendere questa possibilità anche alla parte dell'unione civile, quindi ad una persona dello stesso sesso del genitore. Questo ha scatenato una molteplicità di polemiche, che possono essere ricostruite già a partire dalla considerazione delle numerose questioni di pregiudizialità⁹ presentate anche da esponenti della maggioranza parlamentare. Alla fine, “risolutore” è stato l'intervento del Governo che, come ormai sempre più spesso succede, con un maxiemendamento (sul quale ha posto la questione di fiducia) ha sostituito interamente il progetto di legge. L'Esecutivo ha cercato di placare le polemiche, marcando le differenze tra matrimonio e unione civile, cancellando la modifica della disposizione in materia di adozione in casi particolari nonché l'obbligo di fedeltà tra i componenti della coppia *same-sex* unita civilmente. Si tratta di trasformazioni niente affatto irrilevanti, che però non eliminano una complessiva riconfigurazione giuridica delle relazioni sociali elementari entro la quale il matrimonio non costituirebbe più l'unico “vertice”. Dopo l'approvazione della legge sulle unioni civili e le convivenze, si deve ritenere che due siano i “vertici alti” (matrimonio ed unione), seppure non esattamente allineati, e due i “vertici bassi” (le convivenze tra persone di sesso diverso e quelle tra persone dello stesso sesso). In altri termini, l'unione si porrebbe come modello alternativo di relazione sociale “nucleare”¹⁰ (e non è impossibile che in via giudiziaria si finisca poi con l'equipararla, in tutto e per tutto, al matrimonio).

Intanto, come si accennava, si riscontra lo sviluppo di una giurisprudenza che apre all'adozione da parte del componente della coppia omosessuale. Questo è possibile perché si fornisce una interpretazione estensiva dell'art. 44 cit.: non però della lettera b), ma della lettera d) di questa disposizione, che consente l'adozione anche a chi non abbia i requisiti per quella piena (quindi anche al singolo) «quando vi sia la constatata impossibilità di affidamento preadottivo». Siffatta

⁸ G. MATUCCI, *Lo statuto costituzionale del minore d'età*, Milano, 2015, 78.

⁹ Giusto a titolo esemplificativo, con la *Questione pregiudiziale n. QP1 al DDL n. 2081* (a prima firma del sen. Sacconi) si è sostenuto che «estendere i benefici previsti per il matrimonio ad altre forme di convivenza, come vorrebbe il disegno di legge, svislisce il significato della preferenza costituzionale per la famiglia, in contrasto con i già menzionati articoli 29 e 30 della Costituzione [...] l'articolo 5 nell'estendere l'adozione non legittimante permessa al coniuge dall'articolo 44, lettera b), della legge n. 184 del 1983 anche alla parte dell'unione civile, è in contrasto con l'articolo 31 della Costituzione secondo il quale la Repubblica “protegge l'infanzia (...) favorendo gli istituti necessari a tale scopo”». O ancora, con la *Questione pregiudiziale n. QP3 al DDL n. 2081* (a prima firma del sen. Gasparri) si è asserito che «la *stepchild adoption* consentirebbe, altresì – aumentandone il numero – i casi di coloro che si recano nei paesi esteri nei quali è possibile avere un figlio dietro corrispettivo a una donna che si impegna a portare a termine la gravidanza. Non vale a fugare i dubbi al riguardo, il fatto che il provvedimento non rechi una testuale modifica della legge sulla fecondazione assistita». Tutto questo, a tacere del ricorso presentato da alcuni senatori alla Corte costituzionale per lamentare, in particolare, la violazione dell'articolo 72 Cost.

¹⁰ Da tempo autorevole dottrina osserva che «il fenomeno della complessità ha investito anche la famiglia e che questa non è più una, ma plurima, nel senso che esiste una pluralità di immagini e di dimensioni della famiglia a seconda del tipo di vita e di esistenza praticato da ciascuna. Anche in questo settore il processo storico-sociale sembra dunque menare dalla famiglia alle “famiglie”»: così V. SCALISI, *La “famiglia” e le “famiglie”*, in ID., *Categorie e istituti*, cit., 223. «D'altro canto» – osserva A. RUGGERI [*Le unioni tra soggetti dello stesso sesso e la loro (innaturale ...) pretesa a connotarsi come “famiglie”*, in AA.VV., *La società naturale e i suoi “nemici”. Sul paradigma eterosessuale del matrimonio*, Seminario di Ferrara, 26 febbraio 2010, a cura di R. Bin, G. Brunelli, A. Guazzarotti, A. Pugiotto, P. Veronesi, e-book, Torino, 2010, 307 ss., ora in ID., *“Itinerari” di una ricerca sul sistema delle fonti*, XIV, Studi dell'anno 2010, Torino, 2011, 7-8] – «che la famiglia sia data, per Costituzione, dall'unione di due (*sol*) soggetti di sesso diverso, riconoscibile dal vincolo matrimoniale che li lega, è avvalorato, oltre che dal richiamo alla nostra tradizione, sicuramente operato dalla Costituente in sede di redazione del I c. dell'art. 29, dal “sistema” degli enunciati costituzionali, laddove è presupposta la diversità dei sessi dei soggetti coniugati, a partire dallo stesso art. 29, col riferimento in esso fatto all'eguaglianza morale e giuridica dei coniugi». Esistono insomma dei limiti che la portata semantica delle disposizioni costituzionali dedicate alla famiglia non consentono di superare: v., sul punto, A. SAITTA, *Il matrimonio delle coppie dello stesso sesso alla Consulta o dei limiti dell'interpretazione costituzionale evolutiva*, in AA.VV., *La società naturale*, cit., 357.

previsione fu pensata in relazione a situazioni nelle quali, per ostacoli di ordine fattuale, non si poteva procedere all'affido, propedeutico alla adozione. È il caso del minore “difficile”, andato incontro a diversi fallimenti adottivi¹¹ o del cosiddetto “semiabbandono”¹².

Successivamente, però, si è affermata una diversa lettura in virtù della quale l'adozione di cui alla lettera d), può aversi non solo nei casi di impossibilità di fatto, ma anche di mero diritto.

Così, a partire da alcune storiche pronunce del Tribunale per i minorenni di Roma ([sent. n. 299 del 2014](#); [sent. n. 291 del 2015](#)) è stata disposta l'adozione della figlia della partner da parte dell'altra componente della coppia *same-sex*.

Prendendo in esame una di queste pronunce ([sent. n. 291 del 2015](#)), e a riprova di quanto in precedenza osservato, si apprende come le due donne si siano recate nel 2011 a Bruxelles al fine di ricevere ogni informazione possibile in ordine alle tecniche di procreazione assistita. Dopo avere a lungo riflettuto «sulla realizzazione del *progetto* di genitorialità condivisa»¹³, decisero che a sottoporsi all'inseminazione sarebbe stata la più giovane, per incrementare le probabilità di riuscita dell'intervento. La donna rivoltasi al Tribunale per i minorenni (si legge nella sentenza) ha mostrato di avere seguito lo stato di gravidanza della compagna con affetto e devozione, vivendo con lei l'attesa del lieto evento. Dopo la nascita – osservano i giudici – «la ricorrente si è dedicata a lei con la medesima dedizione della mamma, instaurando un rapporto affettivo così forte da eguagliare quello materno»¹⁴. Il Tribunale per i minorenni di Roma ha quindi accolto la domanda in quanto «nella nostra normativa di settore non v'è divieto alcuno [...] per la persona singola, quale che sia il suo orientamento sessuale, ad adottare. Esclusivamente per l'adozione legittimante, sia nazionale che internazionale, la legge richiede che ad adottare siano due persone unite in matrimonio, riconosciuto dall'ordinamento italiano; ma oltre all'adozione piena il legislatore ha previsto un'altra ipotesi di adozione che si denomina *adozione in casi particolari*». Attraverso questa decisione si soddisfa l'interesse della minore ad un riconoscimento giuridico della situazione fattuale nella quale essa si trova ed acquista così, a tutti gli effetti, un secondo genitore¹⁵.

Viene da chiedersi, leggendo la lettera d) dell'art. 44, comma I, come si sia potuti arrivare all'opzione ermeneutica appena ricordata. Cruciale sembra la scelta di far uso di questo enunciato per consentire l'adozione, da parte del convivente, del figlio del partner di sesso diverso (ispirata all'eliminazione di ogni forma residua di discriminazione tra minori cresciuti da due persone, unite o meno in matrimonio)¹⁶. In casi come questi, la presenza del genitore basta ad escludere lo stato di abbandono e dunque a determinare la giuridica impossibilità di procedere all'affidamento preadottivo. Ciò permette «di ritenere integrato uno dei casi particolari, quello di cui alla lettera d),

¹¹ Il fallimento può intervenire già nel periodo preadottivo (c.d. *adoption disruption*) o dopo la formalizzazione giuridica dell'adozione (c.d. *adoption dissolution*): cfr. G. MATUCCI, *op. cit.*, 79; J.F. COAKLEY, J.D. BERRICK, *Research Review: in a Rush to Permanency: Preventing Adoption Disruption*, in *Child and Family Social Work*, 2008, 13, 101-112.

¹² Si parla di “semiabbandono” quando non sia opportuno interrompere la relazione del minore con la famiglia d'origine in quanto influisce positivamente sul minore, nonostante alcune carenze: così T. AULETTA, *Diritto di famiglia*, Torino, 2011, 395-396.

¹³ L'espressione è tratta dalla pronuncia in commento, ma il corsivo è mio e può essere messo in relazione con alcune considerazioni svolte da M.J. SANDEL (*Contro la perfezione. L'etica nell'età dell'ingegneria genetica*, trad. it. a cura di S. Galli, Milano, 2008, 89 ss.) che evidenzia i rischi insiti nella cultura della progettualità e della padronanza.

¹⁴ La bambina chiama col nome di battesimo la compagna della madre e intrattiene regolari rapporti con i parenti di entrambe le donne. La madre ha espresso il suo consenso all'adozione della propria figlia da parte della compagna.

¹⁵ La Corte Europea dei Diritti dell'Uomo ([Grande Camera, sent. 19 febbraio 2013, X e altri c. Austria, ric. n. 19010/07](#)) si è pronunciata su un caso nel quale due donne, unite da una stabile relazione omosessuale, lamentavano il rigetto della richiesta avanzata da una di loro di adottare il figlio dell'altra senza rottura del legame giuridico tra madre biologica e figlia: trattasi della c.d. “adozione co-genitoriale”, ammessa invece, in Austria, nel caso in cui il richiedente faccia parte di una coppia, anche non sposata, composta da persone di sesso diverso; la Corte Europea ha risolto la questione dichiarando che «vi è stata violazione dell'articolo 14 della Convenzione in combinato disposto con l'articolo 8 se la situazione dei ricorrenti viene confrontata con quella di una coppia eterosessuale non sposata nella quale uno dei partner avesse voluto adottare il figlio dell'altro».

¹⁶ Cfr. la sent. n. 1274 del 2012 della Corte d'Appello di Firenze, dove si legge che la lett. b) «non può finire col pregiudicare lo status del minore della famiglia di fatto, equiparato dalla legge a quello dei figli legittimi».

che consente di far luogo all'adozione e che è clausola residuale» (sent. n. 626 del 2007, Tribunale per i minorenni di Milano). Effettuato il “salto” dall'impossibilità di fatto a quella di diritto, l'estensione ulteriore dell'interpretazione anche ai conviventi dello stesso sesso difficilmente può essere evitata. Lo confermano alcune altre pronunce: basti ricordare le recenti sentenze del Tribunale per i minorenni della Capitale, rispettivamente del 30 e del 31 dicembre 2015: con la prima, due donne hanno ottenuto l'adozione l'una della figlia dell'altra¹⁷; con la seconda, è stata disposta, per la prima volta in Italia, l'adozione di un minore da parte del compagno del padre (che aveva fatto ricorso, ovviamente all'estero, alla surrogazione di maternità a titolo gratuito).

A seguito dell'approvazione della legge su unioni civili e convivenze, può ancora considerarsi legittimo il divieto di accesso per le coppie composte da persone dello stesso sesso (due donne) – siano esse unite civilmente o meramente conviventi – alle tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo?

Sui “progetti” di genitorialità occorrerebbe rispettare le determinazioni del legislatore, in quanto all'unione omosessuale «spetta il diritto fondamentale di vivere liberamente una condizione di coppia, ottenendone – nei tempi, nei modi e nei limiti stabiliti dalla legge – il riconoscimento giuridico con i connessi diritti e doveri» (Corte cost., [sent. n. 138 del 2010](#)). E tuttavia, in un contesto globale come quello odierno, avendo i cittadini italiani aggirato le regole attualmente in vigore, la giurisprudenza ha dovuto individuare, caso per caso, la soluzione migliore per i bambini coinvolti. Ha finito pertanto col dare vita ad indirizzi (sì creativi e non certo privi di “forza politica”¹⁸, ma) che si spiegano in ragione del preminente interesse del minore.

2. Il superiore interesse del minore, espressione del principio personalista, come ragion d'essere dell'indirizzo del Tribunale per i minorenni di Roma

Il c.d. “*best interest of child*” si identifica, come limpidamente osservato dalla dottrina¹⁹, con la «necessità costituzionale che, in riferimento ad ogni rapporto giuridico sostanziale o processuale nel

¹⁷ Del resto la giurisprudenza tende sempre più a dare rilievo a questo tipo di situazioni esistenziali, come si evince da ultimo dalla sentenza del 2 marzo 2016 del Tribunale di Reggio Emilia che riconosce il danno parentale sofferto dalla “comamma”.

¹⁸ Osserva T. MARTINES (*Indirizzo politico*, in *Enc. dir.*, XXI, 1971, 134 ss., ora in *Opere*, tomo I (*Teoria generale*), Milano, 2000, 451) che «poiché la produzione dell'effetto dipende dall'applicazione della legge e, a sua volta, l'applicazione della legge dipende dal modo in cui essa viene interpretata non in astratto sibbene in relazione al fatto di cui si controverte, ecco che il giudice è immesso nella realtà sociale in cui vive ed opera, diventa egli stesso un operatore politico».

¹⁹ E. LAMARQUE, *Art. 30 Cost.*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti, vol. I, Torino, 2006, 630. Proprio all'articolo 30 Cost. «si legge della pozione tutela e della centralità da riconoscere all'interesse dei figli (anche) rispetto alla posizione dei genitori, chiaramente espressa nella formula “nei casi di incapacità dei genitori la legge provvede a che siano assolti i loro compiti”»: così R. AMAGLIANI, *Principi costituzionali in materia di famiglia*, in AA.VV., *Principi fondamentali*, a cura di L. Ventura, A. Morelli, Milano, 2015, 634. In altre occasioni la stessa E. LAMARQUE (*Relazione di sintesi del gruppo di lavoro II. Famiglia e filiazione*, in occasione del Convegno annuale dell'Associazione “Gruppo di Pisa” dal titolo “*La famiglia davanti ai suoi giudici*”, Catania, 7-8 giugno, in [www.gruppodipisa.it](#), 7 ss.) ha sottolineato come il principio del superiore interesse del minore vada “maneggiato con cautela”, onde evitare che possa divenire un *passerpartout* buono a legittimare ogni sorta di decisione: «Ciò che conta, a mio parere, è inquadrare correttamente l'ambito in cui si colloca il principio del superiore, o preminente, interesse del minore, e considerarlo come espressione esclusiva dell'istanza di speciale protezione. Il principio, in quest'ottica, esige in fondo solo questo: che i pubblici poteri operino in modo tale che il minore possa sempre stare il meglio possibile, compatibilmente con le difficoltà in cui può suo malgrado venirsi a trovare. Di qui la necessità che la valutazione debba essere condotta caso per caso, con approfondimento delle concrete situazioni di fatto». La stessa Autrice ha poi evidenziato come la traduzione letterale dall'inglese possa presentare delle ambiguità in quanto «il termine “interesse” [...] richiama l'idea di una posizione individuale di vantaggio o di pretesa in potenziale competizione con quella di soggetti sicuramente portatori, appunto, di altri interessi; mentre l'aggettivo di grado superlativo relativo “superiore”, o “preminente”, evoca un confronto tra la posizione del minore e quella di tutte le altre persone. Più utile e opportuno [...] è chiamarlo invece criterio, o principio, del *massimo benessere possibile del minore* nel caso concreto».

quale è coinvolto un minore, il legislatore e l'interprete, ciascuno nel proprio ambito, operino un bilanciamento degli interessi tale per cui l'interesse concreto di quest'ultimo prevalga sempre su quello di ogni altro soggetto». Ai sensi dell'articolo 3, paragrafo 1, della Convenzione sui diritti del fanciullo (New York, 20 novembre 1989) «in tutte le azioni 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». La superiorità dell'interesse del minore d'età è espressione della centralità costituzionale della dignità umana quale «supervalore»²⁰, «*pactum unionis* dei diritti e dei doveri costituzionali»²¹ e «premessa antropologico-culturale dello Stato costituzionale»²². Osserva infatti la dottrina come «la *supremitas* della dignità la innalza a criterio di bilanciamento dei valori, senza che essa stessa sia suscettibile di riduzioni per effetto di un bilanciamento. Essa infatti non è effetto di un bilanciamento, ma è la bilancia medesima»²³. Raggiungere la migliore soluzione possibile per il bambino è obiettivo che discende quindi direttamente dal principio personalista, quale sintesi e fondamento dell'intera impalcatura costituzionale²⁴. Lo «statuto costituzionale del minore» non è un insieme di pretese individuali accordate ad un soggetto disincarnato ed irrelato, ma un complesso di tutele cui fanno da contraltare dei doveri: situazioni giuridiche attive e passive sono «elementi che si integrano in una inscindibile unità»²⁵. Il bene per il fanciullo si definisce in concreto e avendo riguardo alla trama di relazioni che, se del caso, già ne caratterizzano l'esistenza.

Davanti all'obiettivo di tutelare il bambino recede ogni interesse rivolto alla preservazione del modello tradizionale di famiglia o dell'istituto matrimoniale²⁶, come appare chiaramente in tutti i casi nei quali è proprio nell'interesse del bambino l'essere allontanato dalla famiglia d'origine (si pensi al caso dei maltrattamenti²⁷; in generale, l'effetto tipico dell'adozione piena è proprio l'interruzione di ogni rapporto con i genitori biologici, se presenti²⁸). La «preminenza» dell'interesse del minore si realizza poi su ogni diritto dei genitori, che possono e devono mantenere, istruire, educare il figlio, ma sempre nel rispetto della sua irripetibile singolarità e dignità. Per esempio, i genitori non possono rifiutare, in nome della (propria) libertà di religione, le trasfusioni di sangue per il figlio minore.

La definizione del superiore interesse del minore necessita di valutazioni in concreto e, se così si può dire, a soffrirne sono le regole scritte, costantemente messe «sotto stress» dalla varietà dei casi della vita. Nella giurisprudenza costituzionale, e da tempo, se ne trova conferma. Rimane emblematica, a tale proposito, la [sent. n. 303 del 1996](#), con la quale il limite al divario d'età tra i

²⁰ A. RUGGERI, *Appunti per uno studio sulla dignità dell'uomo, secondo diritto costituzionale*, in *Rivista dell'Associazione italiana dei costituzionalisti*, [www.rivistaaic.it](#), n. 1/2011, 7 ss., ora in *Alle frontiere del diritto costituzionale. Scritti in onore di Valerio Onida*, Milano, 2011, 1755 ss.

²¹ A. RUGGERI, *Il principio personalista e le sue proiezioni*, in [www.federalismi.it](#), *Rivista di diritto pubblico italiano, comunitario e comparato*, n. 17, 28/08/2013, 8, ora in AA.VV., *Principi costituzionali*, a cura di L. Ventura, A. Morelli, Milano, 2015, 167 ss.

²² P. HÄBERLE, voce *Lo Stato costituzionale, I. Principi generali*, in *Enc. giur.*, XXXIV, 2000, 1 ss.

²³ G. SILVESTRI, *op. cit.*, 87.

²⁴ Ovviamente il concetto di dignità si trasforma nel tempo, costituendo un «ponte» tra passato, presente e (ovviamente si spera) futuro della nostra tradizione costituzionale: G.M. FLICK, *Elogio della dignità (se non ora, quando?)*, in *Rivista dell'Associazione italiana dei costituzionalisti*, [www.rivistaaic.it](#), n. 4/2014, 2 ss.

²⁵ S. PUGLIATTI, *La crisi dell'individualismo nel diritto privato*, in *Secolo nostro*, II, 1932, 220 ss., ora in *Scritti giuridici*, vol. I (1927-1936), Milano, 2008, 287.

²⁶ Già nella [sent. n. 145 del 1969](#) la Corte costituzionale ha precisato che gli articoli 3, 29 e 30 Cost. «non vincolano l'adozione dei minori al criterio dell'*imitatio naturae*», che può essere recessivo di fronte all'esigenza di garantire al fanciullo la stabilità di cui ha bisogno sul piano educativo ed affettivo.

²⁷ Dell'interpretazione dell'articolo 30 Cost., il terzo comma ha costituito a lungo il perno e gli stessi doveri dei genitori venivano intesi non incondizionati, ma limitati dalla necessità di tutelare in via preminente l'istituzione familiare. Osserva E. LAMARQUE (*Art. 30 Cost.*, cit., 630) che «con l'evoluzione della coscienza sociale si determina poi il declino della centralità della tutela dell'istituzione familiare nell'intero diritto di famiglia. Tale declino è segnato [...] dapprima dalla legge del 1967 sull'adozione speciale la quale, nel delineare la nuova forma di filiazione «civile», contempla la rescissione di ogni legame del minore con la famiglia di sangue e il suo inserimento in altra famiglia [...] Il fulcro dell'articolo costituzionale sulla filiazione diventa quindi il suo 1° co.».

²⁸ Vedi, per tutti, G. MANERA, *L'adozione legittimante nella dottrina e nella giurisprudenza*, Roma, 1990, 382.

coniugi adottanti e il minore adottato è stato ritenuto contrario a Costituzione non in quanto tale, ma nella sua «assolutezza»²⁹: più esattamente, l'articolo 6 della legge n. 184 del 1983 è stato dichiarato illegittimo «nella parte in cui non prevede che il giudice possa disporre l'adozione, valutando esclusivamente l'interesse del minore, quando l'età di uno dei coniugi adottanti superi di oltre quaranta anni l'età dell'adottando, pur rimanendo la differenza di età compresa in quella che di solito intercorre tra genitori e figli, se dalla mancata adozione deriva un danno grave e non altrimenti evitabile per il minore». Ancora, nella [sent. n. 198 del 1986](#), la Corte costituzionale ha considerato l'interesse preminente del minore come criterio dell'adeguatezza in concreto della decisione giudiziaria. Da esso discende l'esigenza che il giudice disponga di margini tali da consentirgli di individuare la soluzione più idonea per il minore, tenuto conto delle relazioni venutesi eventualmente a creare tra questi e altre persone (es. affidatari). L'interesse del minore, dunque, come *Téλος* «in vista del quale la legge, in determinate situazioni, abbandona le soluzioni rigide, prevedendo che la valutazione [...] sia effettuata in concreto dal giudice» (punto 6, cons. in dir.).

In definitiva, l'interesse del minore può portare l'interprete a considerare recessivo perfino il significato letterale degli enunciati linguistici di cui la legge si compone, a condizione che la decisione sia espressione del principio personalista, e degli altri principi costituzionali ad esso strettamente correlati. Tra questi, spicca, per importanza in materia, il principio di sussidiarietà³⁰. È nell'interesse del minore, almeno di regola, rimanere nel contesto di relazione nel quale già vive e cresce, a condizione che gli siano assicurate assistenza materiale e sostegno morale³¹. Il distacco dall'ambiente d'origine è sempre un avvenimento traumatico che si giustifica solo in una logica sussidiaria. Rimane quindi fermo che «il minore ha diritto di crescere ed essere educato nell'ambito della propria famiglia» (art. 1, legge n. 184 del 1983). Lo Stato si attiva solo nella misura in cui ciò non risulti possibile, e cioè in quanto il livello più basso di organizzazione sociale (in questo caso la famiglia di provenienza) non sia idoneo a prendersi cura degli interessi del fanciullo. Nella democrazia costituzionale italiana, infatti, tutte le manifestazioni della socialità non devono interferire nella vita del singolo (principio personalista) finché questo non sia per lui stesso indispensabile. Così, se i genitori sono in grado di assolvere al loro dovere di mantenere, istruire ed educare i figli, lo Stato non può sostituirsi ad essi. L'adozione non è pensata per soddisfare le aspirazioni di chi non ha figli, ma neppure per garantire a questi ultimi un generico «miglioramento» delle condizioni di vita. Il principio di sussidiarietà ha una funzione conformativa del sistema³². Il rapporto tra pubblico potere e privati cittadini consta essenzialmente di due momenti non disgiungibili e concepiti per integrarsi vicendevolmente: l'astensione del livello più alto per lasciare che le risorse affioranti dalla superficie si liberino ed esplichino in pienezza;

²⁹ G. ZAGREBELSKY, V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, Bologna, 2012, 210.

³⁰ Per la definizione del principio di sussidiarietà, sul quale ormai imponente è la mole di contributi in dottrina, rimangono imprescindibili alcuni passaggi della *Enciclica Quadragesimo Anno* (15 maggio 1931) di PIO XI, nn. 80 e 81: «80. È vero certamente e ben dimostrato dalla storia, che, per la mutazione delle circostanze, molte cose non si possono più compiere se non da grandi associazioni, laddove prima si eseguivano anche dalle piccole. Ma deve tuttavia restare saldo il principio importantissimo nella filosofia sociale: che siccome è illecito togliere agli individui ciò che essi possono compiere con le forze e l'industria propria per affidarlo alla comunità, così è ingiusto rimettere a una maggiore e più alta società quello che dalle minori e inferiori comunità si può fare. Ed è questo insieme un grave danno e uno sconvolgimento del retto ordine della società; perché l'oggetto naturale di qualsiasi intervento della società stessa è quello di aiutare in maniera suppletiva le membra del corpo sociale, non già distruggerle e assorbirle. 81. Perciò è necessario che l'autorità suprema dello Stato, rimetta ad associazioni minori e inferiori il disbrigo degli affari e delle cure di minor momento, dalle quali essa del resto sarebbe più che mai distratta; e allora essa potrà eseguire con più libertà, con più forza ed efficacia le parti che a lei solo spettano, perché essa sola può compierle; di direzione cioè, di vigilanza di incitamento, di repressione, a seconda dei casi e delle necessità. Si persuadano dunque fermamente gli uomini di governo, che quanto più perfettamente sarà mantenuto l'ordine gerarchico tra le diverse associazioni, conforme al principio della funzione suppletiva dell'attività sociale, tanto più forte riuscirà l'autorità e la potenza sociale, e perciò anche più felice e più prospera la condizione dello Stato stesso».

³¹ G. MATUCCI, *op. cit.*, 73.

³² L. D'ANDREA, *Il principio di sussidiarietà tra radice personalista e funzione conformativa del sistema normativo*, in *Iustitia*, n. 2, 2011, 249 ss.

l'intervento doveroso delle istituzioni pubbliche quando le energie provenienti dal basso non siano sufficienti, in funzione di supporto o, in ultima analisi, di sostituzione.

La decisione dei Tribunali che hanno disposto l'adozione, da parte del partner, del figlio della compagna/del compagno può considerarsi ragionevole alla luce dei principi ispiratori della disciplina? Nella giurisprudenza in tema di adozioni in casi particolari l'esigenza di congiungere situazione di fatto e di diritto è sempre vivamente avvertita. E ragionevole si può dire proprio l'esercizio di funzioni pubbliche che non solo risulti calibrato sullo speciale equilibrio assiologico di cui si nutre la tradizione costituzionale, ma metta i valori (nel nostro caso, la superiorità dell'interesse del minore, come valore astratto) in relazione con gli interessi concreti dei cittadini e con la cultura della società civile³³. Questo significa prendere atto dell'antiorità della morale pubblica, come complesso delle «preferenze intersoggettivamente condivise»³⁴, rispetto al diritto; sotto questo profilo a nulla servirebbe nascondersi che delle trasformazioni, quanto alle relazioni sociali di base, si siano prodotte. Ciò che definiamo interesse del minore, cambia anche in ragione dell'evoluzione delle scienze naturali e sociali. Di questi cambiamenti sono imbevute tanto la legge sulle adozioni quanto quella sulla procreazione medicalmente assistita. Gli interessi diversi, ma complementari, da queste leggi tutelati vengono ora soddisfatti grazie all'opera di una giurisprudenza costituzionale e comune nel complesso fortemente innovativa: l'interpretazione delle disposizioni costituzionali e subcostituzionali si trasforma per effetto del modo in cui i contesti sociali ed, in particolare, la scienza e la tecnica incidono su di essa³⁵. Va segnalato, ad ogni modo, il ritardo del legislatore, forse in ragione della difficoltà di affrontare il tema – politicamente altamente divisivo – se due persone omosessuali possano crescere adeguatamente un bambino³⁶.

3. L'interesse del minore ad essere educato ai valori fondativi della Repubblica: il Tribunale per i minorenni di Reggio Calabria ed il tentativo di salvare i minori dall'indottrinamento mafioso

Come si è già avuto modo di osservare, l'interesse superiore del minore d'età può coincidere proprio con l'allontanamento dal nucleo familiare d'origine. Questo può essere vero in una pluralità di ipotesi e, tra queste, anche in quelle che hanno suggerito, ad alcuni tribunali per i minorenni, innovative soluzioni per fronteggiare il fenomeno dei c.d. “minori di mafia”³⁷. A fondamento dei decreti del Tribunale per i minorenni di Reggio Calabria, sui quali prevalentemente qui si vuole soffermare l'attenzione³⁸, risiede la consapevolezza della specificità della criminalità organizzata calabrese (la c.d. “‘ndrangheta2). Epperò, occorre chiedersi se le misure approntate non possano fungere da modello anche in altri contesti – *lato sensu* – di mafia. È una costante della “cultura” mafiosa – radicalmente incompatibile con quella costituzionale (e purtroppo con essa, da sempre, in

³³ Cfr. L. D'ANDREA, *Ragionevolezza e legittimazione del sistema*, Milano, 2005, 215 ss.

³⁴ J. HABERMAS, *Fatti e norme. Contributi a una teoria discorsiva del diritto e della democrazia*, trad. it. a cura di L. Ceppa, Milano, 1996, 303.

³⁵ Su questi temi, v. diffusamente G. D'AMICO, *Scienza e diritto nella prospettiva del Giudice delle leggi*, Messina, 2008, 89 ss.

³⁶ La Corte di Cassazione (sent. n. 601 del 2012) ha rigettato il ricorso presentato dal padre contro l'affidamento esclusivo disposto dalla Corte di Appello di Brescia alla madre convivente con altra donna così argomentando: «Alla base della doglianza del ricorrente non sono poste certezze scientifiche o dati di esperienza, bensì il mero pregiudizio che sia dannoso per l'equilibrato sviluppo del bambino il fatto di vivere in una famiglia incentrata su una coppia omosessuale. In tal modo si dà per scontato ciò che invece è da dimostrare, ossia la dannosità di quel contesto familiare per quel bambino». Sulle difficoltà per il legislatore di affrontare tali tematiche di recente anche S. ALBANO, *La surrogazione di maternità tra responsabilità genitoriale ed interesse del minore*, Relazione tenuta all'incontro di studio “Mater semper certa? Le nuove forme della genitorialità nella società che cambia”, organizzato dalla struttura della formazione decentrata di Catanzaro della Scuola superiore della magistratura, 15 aprile 2016, in www.questionegiustizia.it, 2 ss.

³⁷ Si tratta di un problema che anche il flusso di minori stranieri (non accompagnati) che arrivano in Italia rischia di complicare, nella misura in cui questi bambini e ragazzi finiscono per divenire preda della criminalità organizzata.

³⁸ V., ad es., Trib. min. Reggio Calabria, decreto del 19 luglio 2012; decreto del 14 dicembre 2012; del 12 febbraio 2013; del 16 luglio 2013; del 19 giugno 2014; ecc.

competizione) – la tendenziale sovrapposizione tra legami di sangue e affiliazione criminale³⁹. I rapporti di parentela, intesi in senso allargato e soprattutto distorto, finiscono per costituire la struttura di base delle organizzazioni mafiose. Le ‘ndrine, in particolare, sono vere e proprie famiglie di sangue, nelle quali i minori vengono spesso allevati alla faida e alla vendetta⁴⁰. L’educazione che molti di questi ragazzi ricevono è nel segno del rifiuto generalizzato del diritto, del disprezzo verso la dimensione del pubblico potere e dei principi costituzionali in ispecie. E come anche recenti avvenimenti di cronaca testimoniano, quello dei “minori di mafia” è un fenomeno tutt’altro che recessivo.

Il Tribunale per i minorenni di Reggio Calabria ha voluto censurare il paradigma educativo mafioso nei casi in cui arrechi pregiudizio all’incolumità fisica o psichica dei minori. La logica è la stessa degli interventi nei confronti dei genitori che maltrattano i figli o hanno gravi problemi di dipendenza dall’alcol o da sostanze stupefacenti. Si sono avuti così provvedimenti di decadenza o limitazione della responsabilità genitoriale e, in alcuni casi, di contestuale allontanamento dei minori dal nucleo familiare mafioso. È decisivo sottolineare che tali decreti non vengono emessi sol perché alcuni componenti della famiglia risultano essere legati alla criminalità organizzata, ma nella misura in cui il metodo educativo malavitoso rechi in concreto un pregiudizio all’integrità psico-fisica dei fanciulli. Si pensi a casi in cui si constati l’indottrinamento malavitoso del minore; il coinvolgimento del minore negli affari illeciti della famiglia; la commissione da parte del minore di reati sintomatici di una progressione criminale; l’esigenza riscontrata in concreto di tutelare l’incolumità del minore nei contesti di faida; ecc. Soltanto come *extrema ratio* il bambino viene allontanato dalla sua Regione per essere inserito in case-famiglia o, da ultimo, in famiglie di volontari. L’obiettivo è quello di assicurare adeguate tutele, fornendo ai minori l’opportunità di sperimentare orizzonti sociali, culturali, psicologici e affettivi diversi, sottraendoli ad un mondo di violenza che ha la morte o il carcere come approdo finale.

I provvedimenti in questione non hanno una configurazione punitiva⁴¹ e non vanno confusi con altro tipo di proposte pure avanzate in Parlamento e sulle quali sussistono seri dubbi di compatibilità a Costituzione⁴². Sono misure temporanee che, nei limiti del possibile, si cerca di rendere compatibili col mantenimento di legami con il genitore che mostri segni di collaborazione con lo Stato (molti provvedimenti includono fin dal principio, o successivamente alle prime valutazioni positive, incontri con il genitore che si dimostri affrancato dalla struttura mafiosa). Esse nascono da una interpretazione degli articoli 330 e 333 c.c. orientata dagli artt. 2, 30 e 31, II comma, della Costituzione. Il minore ha sì diritto a vivere all’interno della propria famiglia e ad essere educato dai propri genitori⁴³, ma ha anche il diritto all’educazione, responsabile e responsabilizzante, che lo preservi dalla mafia⁴⁴ e lo instradi ai «valori della personalità»⁴⁵. La

³⁹ Su questi temi v. in generale N. GRATTERI, A. NICASO, *Fratelli di sangue*, Milano, 2006; E. CICONTE (*Ndrangheta dall’Unità a oggi*, Bari, 1992, 77) sottolinea come la famiglia sia la principale assicurazione contro i tradimenti; M. D’AMATO (*La mafia allo specchio*, Milano, 2013, 36) registra il minor numero di pentiti nella “ndrangheta” rispetto alle altre mafie.

⁴⁰ Le madri hanno un ruolo determinante nel «trasmettere la cultura e le regole mafiose ai propri figli»: cfr. N. GRATTERI, A. NICASO, *Il grande inganno*, Cosenza, 2012, 55.

⁴¹ Le misure in esame non sono sanzionatorie del comportamento del genitore, ma costituiscono un mezzo di tutela del minore, onde evitargli pregiudizi che possano comprometterne il diritto al pieno sviluppo della personalità: v. G. VILLA, *Potestà dei genitori e rapporti con i figli*, in AA.VV., *Il diritto di famiglia*, a cura di G. Bonilini, G. Cattaneo, vol. III, Torino, 1997, 280.

⁴² Si pensi alla proposta di legge A.C. 1736, presentata il 28 ottobre 2013 (*Introduzione dell’articolo 416-quater del codice penale, concernente la pena accessoria della decadenza dalla potestà dei genitori a seguito di condanna per associazione di tipo mafioso, di cui all’articolo 416-bis del medesimo codice, o per taluni delitti commessi avvalendosi delle condizioni ivi previste*).

⁴³ L’ordinamento garantisce anche il diritto dei figli minori d’età alla continuità del legame affettivo col genitore detenuto (e il diritto/dovere di quest’ultimo di esercitare il proprio ruolo genitoriale): sul punto v. G. SPANGHER, *Art. 28 (Rapporti con la famiglia)*, in AA.VV., *Ordinamento penitenziario commentato, I, Trattamento penitenziario (Articoli 1-58 quater)*, a cura di V. Grevi, G. Giostra, F. Della Casa, Padova, 2011, 325 ss.

⁴⁴ Ha osservato P. TODINI, *Tutela dei minori di mafia attraverso i provvedimenti di potestà*, in www.nuovefrontierediritto.it, che i provvedimenti del Tribunale per i minorenni di Reggio Calabria «si sono rilevati non

giurisprudenza comune (es. Trib. min. di Bari, decreto del 17 gennaio 2007) aveva del resto già sottolineato come – anche a prescindere dall'affiliazione ad associazioni di stampo mafioso – il genitore violi i propri doveri quando, aderendo ai canoni dell'illegalità, educi il minore alla stessa. In tutti i casi in cui questo abbia determinato, o possa ragionevolmente determinare, l'adesione del minore ai (dis-)“valori” della criminalità, l'esercizio non corretto del diritto/dovere produce un pregiudizio per il figlio. Merita di essere ricordata, a questo proposito, la previsione di cui all'articolo 29 della già citata Convenzione sui diritti del fanciullo, in base alla quale «l'educazione del fanciullo deve essere diretta a [...] favorire lo sviluppo del rispetto dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e dei principi consacrati nella Carta delle Nazioni Unite». Dal punto di vista costituzionalistico, non ci si può nascondere che intanto i principi costituzionali sono in grado di plasmare l'esperienza giuridica quotidiana in quanto non rimangano lettera morta, ma siano vivi nella coscienza collettiva; quindi vengano trasmessi nei luoghi di formazione sociale dei valori, famiglia *in primis*. Ed infatti la preoccupazione per l'educazione delle generazioni future è presente in tutte le principali carte nazionali e internazionali (siano esse atti di *soft* o *hard law*), e specialmente in quelle storicamente più vicine alle tragedie della prima metà del Novecento. Allora era innegabile quanto segue: che le istituzioni – siano esse liberali, democratiche, sociali ovvero autoritarie/totalitarie – si reggono sempre e solo sul consenso⁴⁶. Così nel Preambolo della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo (New York, 9 dicembre 1948) si legge che «l'Assemblea generale proclama la presente Dichiarazione [...] al fine che ogni individuo ed ogni organo della società [...] si sforzi di promuovere, con l'insegnamento e l'educazione, il rispetto di questi diritti e di queste libertà» (ma vedi anche l'art. 26 della stessa Dich.).

Ciò che si vuole evitare è quindi l'abuso dei diritti dei genitori nei confronti dei propri figli: in altri termini, si tenta di impedire un uso distorto della responsabilità genitoriale. I genitori sono liberi di educare i figli come credono, ma non mai di istigarli alla violenza e al disprezzo dei valori fondativi della convivenza associata. In alcuni casi concreti, lasciare che il minore cresca nel proprio contesto familiare e accordare preminenza al diritto dei genitori all'educazione del figlio, equivale a condannarlo ad una vita nell'illegalità, consegnarlo a valori e principi antitetici al modello educativo costituzionale, abbandonarlo alla «cultura della morte»⁴⁷. Non si deve trascurare infatti che l'articolo 30, I comma, della Costituzione deve essere letto in combinato (tra l'altro) con l'articolo 54, I comma, che pone per tutti i cittadini, quindi anche per i genitori, il dovere di essere fedeli alla Repubblica e di osservarne la Costituzione e le leggi. Ancora una volta, l'intervento pubblico si giustifica alla luce del principio di sussidiarietà: lo Stato interviene in quanto i genitori si sono dimostrati incapaci di svolgere il loro compito, essenziale per la crescita del minore.

I decreti del Tribunale per i minorenni di Reggio Calabria hanno consentito a diversi minori di riprendere a frequentare la scuola e di seguire percorsi di legalità, e anche alcune madri hanno finito col prendere atto che solo allontanando il minore dal contesto di provenienza è possibile sperare ragionevolmente che questi abbia un futuro lontano dalla criminalità organizzata. In situazioni come queste l'allontanamento dalla famiglia d'origine è l'unico (seppur doloroso) modo per «sottrarre un minore ad un destino altrimenti ineluttabile e, nel contempo, per consentire al medesimo contesti di vita alternativi a quello non tutelante di provenienza» (Trib. min. Reggio Calabria, decreto del 14 dicembre 2012).

solo efficaci, ma adeguati alla funzione cui l'ordinamento li ha posti».

⁴⁵ A. BALDASSARRE, voce *Libertà. Problemi generali*, in *Enc. giur.*, XIX (1990), 21. Secondo J. MARITAIN (*L'uomo e lo Stato*, trad. it. a cura di L. Frattini, Genova, 2003, 117) «l'educazione è palesemente il mezzo primario per mantenere il comune convincimento nella carta democratica. L'educazione dipende in primo luogo dalla famiglia. Giacché il fine della famiglia non è solo quello di generare nuovi esseri viventi (a tanto basterebbe la promiscuità), bensì di generarli come figli d'uomini e di allevarli tanto fisicamente che spiritualmente».

⁴⁶ G. SILVESTRI, *Lo Stato senza principe. La sovranità dei valori nelle democrazie pluraliste*, Torino, 2005, 2.

⁴⁷ Riprendo l'espressione usata da G. FALCONE (*Cose di Cosa Nostra*, in collaborazione con M. Padovani, Milano, 1991), 83.

Antonio Ruggeri

**Unioni civili e convivenze di fatto: “famiglie” mascherate?
(Nota minima su una questione controversa e sulla sua discutibile risoluzione da
parte della legge n. 76 del 2016)***

SOMMARIO: 1. *Famiglia e formazioni sociali “parafamiliari”*: “cose” diverse che reclamano discipline parimenti diverse, dovendosi pertanto individuare e tenere distinti – ed è questione assai impegnativa per l’aspetto teorico-pratico – gli elementi di somiglianza rispetto a quelli di diversificazione, al fine del riscontro secondo ragionevolezza della congruità delle norme che li riguardano. – 2. I diritti e gli obblighi degli “uniti” e dei conviventi e la questione cruciale se l’insieme dagli stessi composto pecchi per eccesso di somiglianza rispetto ai connotati propri delle relazioni coniugali. – 3. I tratti distintivi della famiglia e delle formazioni “parafamiliari”, segnatamente per ciò che attiene alla mancata previsione dell’obbligo di fedeltà e del diritto di adozione e ad alla loro eventuale aggiunta (con specifico riguardo a quest’ultimo, limitatamente a casi eccezionali) per mano della Corte costituzionale.

1. *Famiglia e formazioni sociali “parafamiliari”*: “cose” diverse che reclamano discipline parimenti diverse, dovendosi pertanto individuare e tenere distinti – ed è questione assai impegnativa per l’aspetto teorico-pratico – gli elementi di somiglianza rispetto a quelli di diversificazione, al fine del riscontro secondo ragionevolezza della congruità delle norme che li riguardano

Che idea s’è fatto e ci consegna l’autore della legge n. 76 del 2016 a riguardo delle unioni civili e delle convivenze di fatto?¹ Ed è un’idea compatibile con la Costituzione, e segnatamente col modello di “famiglia” risultante dal “diritto costituzionale vivente”, di cui ha – perlomeno fino ad oggi – mostrato di volersi fare portatore il giudice delle leggi?²

La prima questione rimanda, a conti fatti, alla natura giuridica degli “istituti” di cui siamo oggi chiamati a trattare. Li chiamo per il momento così senza impegnarmi in definizioni che, per l’uno o per l’altro verso, potrebbero dimostrarsi inappropriate.

Vado subito al cuore del problema. Ebbene, la stessa legge, nel suo primo art., parrebbe voler tenere nettamente distinta l’unione, espressamente qualificata quale “formazione sociale”, rispetto alle convivenze, delle quali non si fa parola di siffatto loro carattere. E si noti la (forse, non casuale) circostanza per cui dell’una si discorre al singolare, delle seconde invece al plurale: quasi che possano darsi più “tipi” o varianti di queste ultime. La qual cosa – anticipo subito una notazione che riprenderò più avanti – parrebbe invero avvalorata dal fatto che le convivenze possono presentarsi in forme assai varie, sulla base dei contratti eventualmente stipulati tra i soggetti che vi danno vita aventi ad oggetto i loro rapporti patrimoniali³, fermi restando taluni connotati identificativi comuni.

In realtà, anche le convivenze sono “formazioni sociali” giuridicamente meritevoli di tutela, tant’è che sono esse pure fatte oggetto di disciplina dalla legge, riconoscendosi diritti e doveri in capo a

* Intervento ad un incontro di studio su *Unioni civili e convivenze. Legge 20 maggio 2016, n. 76*, svoltosi a Messina il 14 giugno 2016, alla cui data lo scritto è aggiornato.

¹ Avverto che, d’ora innanzi, per brevità non ripeterò i termini “civile” e “di fatto”, considerandoli implicitamente riferiti ai sostantivi di cui essi danno la qualificazione.

² Per la verità, il “diritto costituzionale vivente” non è solo quello risultante dalla giurisprudenza che viene a formazione alla Consulta, dovendosi tenere conto altresì degli indirizzi, peraltro internamente assai variegati, della giurisprudenza comune e delle pratiche giuridiche in genere (senza, peraltro, sottacere il concorso che *ab extra*, e segnatamente dalla giurisprudenza delle Corti europee, può altresì venire alla messa a punto del diritto in parola). Tutti gli operatori, infatti, possono dar voce alla Costituzione concorrendo, in varia misura, alla sua implementazione nell’esperienza. È tuttavia fuor di dubbio che il giudice delle leggi sia un interprete privilegiato, altamente qualificato, dotato di una forza persuasiva – al di là dei vincoli formali discendenti dalle sue pronunzie – di cui non dispongono altri, pur autorevoli, operatori, coi quali nondimeno la Corte costituzionale intreccia una fecondo, quotidiano “dialogo”, dando e ricevendo suggestioni ed indicazioni di vario segno ed intensità.

³ V il c. 50 ss. della legge in esame.

coloro che le compongono⁴. Potrebbe, per vero, argomentarsi la tesi secondo cui i diritti e doveri in parola sono direttamente ed esclusivamente imputati ai soggetti in quanto versino nella condizione di fatto di essere conviventi. L'argomento, però, proverebbe troppo, sol che si pensi che anche i soggetti che danno vita ad un'unione – potremmo, dunque, dire: gli “uniti”⁵ – godono di diritti e sono gravati da doveri in quanto parti dell'unione stessa. È, dunque, nella formazione sociale, in un caso e nell'altro, la radice da cui traggono linfa e il fondamento su cui poggiano le situazioni soggettive in discorso, senza alcuna sostanziale differenza, per l'aspetto ora considerato, tra di loro⁶. Formazioni, perciò, tutte “parafamiliari”: etichetta, questa, che qui pure, come già altrove⁷, adopero caricandola di una voluta ambiguità concettuale, in essa evocandosi e mescolandosi assieme tanto l'idea della assimilazione quanto quella della diversificazione rispetto alla famiglia, nella sua ristretta e propria accezione.

Un chiarimento preliminare s'impone a questo riguardo, col quale delinea subito la cornice teorica entro la quale si situa la succinta riflessione che mi accingo a svolgere, facendo oggetto di rapida analisi i disposti della legge che presentano maggiore interesse dal punto di vista del diritto costituzionale.

So bene che una diffusa ed accreditata dottrina ha da tempo rilevato, con dovizia di argomenti, la necessità di declinare al plurale l'antica formula della famiglia, preferendo appunto discorrere di “famiglie”⁸.

Si tratta di un indirizzo teorico che dispone di numerosi riscontri nella pratica giuridica, da noi come altrove, e che ha anzi alimentato (e seguita senza sosta ad alimentare) una innovativa giurisprudenza che viene da tempo svolgendosi nel segno di una marcata, tendenziale assimilazione, al piano del regime giuridico, alla famiglia tradizionale (fondata sul paradigma eterosessuale, suggellato dal vincolo matrimoniale) di siffatti nuovi modelli di formazioni sociali “parafamiliari” (basti solo pensare, ad es., alle pronunzie dei giudici comuni, quali di recente quelle della Corte d'Appello di Torino, che dispongono l'adozione nei riguardi dei figli di *partner* omosessuali, su cui pure tornerò di qui a

⁴ Discorso a parte va, poi, fatto per quelle che potremmo chiamare le *convivenze di mero fatto*, prive dell'attributo della stabilità richiesto dalla legge in esame ed alle quali, pertanto, restano estranee le previsioni di quest'ultima, di cui ai cc. 35 ss., mentre potranno seguire ad essere governate dalla disciplina normativa preesistente.

⁵ Termine oggettivamente brutto ma che mi pare linearmente discenda dal sostantivo adoperato per designare la nuova formazione sociale riconosciuta dalla legge.

⁶ Quest'esito è obbligato alla luce della nozione di “formazione sociale” fatta propria dalla giurisprudenza costituzionale. Leggiamo, infatti, in [Corte cost. n. 138 del 2010](#) (al punto 8 del *cons. in dir.*) che formazione è “ogni forma di comunità, semplice o complessa, idonea a consentire e favorire il libero sviluppo della persona nella vita di relazione, nel contesto di una valorizzazione del modello pluralistico. In tale nozione è da annoverare anche l'unione omosessuale, intesa come stabile convivenza tra due persone dello stesso sesso, cui spetta il diritto fondamentale di vivere liberamente una condizione di coppia, ottenendone – nei tempi, nei modi e nei limiti stabiliti dalla legge – il riconoscimento giuridico con i connessi diritti e doveri”. Esplicito, come si vede, è dunque il riferimento alle convivenze (nella pronunzia ora richiamata, specificamente fatto, in ragione del caso, alle coppie omosessuali, mentre la legge in commento le ammette per coppie stabili quale che sia il sesso di coloro che le compongono).

⁷ Tra gli altri miei scritti, v., volendo, “*Strane*” *idee sulla famiglia, loro ascendenze teoriche ed implicazioni di ordine istituzionale*, in F. GIUFFRÈ - I. NICOTRA (curr.), *La famiglia davanti ai suoi giudici*, Editoriale Scientifica, Napoli 2014, 331 ss., e [Questioni di diritto di famiglia e tecniche decisorie nei giudizi di costituzionalità \(a proposito della originale condizione dei soggetti transessuali e dei loro ex coniugi, secondo Corte cost. n. 170 del 2014\)](#), in questa *Rivista*, 13 giugno 2014, spec. 5, nel quale ultimo è altresì l'etichetta di “*quasi familiare*” con cui è designata quella peculiare unione cui danno vita *ex coniugi*, in conseguenza del mutamento di sesso di uno di loro e in considerazione del “pregresso vissuto” – come l'ha efficacemente definito la giurisprudenza costituzionale – che ha connotato il loro rapporto di coppia. La “cosa”, seppur non il relativo nome, come si vedrà, è ora espressamente prefigurata dalla legge in commento.

⁸ Per tutti, V. SCALISI, “*Famiglia*” e “*famiglie*” in Europa, in *Riv. dir. civ.*, 1/2013, 7 ss.

momenti⁹). Una giurisprudenza nazionale che, pur nella varietà delle sue articolazioni interne¹⁰, peraltro, fa sovente richiamo ad indicazioni della giurisprudenza europea, specie laddove intende in senso largo la nozione di “vita familiare”¹¹.

Va però, ancora una volta, rilevato che quest’indirizzo non è in asse con quello delineato dalla Consulta, il quale – piaccia o no – tiene nettamente distinta la condizione della famiglia *ex art. 29 cost.*, la *sola* formazione sociale che possa fregiarsi in modo proprio di questo titolo, rispetto a quella di altre formazioni sociali pure ad essa *quodammodo* accostabili (ma, appunto, solo in parte).

Il vero è che utilizzare il termine “famiglia” anche per tali formazioni rischia solo di fare confusione, non potendosi mai riservare – come si sa – lo stesso termine per designare “cose” comunque

⁹ V., [sentt. nn. 27 e 28 del 27 maggio 2016](#), in *Quest. giust.*, 31 maggio 2016; con la seconda, in particolare, si è dato modo a due persone conviventi di adottare ciascuna la figlia biologica dell’altra; in senso analogo si era, peraltro, già determinato il Tribunale per i minorenni di Roma in più d’una occasione [in argomento, ora, M.C. CARBONE, *Impasse legislativo e attivismo giurisdizionale: lo strano caso dell’adozione “minus plena” (Brevi note a margine della sentenza del Tribunale per i minorenni di Roma, 30 dicembre 2015)*, in [Dirittifondamentali.it](#), fasc. monografico su *Famiglia e nuove formazioni sociali: il ddl sulle unioni civili*, 8 giugno 2016, 106 ss.; pure *ivi*, A. GEMMA, *La stepchild adoption: cenni introduttivi*, 145 ss.].

¹⁰ Riferimenti in F. MANNELLA, *I “diritti” delle unioni omosessuali. Aspetti problematici e casistica giurisprudenziale*, Editoriale Scientifica, Napoli 2013, 89 ss.; L. LORELLO, *Coppie omosessuali e tutela costituzionale*, Giappichelli, Torino 2015, 45 ss. e M. D’AMICO, *I diritti contesi. Problematiche attuali del costituzionalismo*, FrancoAngeli Milano 2016, 153 ss.

¹¹ Indicazioni, nella ormai nutrita lett., in E. CRIVELLI, *La tutela dell’orientamento sessuale nella giurisprudenza interna ed europea*, ESI, Napoli 2011, spec. all’ult. cap.; A. SCHUSTER, *Le unioni fra persone dello stesso genere nel diritto comparato ed europeo*, in B. PEZZINI - A. LORENZETTI (curr.), *Unioni e matrimoni same-sex dopo la sentenza 138 del 2010: quali prospettive?*, Jovene, Napoli 2011, 255 ss., spec. 274 ss.; E.C. RAFFIOTTA, *Matrimonio, famiglia e unioni tra persone dello stesso sesso: quali confini nelle decisioni della Corte di Strasburgo?*, in L. MEZZETTI - A. MORRONE (curr.), *Lo strumento costituzionale dell’ordine pubblico europeo. Nei sessant’anni della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali (1950-2010)*, Giappichelli, Torino 2011, 323 ss.; R. TORINO, *La tutela della vita familiare delle coppie omosessuali nel diritto comparato, europeo ed italiano*, Giappichelli, Torino 2012, spec. 181 ss. e 199 ss.; M. SEGNI, *La disciplina dell’omosessualità: Italia ed Europa a confronto*, in *Fam., pers. e succ.*, 4/2012, 252 ss.; V. SCALISI, “Famiglia” e “famiglie” in Europa, cit., 7 ss.; M.C. VITUCCI, *Orientamento sessuale e adozione nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani*, in *Dir. um., dir. internaz.*, 2/2013, 481 ss.; M.M. WINKLER, *Le coppie dello stesso sesso tra vita privata e familiare nella giurisprudenza di Strasburgo*, in R. TORINO (cur.), *Le coppie dello stesso sesso: la prima volta in Cassazione*, Roma-Tre Press, Roma 2013, 75 ss.; A. SPERTI, *Omosessualità e diritti. I percorsi giurisprudenziali ed il dialogo globale delle Corti costituzionali*, Plus, Pisa 2013, 19 ss.; L. POLI, *Adozione co-parentale da parte di coppie omosessuali nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo: un progresso nella tutela delle famiglie omogenitoriali, con uno sguardo miope rispetto all’interesse superiore del minore*, in *Giur. it.*, 8-9/2013, 1764 ss.; R. PALLADINO, *Adozione e coppie omosessuali nella recente giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo*, in [Federalismi.it](#), *Human Rights*, 3/2013; R. CONTI, *Alla ricerca del ruolo dell’art. 8 della Convenzione europea dei diritti dell’uomo*, in *Pol. dir.*, 1-2/2013, 127 ss., e, dello stesso, *Convergenze (inconsapevoli... o naturali) e contaminazioni tra giudici nazionali e Corte EDU: a proposito del matrimonio di coppie omosessuali*, in *Corr. giur.*, 4/2011, 579 ss.; *Pensieri sparsi, a prima lettura, su una sentenza della Corte dei diritti umani in tema di adozione e coppie dello stesso sesso e sull’efficacia delle sentenze di Strasburgo - GC, 19 febbraio 2013, X e altri c. Austria*, in *Quest. giust.*, 25 febbraio 2013; pure *ivi*, *La Cedu e le unioni civili negate alle coppie omosessuali. Osservazioni a primissima lettura su Corte dir. uomo, Grande Camera 7 novembre 2013, Vallianatos e altri c. Grecia, ric. n. 29381/09 32684/09*, 18 novembre 2013, e *I giudici e il biodiritto. Un esame concreto dei casi difficili e del ruolo del giudice di merito, della Cassazione e delle Corti europee*, Aracne, Roma 2014, spec. alla parte VI (ma *passim*); infine, *Avvicinarsi alla nozione di vita familiare secondo CEDU*, in [Giustiziacivile.com](#), 3/2016, 15 marzo 2016; L. CONTE, *Nota a Corte EDU, Vallianatos e altri c. Grecia*, in [articolo29](#), 5 dicembre 2013; F. MANNELLA, *I “diritti” delle unioni omosessuali*, cit., 49 ss.; A. LORENZETTI, *Diritti in transito. La condizione giuridica delle persone transessuali*, FrancoAngeli, Milano 2014, spec. 182 ss.; D. GALLO - L. PALADINI - P. PUSTORINO (curr.), *Same-Sex Couples before National, Supranational and International Jurisdictions*, Springer, Berlin 2014; M. D’AMICO, *I diritti contesi*, cit., 159 ss.; L. PEDULLÀ, *Il percorso giurisprudenziale sul riconoscimento delle c.d. “unioni civili”*, in [Rivista AIC](#), 2/2016, 17 aprile 2016; P. LOGROSCINO, *Il diritto fondamentale delle coppie same sex all’unione civile tra costituzione e integrazioni europee*, in M. GORGONI (cur.), *Unioni civili e convivenze di fatto. L. 20 maggio 2016, n. 76*, Maggioli, Rimini 2016 (in corso di stampa), spec. al § 4.2. Infine, volendo, anche il mio [Famiglie, genitori e figli, attraverso il “dialogo” tra Corti europee e Corte costituzionale: quali insegnamenti per la teoria della Costituzione e delle relazioni interordinamentali?](#), in questa [Rivista](#), 30 maggio 2014.

diverse né, ovviamente, chiamare con parole diverse la stessa cosa. Un'autentica frode alla Costituzione infatti si consuma laddove dovessero riconoscersi i medesimi diritti e doveri ai componenti di formazioni sociali di cui, in partenza, si ammetta la diversa natura giuridica, tanto da riservarsi ad esse nomi parimenti diversi, facendosene tuttavia, a conti fatti, oggetto di una non dissimile regolazione¹². Palese sarebbe, infatti, in una congiuntura siffatta la irragionevolezza della regolazione stessa, nella sua forma particolarmente espressiva della incongruità della norma rispetto al "fatto", non giustificandosi l'adozione di discipline positive sostanzialmente non dissimili per situazioni di fatto diverse e diversamente etichettate.

Ora, malgrado gli sforzi prodotti da non pochi autori di varia estrazione disciplinare (in specie civilisti e costituzionalisti) per prospettare letture "adeguatrici" (ma, in realtà, preorientate) della giurisprudenza costituzionale (in specie delle notissime [sentt. nn. 138 del 2010](#) e [170 del 2014](#)), piegandole allo scopo di patrocinare una ricostruzione larga dell'istituto familiare, deve convenire che la Carta costituzionale – *perlomeno nella sua attuale formulazione (e salvo improbabili sue revisioni al riguardo)*¹³ – cui dà voce la giurisprudenza suddetta, non consente la piena assimilazione alla famiglia di formazioni sociali pure ad essa, in una certa misura, accostabili¹⁴. Per quanti sforzi possano infatti farsi, come si sono fatti, per caricare di nuovi significati gli enunciati costituzionali, anche alla luce delle suggestioni offerte dalla giurisprudenza europea, si dà pur sempre una soglia non valicabile segnata dalla scrittura costituzionale, oltre la quale non è appunto possibile spingersi se non forzando il testo. E qui il confine è quello, con studiata accortezza, tracciato da [Corte cost. n. 138 del 2010](#).

¹² Di ciò, peraltro, si è non poche volte avuto riscontro nel diritto di famiglia come pure in altri ambiti materiali di esperienza. E così, ad es., dobbiamo per amore di verità convenire che il medesimo trattamento riservato ai figli, naturali e legittimi, da tutti particolarmente atteso e solo in tempi recenti – come si sa – avutosi con la legge n. 219 del 2012, urta col disposto costituzionale che subordina la tutela dei figli nati fuori del matrimonio alla sua "compatibilità" con quella dei diritti dei membri della famiglia legittima (art. 30). Un caso lampante in cui, anziché battere la via piana della revisione costituzionale (nella specie doverosa e non oltre modo differibile), si è preferito operare per via interpretativa, manipolando in buona sostanza il dettato costituzionale. Una operazione che, in questo come in altri casi, può sortire gli effetti sperati laddove alla manipolazione stessa offrano il loro generoso avallo gli organi di garanzia (Corte costituzionale in testa).

Ora, questo modo di fare che, in una circostanza data (quale quella cui si è appena fatto cenno), può anche considerarsi conveniente ed apprezzabile, alla lunga porta all'effetto della sostanziale delegittimazione della Carta, della sua... "*de-costituzionalizzazione*", una volta che risulti privata di autentica forza prescrittiva e, perciò, rimessa in ordine alla sua affermazione alla disponibilità in tal senso di coloro che sono chiamati ad osservarla e farla valere [ho segnalato il rischio dello smarrimento della stessa essenza della Costituzione e della sua forza che fanno correre quanti vogliono – costi quel che costi – spianare la via al riconoscimento, a Costituzione invariata, del matrimonio tra persone dello stesso sesso nel mio *Idee sulla famiglia e teoria (e strategia) della Costituzione*, in *Quad. cost.*, 4/2007, 751 ss.].

¹³ Questa ipotesi è ragionata, tra gli altri, da A. SPADARO, *Matrimonio "fra gay": mero problema di ermeneutica costituzionale – come tale risolubile dal legislatore ordinario e dalla Corte*, re melius perpensa – o serve una legge di revisione costituzionale?, in F. GIUFFRÈ - I. NICOTRA (curr.), *La famiglia davanti ai suoi giudici*, cit., 345 ss.

¹⁴ Ribadisce con chiarezza il punto, ora, P. LOGROSCINO, *Il diritto fondamentale delle coppie same sex all'unione civile tra costituzione e integrazioni europee*, cit. Non persuade, dunque, la lettura della decisione del 2010, sopra richiamata, proposta da quanti [come R. ROMBOLI, *Il matrimonio tra persone dello stesso sesso ed il diritto ad una vita familiare per le coppie omosessuali nell'esperienza italiana*, in G. VIDAL MARCÍLIO POMPEU - F. FACURY SCAFF (curr.), *Discriminação por orientação sexual. A homossexualidade e a transexualidade diante da experiência constitucional*, Conceito, Florianópolis 2012, 103 ss.] hanno fatto notare che nulla osterebbe alla introduzione del matrimonio tra omosessuali con legge ordinaria, assumendo che questa ipotesi non sarebbe stata scartata dalla decisione stessa (o, meglio, che si troverebbe enunciata in un mero *obiter dictum*). Il pensiero della Corte a difesa dell'unico modello di famiglia, fondato sul paradigma eterosessuale della coppia suggellato dal vincolo matrimoniale, è però fermo sul punto e non lascia altra via astrattamente percorribile di quella – come si diceva – della riscrittura della Carta. Non vale in avverso scindere il dispositivo dalla parte motiva, richiamandosi – come molti hanno fatto [e, tra di essi, I. RIVERA, [Il c.d. divorzio imposto tra illegittimità costituzionale e seguito processuale \(osservazioni a margine delle sentenze n. 170/2014 della Corte costituzionale e n. 8097/2015 della Corte di cassazione\)](#), in questa [Rivista](#), **II/2015**, 27 maggio 2015, 466 ss.] – a [Corte cost. n. 170 del 2014](#) e rilevando che, sia pure limitatamente al caso del mutamento di sesso da parte di persona già coniugata, solo la seconda e non pure il primo avrebbe imposto il paradigma eterosessuale della coppia coniugata. Il principio di totalità, infatti, obbliga a guardare all'intera decisione nella unità inscindibile delle sue parti. Se ne ha, dunque, ancora una conferma, inequivocabile, dell'idea di famiglia di cui il giudice costituzionale si fa strenuo difensore, nel senso sopra indicato.

Non è al riguardo inopportuno richiamare i passi di questa storica decisione nei quali il giudice delle leggi in modo vigoroso sollecita il legislatore ad apprestare finalmente un'adeguata tutela ai diritti delle coppie omosessuali¹⁵, premurandosi di avvertire che la mancata assimilazione ai diritti delle coppie coniugate, *in relazione a taluni ambiti materiali di esperienza*, potrebbe esporre la disciplina legislativa a caducazione, in specie per l'aspetto della violazione del principio di ragionevolezza¹⁶. Ma, così come è doverosa la *parziale* assimilazione è specularmente non meno doverosa la *parziale* diversificazione: l'una e l'altra imposte limitatamente ai profili per i quali si giustificano: un punto di cruciale rilievo, questo, su cui la giurisprudenza resta tuttavia silente (e, credo di poter dire, non per mero accidente, riservandosi di valutare quindi caso per caso laddove la diversificazione abbia fondamento costituzionale). È però importante il principio di diritto fissato nel 2010: *la regola è infatti sollecitata a seguire il "fatto"*, il dato della vita che assume ad oggetto di regolazione, conformandosi al fatto stesso e portando quindi ad un regime giuridico congruo rispetto alla peculiare situazione disciplinata¹⁷. Proprio per ciò, laddove si sia in presenza di fatti comunque diversi, il trattamento non può che essere diverso: ne verrebbe altrimenti violato il principio di eguaglianza che, per suo statuto teorico, richiede – come si sa – norme diverse per fatti diversi e norme eguali per fatti eguali.

Lo statuto teorico dell'eguaglianza è, però, per determinazione costituzionale, complesso.

Secondo opinione corrente, l'eguaglianza ha, infatti, due volti o profili: quello formale e l'altro sostanziale; e, se l'uno si coglie dalla prospettiva statica che punta a verificare che la norma risulti davvero congrua rispetto al fatto, l'altro si apprezza unicamente dalla prospettiva dinamica, dal momento che la norma, nello stesso tempo in cui è sollecitata a conformarsi al fatto, ha da operare per la trasformazione del fatto stesso, *secondo valore (rectius, l'insieme dei valori positivizzati nel loro fare "sistema")*.

In questa tensione costante si mette a fuoco il modello e si verifica la rispondenza ad esso della disciplina in campo. Si tratta, infatti, di stabilire se in quest'ultima si rispecchia la peculiare connotazione complessiva del fatto, dandosi però allo stesso tempo le indicazioni idonee a portare alla modifica del fatto stesso, lungo il verso tracciato dalla tavola dei valori fondamentali positivizzati.

¹⁵ Il monito è stato quindi più volte ripetuto (ad es., in [Corte cost. n. 223 del 2015](#)). Non è inopportuno rammentare che il mancato ascolto datovi dal legislatore è costato una censura dalla Corte EDU, nel noto caso *Oliari* [tra i suoi molti commenti, L. PALADINI, *Corte europea dei diritti dell'uomo (Quarta Sezione), sentenza del 21 luglio 2015, Oliari e altri c. Italia. L'inertza del Parlamento italiano in tema di unioni civili al cospetto della Corte di Strasburgo*, in [Diritto Pubblico Comparato ed Europeo](#), 3/2015, 21 luglio 2015; I. ANRÒ, *La Corte di Strasburgo condanna l'Italia per il mancato riconoscimento delle unioni civili*, in [Eurojus.it](#), 24 luglio 2015; L. SCAFFIDI RUNCHELLA, *Utreya coppie same-sex! La Corte europea dei diritti umani sul caso Oliari e altri v. Italia*, in [articolo29](#), 3 agosto 2015; L. FERRARO, *Il caso Oliari e la (inevitabile) condanna dell'Italia da parte della Corte EDU*, in [Diritto Pubblico Europeo, Rassegna OnLine](#), 2/2015; F. ALICINO, *Le coppie dello stesso sesso. L'arte dello Stato e lo stato della giurisprudenza*, in [Forum di Quaderni costituzionali](#), 22 agosto 2015; pure *ivi*, C. NARDOCCI, *Dai moniti del Giudice costituzionale alla condanna della Corte europea dei diritti dell'uomo. Brevi note a commento della sentenza Oliari e altri c. Italia*, 3 settembre 2015, e L. PONZETTA, *La sentenza Oliari e altri Vs. Italia: una pronuncia dai dubbi effetti*, 15 novembre 2015; ripercorre la vicenda, ora, anche M. D'AMICO, *L'approvazione del ddl Cirinnà fra riconoscimento dei diritti e scontro ideologico*, in [Federalismi.it](#), 5/2016, 9 marzo 2016, 3 ss.].

¹⁶ Netta la presa di posizione al riguardo manifestata nella [sent. n. 138](#), specificamente laddove (ancora al punto 8 del *cons. in dir.*) si afferma che, "nell'ambito applicativo dell'art. 2 Cost., spetta al Parlamento, nell'esercizio della sua piena discrezionalità, individuare le forme di garanzia e di riconoscimento per le unioni suddette, restando riservata alla Corte costituzionale la possibilità d'intervenire a tutela di specifiche situazioni (come è avvenuto per le convivenze *more uxorio*: [sentenze n. 559 del 1989](#) e [n. 404 del 1988](#)). Può accadere, infatti, che, *in relazione ad ipotesi particolari*, sia riscontrabile la necessità di un trattamento omogeneo tra la condizione della coppia coniugata e quella della coppia omosessuale, trattamento che questa Corte può garantire con il controllo di ragionevolezza" (mio l'ultimo c.vo). Si sofferma ora sul punto anche L. VIOLINI, *Considerazioni sulla costituzionalità della nuova legge italiana sulle Unioni Civili*, in corso di stampa in *Politeia*, spec. al § 2.

¹⁷ Con specifico riguardo all'attitudine del "fatto" ad integrare il parametro costituzionale, indicazioni possono, volendo, aversi dal mio [Fatti "interposti" nei giudizi di costituzionalità, sacrifici insostenibili imposti ai diritti fondamentali in tempi di crisi economica, tecniche decisorie a salvaguardia dell'etica pubblica repubblicana](#), in questa [Rivista](#), 6 novembre 2014.

Venendo specificamente a dire del nostro tema, il cuore della questione sta, dunque, nel dover cogliere gli elementi che sollecitano un eguale trattamento, al pari però degli altri che spingono per la diversificazione. In un caso e nell'altro, la qualificazione non può darsi che a mezzo della tecnica della ragionevolezza, la sola a conti fatti in grado di poter portare a sanzionare discipline normative comunque viziate o per eccesso o per difetto, e dunque tanto per indebita assimilazione quanto per indebita diversificazione: nell'un caso, assistendosi ad un'abnorme dilatazione (e, perciò, ad una torsione) dell'idea costituzionale di famiglia e, nell'altro, perpetrandosi una violazione del principio di cui all'art. 3, nel suo fare "sistema" con quello dell'art. 2 (e coi principi restanti) conseguente al sacrificio di diritti fondamentali sia dei singoli che della stessa formazione sociale dagli stessi composta, a partire dal primo di tutti i diritti, quello alla salvaguardia della dignità.

2. I diritti e gli obblighi degli "uniti" e dei conviventi e la questione cruciale se l'insieme dagli stessi composto pecchi per eccesso di somiglianza rispetto ai connotati propri delle relazioni coniugali

Due i tratti distintivi della famiglia risultanti dalla definizione datane nell'art. 29: uno di fatto (il paradigma eterosessuale della coppia) e l'altro di diritto (il vincolo matrimoniale). Ciascuno di essi evoca somiglianze e diversità, delle quali la legge in commento rende testimonianza.

Così, sono da essa introdotti elementi formali-procedimentali a mezzo dei quali si costituisce un vincolo, che è in parte analogo ed in parte diverso rispetto a quello matrimoniale, tanto tra i soggetti che danno vita ad una unione quanto per i conviventi. Ed è ancora la legge che, in opposizione rispetto alla famiglia, impone il paradigma omosessuale per la costituzione di una unione, mentre si dichiara indifferente al riguardo in merito alle convivenze.

Conosciamo poi dalla sofferta vicenda che ha portato al varo della legge le ragioni che hanno sollecitato a far luogo sia ad inclusioni che ad esclusioni di disposizioni, rispettivamente, originariamente mancanti ovvero presenti. Dobbiamo tuttavia chiederci se quanto è in essa scritto ovvero non scritto rispecchi appieno la proporzione tra gli elementi di somiglianza e quelli di diversificazione rispetto all'istituto familiare.

Il carattere "parafamiliare" di unioni e convivenze, pur nei tratti distintivi dell'una rispetto all'altra specie di formazione, è provato da molti segni.

Ne elenco alcuni tra quelli che ai miei occhi appaiono essere i più rilevanti.

Così, il c. 4 menziona tra le cause che ostano alla costituzione di una unione la esistenza di un vincolo matrimoniale o di altra unione. L'impossibilità del cumulo delle due qualità di coniugato e di "unito" è la conferma *per tabulas* della somiglianza tra famiglia e unione, che ha poi la sua massima espressione nel c. 28, lett. b), laddove si prevede la "conversione" dei matrimoni tra persone dello stesso sesso conclusi all'estero in unioni¹⁸. Una somiglianza che qui si spinge fino al punto di portare alla estensione ai componenti l'unione di ogni riferimento, ovunque fatto¹⁹, ai "coniugi", anche se – si premura di precisare l'autore dell'articolato – ciò vale "al solo fine di assicurare l'effettività della tutela dei diritti e il pieno adempimento degli obblighi derivanti dall'unione..." (c. 20). Si aggiunge, inoltre, che l'equiparazione in parola non vale in relazione "alle norme del codice civile non richiamate espressamente nella presente legge".

Un particolare significato acquistano, poi, i disposti di cui ai cc. 10, 11 e 12: il primo dà modo a coloro che danno vita ad un'unione di adottare un cognome comune, scegliendolo tra i loro cognomi

¹⁸ La qual cosa, nondimeno, è rimandata all'adozione della legislazione delegata da parte del Governo e non potrà dunque aversi in assenza di questa. Sui complessi profili di diritto internazionale privato della legge, v., tra gli altri, L. SCAFFIDI RUNCHELLA, *Osservazioni a prima lettura sulla legge sulle unioni civili tra persone dello stesso sesso, nella prospettiva internazionalistica*, in *SIDI*, 13 maggio 2016, 2, ed *ivi* richiami di giurisprudenza europea (in specie di *Hämäläinen v. Finlandia*, in cui – come si sa – si è negato che per effetto della conversione in parola si abbia violazione della Convenzione laddove il regime giuridico della famiglia e dell'unione sia sostanzialmente affine).

¹⁹ ... e, segnatamente, "nelle leggi, negli atti aventi forza di legge, nei regolamenti nonché negli atti amministrativi e nei contratti collettivi".

ed antepoendolo ovvero posponendolo al proprio; il secondo riconosce eguaglianza piena di diritti e di doveri in capo agli “uniti”²⁰ e, in particolare, li grava dell’obbligo reciproco all’assistenza morale e materiale, alla coabitazione, al concorso, in ragione delle proprie sostanze e capacità di lavoro professionale e casalingo, a far fronte ai loro bisogni comuni²¹; il terzo, infine, chiama entrambi gli “uniti” a concordare “l’indirizzo della vita familiare” e a darvi attuazione.

D’altro canto, poggiando l’unione sul dato del carattere omosessuale della coppia²², è ovvio che si preveda lo scioglimento automatico dell’unione, laddove si abbia mutamento di sesso di uno dei suoi componenti (c. 26)²³, che nondimeno potrebbe ovviamente risolversi in una convivenza laddove le parti manifestino la loro intenzione in tal senso²⁴. Di contro, laddove il mutamento riguardi un soggetto coniugato e vi sia la volontà di entrambi i coniugi “di non sciogliere il matrimonio o di non cessarne gli effetti civili”, la famiglia dagli stessi originariamente costituita potrà automaticamente commutarsi in unione (c. 27)²⁵.

Numerosi, altresì, gli indici, sparsi per l’intera legge, che depongono a favore del carattere “para-familiare” delle stesse convivenze, una volta che risulti provata la stabilità dei legami affettivi tra i soggetti che vi danno vita²⁶. Esse pure, infatti, si pongono come alternative rispetto alla famiglia ed alla unione, a conferma della parziale (e nondimeno significativa) somiglianza rispetto a queste ultime. Non a caso, d’altronde, i soggetti che vi danno vita sono parimenti gravati del vincolo della mutua assistenza morale e materiale (c. 36).

²⁰ È interessante notare che l’eguaglianza stessa non incontra limite alcuno, neppure quelli cui vanno invece soggetti i coniugi a garanzia dell’unità familiare: *l’unità dell’... unione* – mi scuso per il bisticcio delle parole – parrebbe dunque non porsi quale valore superiore rispetto all’eguaglianza, così come invece si ha, a norma dell’art. 29 cost., per i coniugi.

²¹ ... concorso al quale possono essere chiamati anche i conviventi sulla base di ciò che potrà essere al riguardo disposto dal contratto dagli stessi stipulato [c. 53, lett. b)].

²² ... un dato, peraltro, inutilmente, in modo assillante, ripetuto di continuo lungo tutto l’articolato, quando sarebbe bastato dirlo solo la prima volta.

²³ Non si prevede invece espressamente l’ipotesi, francamente remota ma astrattamente configurabile, del simultaneo mutamento di sesso di entrambi gli “uniti”, che potrebbero perciò restare tali senza dover passare per la registrazione di una nuova unione.

²⁴ È strano, però, che questa eventualità non sia espressamente prevista, diversamente dall’ipotesi, subito appresso considerata, di conversione della famiglia in unione.

²⁵ Segnalo qui di passaggio l’inesattezza del primo frammento della espressione sopra trascritta, dal momento che i coniugi non potranno, in alcun caso, manifestare una volontà volta al mantenimento del matrimonio, impossibile a perdurare per effetto del venir meno del paradigma eterosessuale della coppia. E ciò, checché ne abbia detto una nota giurisprudenza ([Cass., I Sez. civ., n. 8097 del 2015](#)), con cui è stato inventato il singolare istituto del matrimonio “a tempo” (pur se indeterminato...), sulla scia di una indicazione data da B. PEZZINI, *A prima lettura (la sent. 170/2014 sul divorzio imposto)*, in [www.articolo29.it](#), 15 giugno 2014, cui si è quindi prontamente allineato con precisazioni P. BIANCHI, *Lo scioglimento del matrimonio del transessuale: divorzio «imposto», incostituzionale ma non troppo*, in *Quad. cost.*, 3/2014, 669 ss., spec. 671; la contraria opinione, nel senso qui patrocinato, è invece argomentata da R. ROMBOLI, *La legittimità costituzionale del “divorzio imposto” (quando la Corte dialoga con il legislatore, ma dimentica il giudice)*, in *Foro it.*, 10/2014, I, 2680 ss.; V. BALDINI, *Diritto al matrimonio, unioni omosessuali e volontà del costituente (brevi note a Corte costituzionale, sent. n. 170/2014)*, in [Dirittifondamentali.it](#), 15 settembre 2014; C. PANZERA, *Il discutibile seguito giudiziario dell’additiva di principio sul “divorzio imposto”*, in [Forum di Quaderni costituzionali](#), 18 settembre 2015, e, ora, P. LOGROSCINO, *Il diritto fondamentale delle coppie same sex all’unione civile tra costituzione e integrazioni europee*, cit., spec. al § 3, e da altri ancora. Più articolato il pensiero di alcuni commentatori della pronuncia ora richiamata o di [Corte cost. n. 170 del 2014](#), cui essa ha dato seguito [a mia opinione, infedele: v., infatti, i miei [Il matrimonio “a tempo” del transessuale: una soluzione obbligata e... impossibile? \(A prima lettura di Cass., I Sez. civ., n. 8097 del 2015\)](#), in questa [Rivista](#), 2015/I, 28 aprile 2015, 304 ss. e *Il “controcanto” stonato della Cassazione alla Consulta, a riguardo del matrimonio del transessuale*, in *GenIUS*, 1/2015, 126 ss.], tra i quali A. D’ALLOIA, *Lo scioglimento del matrimonio del transessuale: una incostituzionalità «per mancanza di alternative»*, in *Quad. cost.*, 3/2014, 672, che si è dichiarato dell’idea che la pronuncia del giudice costituzionale avrebbe creato “una sorta di limbo giuridico per i ricorrenti, quasi una ‘no law’s land’”. Fa ora il punto sulla vessata questione C.P. GUARINI, *Tra “divorzio imposto” e “matrimonio a tempo”. Osservazioni a margine delle sentenze n. 170 del 2014 della Corte costituzionale e n. 8097 del 2015 della Corte di Cassazione, I Sezione civile*, in [Rivista AIC](#), 2/2016, 1 aprile 2016.

²⁶ A tal fine, il c. 37 fa riferimento alla dichiarazione anagrafica di cui all’art. 4 ed all’art. 13, c. 1, lett. b), D.P.R. n. 223 del 1989.

Di rilievo, inoltre, i diritti riconosciuti ai conviventi e riscontrabili in plurimi ambiti di esperienza: in quello carcerario²⁷ come pure in quello sanitario od ospedaliero²⁸, ed ancora a plurimi effetti civili, quali il diritto di continuare ad abitare nella casa di comune residenza in caso di morte del proprietario²⁹ o il subentro nel contratto di locazione, di cui può beneficiare il convivente superstite³⁰, la preferenza in graduatorie volte all'assegnazione di case popolari³¹, la partecipazione agli utili dell'impresa familiare³², la presentazione di domande d'interdizione o inabilitazione³³, la nomina quale tutore, curatore o amministratore di sostegno³⁴, il risarcimento del danno derivante da illecito del terzo³⁵, il diritto agli alimenti in caso di cessazione della convivenza e il soggetto cui siano riconosciuti versi in stato di bisogno e non possa provvedere al proprio mantenimento³⁶, ecc.

Ora, problemi di costituzionalità, a riguardo di tutti questi riconoscimenti *singolarmente considerati*, credo che non debbano aversene, perlomeno sotto lo specifico aspetto qui interessante relativo alla eventualità che essi alterino il modello costituzionale di famiglia. Si tratta, in realtà, di opzioni frutto di apprezzamento discrezionale del legislatore in relazione alle quali è arduo argomentare che non avrebbero dovuto, del tutto o in parte, aversi. È pur vero, tuttavia, che anche la mancata menzione di alcuni di tali diritti o interessi giuridicamente protetti assai problematicamente avrebbe potuto (o un domani potrebbe) esporsi alla censura d'irragionevolezza, assumendosi che il relativo riconoscimento discenda "a rime obbligate" dal dettato costituzionale. Insomma, il margine di manovra per il legislatore è qui assai largo e sembra, perciò, assai arduo argomentare che tanto inclusioni quanto omissioni possano andare soggette a sindacato di costituzionalità; e, laddove a ciò vadano incontro, parimenti ampio è il margine di cui dispone il giudice costituzionale nel determinarsi nell'uno ovvero nell'altro senso.

Il punto è però il rilievo *complessivamente* assunto da tutti i riconoscimenti in parola. E ci si deve allora chiedere se l'insieme dagli stessi composto risulti viziato per eccesso di somiglianza rispetto ai connotati propri della famiglia e delle relazioni tra i coniugi.

La questione è di grande momento ma – temo – meramente teorico-astratta, dal momento che – come un momento fa si diceva – i giudizi di costituzionalità hanno poi ad oggetto specifiche questioni, in relazione a norme presenti ovvero mancanti nei testi di legge, avuto riguardo a singoli ambiti materiali di esperienza.

3. I tratti distintivi della famiglia e delle formazioni "parafamiliari", segnatamente per ciò che attiene alla mancata previsione dell'obbligo di fedeltà e del diritto di adozione e ad alla loro eventuale aggiunta (con specifico riguardo a quest'ultimo, limitatamente a casi eccezionali) per mano della Corte costituzionale

I nodi cruciali – come peraltro testimoniano le accese controversie che hanno accompagnato il sofferto cammino parlamentare del disegno di legge –, ad ogni buon conto, riguardano l'obbligo di

²⁷ ... laddove ai conviventi sono riconosciuti gli stessi diritti spettanti ai coniugi (c. 38). Non è inopportuno rammentare che il diritto di visita in carcere è già riconosciuto dalla disciplina sull'ordinamento penitenziario (legge n. 354 del 1975, art. 14-*quater*).

²⁸ ... dotandosi i conviventi dei medesimi diritti previsti per i coniugi o i familiari (c. 39), fino a poter disporre, in caso di morte, della donazione degli organi e delle modalità di trattamento del corpo [c. 40, lett. *b*]. Nuovamente, va fatto presente che la disciplina in materia di prelievi o di trapianti riconosce certi diritti anche al convivente *more uxorio* (art. 3, legge n. 91 del 1999).

²⁹ ... per un periodo tuttavia limitato, oscillante tra due e cinque anni, in relazione alla durata della convivenza.

³⁰ V., rispettivamente, cc. 42 e 44.

³¹ C. 45.

³² C. 46.

³³ C. 47.

³⁴ C. 48.

³⁵ C. 49.

³⁶ C. 65.

fedeltà, per un verso, e soprattutto, per un altro verso, la estensione a beneficio degli “uniti” del diritto di adozione.

Del primo posso qui solo dire che mi sfugge la *ratio* per la quale nella legge non se ne fa menzione³⁷, tanto più che dell’assistenza *morale* (e materiale) risultano gravati – come si è rammentato – tanto gli “uniti” quanto gli stessi conviventi. E francamente non si vede su quali fundamenta sostanziali (o, meglio, etico-sostanziali) possa poggiare l’assistenza stessa laddove faccia (o possa fare) difetto l’obbligo di mutua fedeltà di coloro che compongono tutte tali formazioni sociali³⁸. In via di mera ipotesi, non escludo dunque che, laddove specificamente chiamato a pronunciarsi sul punto, il giudice delle leggi possa far luogo ad una pronunzia additiva, al fine di ripristinare la necessaria coerenza tra la prescritta assistenza e la omessa fedeltà. Non mi parrebbe invece percorribile la via, pure astrattamente immaginabile, che porti la Corte a liberarsi (sia pure in modo alquanto sbrigativo) della questione, rimettendosi all’apprezzamento discrezionale del legislatore. E ciò, ove si convenga – come, a mia opinione, devesi – che l’assistenza morale implica l’eguaglianza parimenti morale – secondo quanto, peraltro, recita in relazione ai coniugi l’art. 29 – dei componenti la coppia, la quale a sua volta presuppone la esclusività del rapporto affettivo intersoggettivo, a pena di una evidente, intollerabile incisione della dignità del *partner* tradito.

La questione maggiormente spinosa e delicata è, nondimeno, come si diceva, l’altra, riguardante il diritto di adozione a beneficio di coppia omosessuale.

Durante la gestazione parlamentare della legge e all’indomani del suo faticoso varo, molti hanno – come si sa – fissato, con apprensione, lo sguardo principalmente su questo punto scottante, affacciando con vari argomenti la tesi secondo cui, per il mero fatto del riconoscimento delle unioni, sarebbe spianata la via che porta all’adozione a beneficio dei loro componenti. Sul fronte opposto, si è, con non meno intensamente avvertita preoccupazione, lamentata la mancata, esplicita menzione del diritto in parola nel testo licenziato dalle Camere, giudicata discriminatoria rispetto alla condizione della coppia coniugata.

A mia opinione, il silenzio della legge sul punto è stato sovraccaricato di indebite valenze e si è comunque prestato a strumentali interpretazioni del suo significato.

In primo luogo, va rilevata l’ambiguità della disposizione di cui al c. 20 della legge che, per un verso, espressamente richiama la legge n. 184 del 1983 escludendo che essa possa valere per le coppie legate da unione. Per un altro verso, però, subito appresso stranamente dichiara che “resta fermo quanto previsto *e consentito* in materia di adozione dalle norme vigenti”³⁹; ciò che, invero, parrebbe sconfessare almeno in parte la precedente affermazione. Se, però, si ripercorre il sofferto andamento del dibattito parlamentare sul punto, che ha portato all’affermazione della volontà di escludere dall’adozione le coppie non coniugate, quest’esito parrebbe essere quello linearmente discendente dal dettato legislativo ed espressivo della sua *ratio* immanente⁴⁰.

In secondo luogo, occorre rammentare che il terreno per il riconoscimento dell’adozione è stato – come si accennava – spianato da una intraprendente giurisprudenza, segnatamente con riguardo al

³⁷ Rileva ora la irragionevolezza della mancata previsione dell’obbligo di fedeltà anche P. LOGROSCINO, *Il diritto fondamentale delle coppie same sex all’unione civile tra costituzione e integrazioni europee*, cit., § 6.

³⁸ L’esperienza di diritto comparato, nondimeno, offre più d’una testimonianza di “affievolimento” del dovere di fedeltà, per riprendere la qualifica datavi da una sensibile dottrina (R. TORINO, *La tutela della vita familiare delle coppie omosessuali*, cit., 102).

³⁹ ... tra le quali – non è inopportuno rammentare – vanno ricomprese anche quelle aventi origine esterna e recepite nel nostro ordinamento.

⁴⁰ È tuttavia da mettere in conto la eventualità, che francamente giudico non remota, che possa in giurisprudenza farsi largo anche un orientamento diverso, secondo quanto – come si vedrà a momenti – qui pure si auspica ma per effetto di un intervento riparatore del giudice costituzionale (si prefigura l’esito di adozioni disposte dai giudici facendo leva sull’ambiguità di quanto ora statuisce il c. 20, cit., anche A. GEMMA, *La stepchild adoption: cenni introduttivi*, cit., 153 s.; ad opinione di L. SCAFFIDI RUNCHELLA, *Osservazioni a prima lettura sulla legge sulle unioni civili tra persone dello stesso sesso, nella prospettiva internazionalistica*, cit., 2, la legge consentirebbe alle coppie legate da unione di accedere all’adozione in casi particolari, *ex art. 44, lett. d*), l. n. 184 del 1983, laddove ciò risponda all’interesse preminente del minore. Contraria al riconoscimento della facoltà di adozione a beneficio delle coppie suddette L. VIOLINI, *Considerazioni sulla costituzionalità della nuova legge italiana sulle Unioni Civili*, § 3).

figlio del *partner* omosessuale, *indipendentemente da ciò che si dice e non si dice nella legge in commento*⁴¹. Si è fatto al riguardo notare che non si tratta tanto di appagare un supposto (e, ad avviso del giudice, inesistente) diritto costituzionale alla genitorialità⁴², quanto di dare il necessario rilievo al preminente interesse del minore, specificamente laddove risulta provato l'armonico inserimento dello stesso in un nucleo familiare (*rectius*, "parafamiliare") e il carattere particolarmente gratificante delle relazioni dallo stesso intrattenute col *partner* del genitore biologico⁴³. Decisivo, dal punto di vista fatto proprio dal giudice, è dunque il bisogno di consolidare ulteriormente e rendere viepiù certe le relazioni in parola, prendendo atto del loro essersi già affermate con ottimi risultati nell'esperienza.

Ancora una volta – come si vede – la regola è chiamata a conformarsi al "fatto", a "razionalizzarlo", sussumendolo quale elemento integrativo e qualificante del parametro, sì da poter dar voce e senso a quest'ultimo, in vista della ottimale salvaguardia delle posizioni dei soggetti più deboli ed esposti e, perciò, maggiormente bisognosi di protezione.

Giusta la prospettiva ora adottata, parrebbe che il problema ora in esame possa (e debba) ricevere plurime soluzioni in ragione dei peculiari contesti in cui s'inscrive. E così l'adozione di un minore già inserito nella unione, in quanto figlio biologico di uno dei suoi componenti, potrebbe ricevere un trattamento diverso da quello che potrebbe (e dovrebbe) avere il caso di minore non inserito nella unione stessa, per il quale ultimo caso il *best interest of the child* non potrebbe essere evocato in campo (o, meglio, *potrebbe* non esserlo⁴⁴). La qual cosa obbligherebbe, dunque, ad ancorare l'eventuale riconoscimento del diritto di adozione, ove a ciò si punti anche per quest'ultimo caso, su elementi fattuali diversi ed avvalendosi di argomenti parimenti diversi.

Due notazioni, tuttavia, s'impongono al riguardo.

La prima è che al fine di potersi il giudice determinare diversamente in base ai casi parrebbe essere comunque necessaria una previa abilitazione in tal senso nella legge in commento, che però – come si è venuti dicendo – non c'è; tutt'al più, dunque, occorrerebbe attendere una pronunzia del giudice costituzionale che la introduca, a mezzo di un'additiva di principio, sempre che si reputi – ciò che, invero, sembra essere di non agevole dimostrazione – che il principio in parola discenda "a rime obbligate" dalla Carta⁴⁵.

⁴¹ Accenno qui di passaggio al fatto che la questione ora discussa si salda all'altra, essa pure – come si sa – assai agitata (secondo quanto hanno, da ultimo, confermato le Giornate di studio di Messina, 5-6 maggio 2016, su *La procreazione medicalmente assistita. Bilancio di un'esperienza, problemi e prospettive*, organizzate da S. Agosta e G. D'Amico), riguardante la estensione della procreazione eterologa, per effetto del cui riconoscimento si sono venute a determinare quelle situazioni che hanno dato modo alla giurisprudenza di pronunciarsi a favore dell'adozione di minori da parte dei *partner* dei loro genitori biologici. È pur vero, però, che la questione può altresì proporsi a prescindere dal modo con cui i minori stessi vengono alla luce.

⁴² Sul punto, infatti, la Corte d'Appello di Torino (nelle pronunzie dietro citt.) condivide la tesi fatta propria dal giudice di primo grado; solo che quest'ultimo proprio su ciò aveva fatto leva al fine di rigettare l'istanza della parte volta ad ottenere l'adozione, mentre l'organo di secondo grado – come subito si dirà – sposta il tiro, puntandolo sul preminente interesse del minore, specificamente sul suo diritto alla vita familiare.

⁴³ Spunti ricostruttivi di largo interesse a riguardo del principio dei *best interests of the child* sono ora offerti da E. LAMARQUE, *Prima i bambini. Il principio dei best interests of the child nella prospettiva costituzionale*, FrancoAngeli, Milano 2016, che ne segnala il carattere polivalente e gli usi retorico-strumentali dei diritti dei minori operati facendo leva sul principio in parola. L'ambiguità e vaghezza del concetto è, peraltro, da tempo rilevata [tra gli altri, da L. GIACOMELLI, (*Re*)interpretando i best interests of the child: da strumento di giustizia sostanziale a mera icona linguistica?, e S. ROMBOLI, *La natura "relativa" ed il significato di "clausola generale" del principio dell'interesse superiore del minore*, entrambi in F. GIUFFRÈ - I. NICOTRA (curr.), *La famiglia davanti ai suoi giudici*, cit., rispettivamente, 467 ss. e 505 ss.]. In argomento, da ultimo, A. ARENA, [A proposito dello "statuto costituzionale del minore" \(Brevi riflessioni a margine di alcune "novità" nel dibattito parlamentare e nella giurisprudenza comune\)](#), in questa *Rivista*, 2016/II, 6 giugno 2016, 241 ss.

⁴⁴ Ma non è detto che sia così. Si pensi, ad es., alla condizione del minore rimasto orfano e che potrebbe essere accudito da un familiare col quale intrattiene già rapporti particolarmente gratificanti, il quale potrebbe essere legato da vincolo di unione con altra persona. Nel qual ultimo caso, nuovamente, il preminente interesse del minore stesso potrebbe sollecitare l'adozione da parte della coppia suddetta.

⁴⁵ È appena il caso qui di rammentare che condizione perché possa aversi l'aggiunta del principio ad opera del giudice delle leggi è che esso pure discenda linearmente e necessariamente dalla Costituzione, imponendosi in forza del caso.

Lo scenario ora prefigurato, nondimeno, avvalorata l'idea, di cui si ha peraltro conferma in plurimi ambiti di esperienza (e, segnatamente, appunto in relazione a questioni eticamente sensibili), secondo cui il modo migliore per il legislatore d'intervenire a disciplinare diritti o interessi particolarmente avvertiti nel corpo sociale, che però possono entrare in conflitto con altri diritti o interessi parimenti meritevoli di tutela, è quello di offrire prodotti legislativi dotati di una struttura nomologica fatta a maglie larghe (e, in qualche caso, larghissime), essenzialmente dunque da disposizioni di principio⁴⁶, rimettendosi quindi per le loro opportune specificazioni-attuazioni in ragione dei peculiari connotati del caso all'opera, essa stessa – come si vede – *normativa* (pur se con effetti circoscritti alla singola vicenda processuale), dei giudici⁴⁷. Si tratta, insomma, di raggiungere un delicato equilibrio, in spirito di autentica, costruttiva, “leale cooperazione”, tra gli operatori istituzionali, nessuno potendo comunque fare a meno dell'altro e tutti essendo chiamati a dare il loro apporto, con tipicità di ruoli e varietà di effetti, in vista dell'ottimale appagamento dei beni della vita in campo.

Il silenzio della legge qui annotata è, dunque, comunque censurabile, indipendentemente poi dal fatto che l'eventuale soluzione al riguardo apprestata – qualora si fosse avuta o un domani si avesse – fosse (o sia) da considerare conforme a ragionevolezza e, perciò, complessivamente apprezzabile.

La seconda notazione, poi, ci riporta al *punctum crucis* della questione qui discussa. Si tratta, infatti, di chiedersi se, una volta che il riconoscimento della facoltà di adozione in capo agli “uniti” dovesse aversi, non si cada ancora una volta in quell'eccesso di assimilazione di cui poc'anzi si diceva, a conti fatti non dandosi più sostanziali differenze tra l'unione e la famiglia *ex art. 29*. Con il che – come si avvertiva in sede di notazioni introduttive di questo studio – si perverrebbe fatalmente all'esito di etichettare in modo diverso la medesima cosa, aggirando il precetto costituzionale che vuole invece comunque distinta la condizione dell'una e dell'altra formazione sociale.

Può non piacere, come a molti non piace, ma la Carta ci consegna un modello che, per un suo fisiologico svolgimento e l'ottimale implementazione nell'esperienza, vuole i figli adottivi inseriti nella famiglia, *nella sua ristretta e propria accezione*: dunque, allevati da coppie di persone di diverso sesso ed unite dal vincolo del matrimonio⁴⁸. È questa infatti la formazione sociale dotata di specifico rilievo costituzionale, che si situa al cuore del modello costituzionale e ne dà la cifra identificante complessiva: quella, dunque, da privilegiare, presumendosi che essa costituisca il luogo elettivo per la crescita dei minori. Da questo schema, tuttavia, ci si può, a mia opinione, discostare unicamente in casi assolutamente eccezionali, quali quelli sopra prefigurati, ed all'esito di una delicata e rigorosa operazione di ponderazione assiologica, casi dunque in cui sia provato che il preminente interesse del minore può essere, come si conviene, appagato attraverso lo stabile inserimento di quest'ultimo in un nucleo familiare (*rectius*, “parafamiliare”) al quale già si senta affettivamente legato⁴⁹. Non per ciò,

In realtà, come si vedrà proprio sul finire di questa riflessione, la norma aggiunta che dà modo anche alla coppia legata da vincolo di unione di accedere all'adozione entra in conflitto con l'indicazione data dall'art. 29 cost. e, ciò nonostante, può ugualmente trovare “copertura” costituzionale nel *Grundwert* della miglior tutela degli interessi costituzionalmente protetti visti nel loro fare “sistema”. Verrebbe, perciò, a determinarsi una “rottura” della Costituzione pur tuttavia giustificata in prospettiva assiologicamente orientata.

⁴⁶ L'auspicio di discipline legislative “miti” o “leggere” è da molti affacciato, specificamente appunto in relazione a questioni eticamente sensibili (ad es., tra gli altri, con riguardo alla disciplina della procreazione medicalmente assistita, da P. VERONESI, *La legge sulla procreazione assistita alla prova dei giudici e della Corte costituzionale*, in *Quad. cost.*, 3/2004, 524; S. AGOSTA, *Bioetica e Costituzione*, I, *Le scelte esistenziali di inizio-vita*, Giuffrè, Milano 2012, spec. 38 ss., ma *passim*; C. CASONATO, in molti scritti, tra i quali *La fecondazione eterologa e la ragionevolezza della Corte*, in Confronticostituzionali.eu, 17 giugno 2014; R. CONTI, *Diagnosi preimpianto, fine vita, sperimentazione su embrioni criocongelati. Prove di dialogo incrociato fra Corti*, in *Biodiritto*, 3/2015, 168).

⁴⁷ La struttura del linguaggio del legislatore e di quello dei giudici, costituzionali e comuni, è fatta oggetto di studio nel mio [Linguaggio del legislatore e linguaggio dei giudici, a garanzia dei diritti fondamentali](#), in questa [Rivista](#), III/2015, 13 novembre 2015, 769 ss.

⁴⁸ È, poi, vero che i casi della vita possono portare ad esiti divergenti dal modello stesso (ad es., assistendosi non di rado a minori che, *dopo esser stati adottati*, siano di fatto cresciuti da soggetti separati o divorziati, vedovi, ecc.); non sono, tuttavia, questi gli scenari prefigurati come ideali per la più adeguata salvaguardia degli interessi dei minori stessi, alla cui affermazione occorre perciò decisamente tendere.

⁴⁹ Emblematico, al riguardo, l'esempio, dietro fatto, del minore allevato da un parente stretto che si trovi quindi ad essere “unito” ad altra persona con cui sia provato che il minore stesso ha costante e gratificante frequentazione.

a mia opinione, il modello di famiglia delineato nell'art. 29 della Carta risulta smentito; diciamo, piuttosto, che può andare incontro a talune, limitatissime eccezioni, pur tuttavia giustificate in nome del principio della massimizzazione della tutela dei diritti e degli interessi in genere costituzionalmente protetti⁵⁰, visti nel loro fare "sistema"⁵¹, avuto uno speciale, doveroso, riguardo per la condizione dei soggetti maggiormente bisognosi della tutela stessa, i minori.

⁵⁰ Sul principio in parola una dottrina crescente va da tempo fermando l'attenzione, specie con riferimento a questioni eticamente sensibili: tra i molti altri, v. G. D'AMICO, *Il rilievo della CEDU nel "diritto vivente": in particolare, il segno lasciato dalla giurisprudenza "convenzionale" nella giurisprudenza costituzionale*, in L. D'ANDREA - G. MOSCHELLA - A. RUGGERI - A. SAIITA (curr.), *Crisi dello Stato nazionale, dialogo intergiurisprudenziale, tutela dei diritti fondamentali*, Giappichelli, Torino 2015, 55 ss., e *La massima espansione delle libertà e l'effettività della tutela dei diritti*, in A. PIN (cur.), *Il diritto e il dovere dell'uguaglianza. Problematiche attuali di un principio risalente*, Editoriale Scientifica, Napoli 2015, 17 ss.; C. AMALFITANO - M. CONDINANZI, *Unione europea: fonti, adattamento e rapporti tra ordinamenti*, Giappichelli, Torino 2015, 126 ss. e 168 ss.; G.M. SALERNO, *I diritti fondamentali tra le tradizioni costituzionali comuni e i controlimiti a tutela dell'identità costituzionale*, in *Il Filangieri*, Quad. 2014 su *Unione europea e principi democratici*, Jovene, Napoli 2015, 103 ss.; C. PANZERA, *Rispetto degli obblighi internazionali e tutela integrata dei diritti sociali*, in questa *Rivista*, [II/2015](#), 3 giugno 2015, spec. 492 ss.; e *ibid.* A. SPADARO, *Sull'aporia logica di diritti riconosciuti sul piano internazionale, ma negati sul piano costituzionale. Nota sulla discutibile "freddezza" della Corte costituzionale verso due Carte internazionali: la CSE e la CEAL*, 504 ss. e, dello stesso, ora, *La "cultura costituzionale" sottesa alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, fra modelli di riferimento e innovazioni giuridiche*, in L. D'ANDREA - G. MOSCHELLA - A. RUGGERI - A. SAIITA (curr.), *La Carta dei diritti dell'Unione Europea e le altre Carte (ascendenze culturali e mutue implicazioni)*, in corso di stampa per i tipi della Giappichelli, spec. al § 10; ivi pure C. SALAZAR, *I diritti sociali nel "gioco delle tre Carte": qualche riflessione*, e L. D'ANDREA, *A mo' di sintesi: ordinamento europeo e costituzionalismo contemporaneo*, spec. al § 5.

⁵¹ Il richiamo all'idea di "sistema" è particolarmente insistito in giurisprudenza: *ex plurimis*, v. [Corte cost. nn. 236 del 2011](#); [264 del 2012](#); [1](#), [170](#) e [202 del 2013](#), [10](#) e [49 del 2015](#).

Antonio Ruggeri
Cosa sono i diritti fondamentali
e da chi e come se ne può avere il riconoscimento e la tutela*

SOMMARIO: 1. Notazioni introduttive a riguardo dell'affollamento dei diritti e della questione relativa alla selezione di quelli di essi che propriamente possono dirsi "fondamentali". – 2. Il problema definitorio e la sua soluzione a mezzo del ricongiungimento di "fatto" e diritto costituzionale, diritti fondamentali essendo taluni *bisogni elementari di ciascun essere umano senza il cui riconoscimento e l'effettiva tutela non potrebbe aversi un'esistenza libera e dignitosa*. – 3. Il riconoscimento di nuovi diritti fondamentali in forza di *consuetudini culturali diffuse* nel corpo sociale e la centralità di ruolo che al riguardo è chiamata a giocare la legge costituzionale quale strumento primo e privilegiato al fine della loro razionalizzazione. – 4. Il timore, di cui si è resa interprete una sensibile dottrina, che, per l'accezione di "diritto fondamentale" qui proposta, possano esserne sacrificati proprio i bisogni più intensamente avvertiti dalle voci minoritarie nella società ovvero che la qualifica data delle consuetudini suddette finisca col contraddire queste ultime, e gli argomenti invece spendibili a sostegno della proposta ricostruttiva qui affacciata. – 5. Il problema della tutela dei diritti fondamentali. – 5.1. Duttilità strutturale, carente tipizzazione e mutua complementarietà degli atti dei pubblici poteri, leggi e sentenze, al servizio dei diritti. – 5.2. Il c.d. "dialogo" tra le Corti, il "*metapincipio*" della *massimizzazione della tutela* che ne orienta e governa le movenze, i rischi per la *certezza del diritto* che, secondo una critica ricorrente, il suo accoglimento farebbe correre e i positivi effetti invece per il suo tramite raggiungibili, specificamente per ciò che attiene alla *certezza dei diritti* (e cioè alla effettività della loro salvaguardia). – 5.3. Il fondo di verità racchiuso nella critica di coloro che si mostrano preoccupati per la certezza del diritto e le opportunità offerte a quest'ultima al fine di potersi compiutamente affermare dotandosi di ancora più solide basi il "dialogo" tra le Corti a mezzo di una nuova e più adeguata razionalizzazione dei loro rapporti. – 6. Al tirar delle somme.

1. *Notazioni introduttive a riguardo dell'affollamento dei diritti e della questione relativa alla selezione di quelli di essi che propriamente possono dirsi "fondamentali"*

È singolare che, allo stesso tempo in cui si registra un consenso diffuso circa la emersione di sempre nuovi diritti fondamentali, parimenti diffuse siano le incertezze su cosa essi siano nella loro stessa essenza e non poco reciprocamente divergenti si presentino le soluzioni patrocinate a riguardo del modo o dei modi più adeguati a dare loro appagamento. Quest'ultimo – va subito avvertito – appare essere sempre più arduo e problematico, sol che si pensi che l'affollamento dei diritti (e, in genere, degli interessi costituzionalmente protetti) evocati in campo dal caso obbliga a complesse e sofferte mediazioni tra gli stessi (come suol dirsi, a "bilanciamenti") al cui esito non poche volte rimane pur sempre l'amaro in bocca, a motivo del sacrificio comunque richiesto, in maggiore o minor misura, a questo o quel diritto, specie nella presente congiuntura profondamente segnata da una crisi economica soffocante e da un incalzante terrorismo internazionale. L'esposizione a *stress*, nondimeno, non solo non contrasta con la "fondamentalità" dei diritti ma, anzi, ne costituisce testimonianza e conferma, ove si convenga a riguardo del fatto che nessuno di essi né altro valore parimenti fondamentale può vantare l'insana pretesa alla propria integrale, incondizionata e – come si è detto da un'accreditata dottrina – "tirannica" affermazione, tutti essendo piuttosto obbligati a fare i conti gli uni con gli altri, solo in tal modo potendosi comporre in "sistema" e concorrere alla integra trasmissione dell'ordinamento nel tempo.

Con riserva di approfondimenti sul punto più avanti, credo comunque di poter dire che la spiegazione dell'apparente contraddizione rilevata nella notazione iniziale di questo studio stia proprio laddove si radicano le cause che hanno portato e senza sosta portano a rivendicare protezione per taluni bisogni profondamente diffusi ed avvertiti in seno al corpo sociale.

* Intervento al Convegno del Gruppo di Pisa su *Che cos'è un diritto fondamentale?*, Cassino 10-11 giugno 2016, alla cui data lo scritto è aggiornato.

Due, a mia opinione, principalmente le cause in discorso: lo sviluppo scientifico e tecnologico, che non conosce pause e che anzi presenta talora improvvise accelerazioni, e la complessità della struttura del tessuto sociale, attraversata da non poche né lievi tensioni e contraddizioni, connotandosi – come suol dirsi – come “multiculturale” o, secondo una opportuna precisazione di una sensibile dottrina, “interculturale”.

È interessante subito osservare che, malgrado i profondi rivolgimenti sociali registratisi nel corso del tempo (anche qui, con talune impreviste accelerazioni), i diritti fondamentali danno l'impressione di non invecchiare e morire mai; semmai, di poter ringiovanire col trascorrere del tempo e il sempre più profondo radicamento dello Stato di diritto costituzionale, rigenerandosi e rafforzandosi per effetto del rinvigorismento stesso delle Costituzioni che ne hanno dato (e ne danno) il riconoscimento (emblematica, al riguardo, l'evoluzione avutasi col passaggio dalle Carte flessibili a quelle rigide, specie a partire dal secondo dopoguerra), e appunto crescendo costantemente di numero. Di qui, tuttavia, il rischio micidiale che tra di essi si mimetizzino e confondano anche diritti non propriamente etichettabili come “fondamentali”, alla luce del criterio di qualificazione di cui a momenti si dirà.

Insomma, l'inflazione dei diritti non giova alla loro “qualità”, se così vogliamo chiamarla, e perciò alla loro tutela. Oltre tutto, come si rammentava poc'anzi, ad essa si accompagnano conflitti, alle volte anche laceranti, sempre più ricorrenti a motivo dell'affollamento di più diritti (e, in genere, interessi costituzionalmente protetti) evocati in campo dal caso, che premono vigorosamente per la loro salvaguardia. Ciò che, poi, si riporta alla connotazione strutturale del tessuto sociale, dal momento che a motivo della sua complessità viene naturalmente a determinarsi una duplice spinta tanto nel verso della integrazione, lenta e discontinua, comunque particolarmente sofferta, tra le culture presenti nel corpo sociale, quanto (ed allo stesso tempo) in quello della non meno sofferta rivendica della salvaguardia dei tratti identificanti propri di ciascuna di esse.

2. *Il problema definitorio e la sua soluzione a mezzo del ricongiungimento di “fatto” e diritto costituzionale, diritti fondamentali essendo taluni* bisogni elementari di ciascun essere umano senza il cui riconoscimento e l'effettiva tutela non potrebbe aversi un'esistenza libera e dignitosa

Ma veniamo, senza ulteriori indugi, a trattare della questione cruciale su cui siamo stati chiamati a confrontarci: *cos'è un diritto fondamentale?* È questa la spinosa, antica e però sempre nuova o rinnovata, domanda alla quale siamo stati sollecitati a tentare di dare risposta.

Essenzialmente due sono – a me pare – i modi di (o i piani su cui) ambientare la questione stessa: quello teorico-generale o filosofico, per un verso, e quello dogmatico-positivo, per un altro.

Opto qui risolutamente per il secondo corno dell'alternativa; e ciò, non già in quanto persuaso della impraticabilità della prima via o della sterilità degli esiti ricostruttivi al termine del cammino fatto lungo la stessa raggiunti da autorevoli dottrine o di altri ancora raggiungibili. Tutt'all'inverso, sono convinto della bontà degli sforzi prodotti da coloro che hanno fatto la scelta qui non seguita e convengo che possa darsi (ed effettivamente si dia) un “nucleo duro” concettuale che si ripropone e che va oltre lo scorrere del tempo e le vicende ordinamentali che in esso si svolgono, un nucleo che è, a conti fatti, riportabile alla *humanitas* stessa di ogni essere umano. Per questo verso, i diritti “fondamentali”, quali previsti da questo o quell'ordinamento positivo, si pongono quale *species* del *genus*-diritti “umani”, come questi ultimi sono usualmente chiamati (part., in seno alla Comunità internazionale e dai suoi cultori).

Sta di fatto che, quale che sia l'idea di diritto fondamentale di cui ciascuno di noi si faccia portatore, per chi fa studi di diritto il punto di riferimento positivo resta nondimeno imprescindibile (ed opportunamente, perciò, è stato adottato con profitto da E. Stradella, nella sua documentata relazione al nostro incontro di oggi). Dobbiamo, perciò, andare alla ricerca dell'idea di diritto fondamentale che si contestualizza, storicizzandosi e positivizzandosi, siccome fatta propria da un ordinamento costituzionale dato (per ciò che a noi specificamente interessa, dal nostro). D'altro canto, ove così non fosse, non si capirebbe neppure come possano affermarsi col tempo nuovi diritti fondamentali,

profondamente radicati e largamente diffusi – come si vedrà a momenti – nel tessuto sociale, cui sia quindi dato giuridico riconoscimento.

Occorre, dunque, subito chiederci se disponiamo di indizi nella trama della [Carta italiana del '48](#) idonei a guidarci in questa ricerca.

La comune opinione fa al riguardo – come si sa – riferimento all'art. 2, che però, in realtà, non dà la definizione di ciò che è un diritto fondamentale né ne descrive la struttura o ci dice a cosa servano; l'enunciato, piuttosto, come da tempo e da molti è con varietà di argomenti rilevato, presuppone la preesistenza dei diritti in parola rispetto alla [Carta](#) che appunto li “riconosce”. La inviolabilità dei diritti in parola, dunque, non costituisce la definizione (in senso proprio) dei diritti stessi; semmai, è una loro qualità linearmente e necessariamente discendente dalla “fondamentalità”, che è presupposta, una qualità che in relazione ai diritti fondamentali si connota in forme peculiari (ostando, ad es., al misconoscimento, neppure con successive norme di rango costituzionale, del previo riconoscimento di essi fatto), fermo restando che anche diritti che fondamentali non sono non possono comunque essere... “violati”, nel senso generico che non è consentito ad alcuno di calpestare i diritti di altri.

Si danno, ad ogni buon conto, nel corpo costituzionale indicazioni maggiormente specifiche di quella data nell'art. 2, come tali conducenti alla opportuna messa a fuoco del concetto che ci interroga. Altamente istruttivo a me sembra essere al riguardo quanto si dice nell'art. 36, I c., col riferimento in essa fatto all'esistenza “libera e dignitosa” del lavoratore e della sua famiglia (che, poi, ovviamente si lega a filo doppio al previo riconoscimento della “pari dignità”, di cui si fa parola nell'art. 3). In particolare, uno speciale significato va assegnato alla congiunta, duplice menzione del lavoro e della famiglia: le due gambe su cui avanza e si svolge l'esperienza di vita di ogni essere umano che sia in grado di impegnarsi in seno alla comunità del lavoro (anche però chi non lo sia – non è inopportuno rammentare – ha diritto a mezzi di sostentamento tali da poter comunque godere di un'esistenza “libera e dignitosa”).

Il lavoro è infatti – come sappiamo – a fondamento della Repubblica, nel mentre la famiglia è il luogo primigenio in cui ogni persona viene ad esistenza, riceve le basi portanti della propria formazione culturale, progetta e matura la propria personalità.

Trovo singolare che di tanto in tanto si riproponga da taluno, stancamente, l'idea che i diritti sociali non siano diritti fondamentali o lo siano in minor grado rispetto ai diritti classici di libertà quando il fondamento della Repubblica è proprio in uno di tali diritti, che perciò si pone a fondamento dei... *diritti fondamentali restanti* o, comunque, quale condizione per il loro compiuto appagamento.

Siamo perciò in grado – a me pare – di poter pervenire ad un primo punto fermo, definendo i diritti fondamentali quali i *bisogni elementari di ciascun essere umano senza il cui riconoscimento (e, come si vedrà, l'effettiva tutela) non potrebbe aversi un'esistenza libera e dignitosa*. Solo così i diritti fondamentali possono infatti porsi a fondamento della comunità politica organizzata, secondo quanto è stato fatto notare anche nel corso del nostro incontro (a partire da E. Stradella), con la precisazione che la “fondamentalità”, così intesa, in tanto si giustifica ed apprezza in quanto essa previamente e primariamente si ponga a base dell'esistenza dei singoli (non dimentichiamo che il principio personalista è l'autentico cuore pulsante degli ordinamenti di tradizioni liberal-democratiche, tra cui appunto il nostro).

Accenno subito a riguardo della definizione appena proposta che essa non è contraddetta dal fatto che alcuni diritti sarebbero di esclusiva spettanza dei cittadini (questione che – come si sa – si pone specificamente per i diritti politici), mentre è palese, ad opinione mia e di altri (tra i quali, ora, R. Cherchi), che il “graduato” riconoscimento di alcuni diritti (unicamente nel loro “nucleo duro”), in ispecie di quello alle cure sanitarie, agli stranieri irregolari contraddice l'idea stessa della “fondamentalità” e non può, pertanto, trovare, nei termini riduttivi suddetti, accoglienza.

Due soli, rapidi rilievi, a riguardo della preclusione fatta ai non cittadini di accesso a taluni diritti (segnatamente, a quelli politici), con riserva di approfondimenti altrove.

Per un verso, sembra di poter opporre che, *proprio perché fondamentali*, anche i diritti in parola (in ispecie, quelli di partecipazione politica all'esercizio dei poteri sovrani) non possono essere fattore

di discriminazione tra quanti condividono le loro esperienze di vita (lavorative e non) e possono essere chiamati all'adempimento dei doveri di solidarietà, tutti possedendo un comune legame col territorio su cui quelle esperienze si radicano ed esprimono, reso visibile dalla stabile residenza nello stesso. Non a caso, d'altronde, da tempo una nutrita schiera di studiosi, in coda alla quale anch'io ho ritenuto altrove di dovermi disporre, va in varie forme e con pari varietà di accenti prospettando l'idea di una complessiva rivisitazione teorico-positiva della nozione di cittadinanza (e, per ciò stesso, di democrazia), ancorandola più ancora che ai vincoli di sangue o ad altri fattori di aggregazione proprio alla comunanza delle esperienze suddette. Al riguardo, una soluzione connotata da sano realismo è quella ora prospettata da R. Cherchi, favorevole al riconoscimento graduale del diritto di voto, in ispecie facendone godere lo straniero soggiornante nel nostro Paese da un certo numero di anni e che abbia presentato istanza di pre-naturalizzazione, il c.d. *intending citizen*.

Ora, si segua, o no, un criterio di progressiva acquisizione, a me pare comunque che l'esito debba pur sempre essere quello sopra prefigurato, senza alcuna discriminazione tra i soggetti parimenti residenti in modo stabile nel territorio dello Stato, come tali a buon titolo in egual misura portatori di diritti e gravati di doveri (specie di solidarietà), persino – ha, come si sa, di recente dichiarato la giurisprudenza costituzionale ([sent. n. 119 del 2015](#), largamente annotata) – del dovere che più di ogni altro è tradizionalmente considerato legato a filo doppio allo *status* di cittadino, quello di difesa della patria.

Per un altro verso, poi, negli ordinamenti di tradizioni liberal-democratiche – i soli, come si viene dicendo, qui interessanti – è fuori discussione che i diritti di partecipazione politica siano (e debbano) essere comunque riconosciuti e tutelati: con riguardo ai “non cittadini”, se non nel nostro ordinamento (o in altri a questo similari), in quello di appartenenza dei soggetti in parola. D'altro canto, nel c.d. costituzionalismo “multilivello” (o, meglio, “interlivello”), è frequente il caso di diritti fondamentali riconosciuti in un certo ordinamento o sistema positivo (ad es., in quello dell'Unione o della [CEDU](#)) e non pure in altri, la cui cura può essere demandata ad organi (e, segnatamente, a giudici) diversi da quelli nazionali (per ciò che qui maggiormente importa, come si vedrà, a quelli europei). Ciò che solo conta, infatti, è che i diritti, se ed in quanto “fondamentali”, non restino sguarniti di garanzie e che i soggetti che ne sono portatori trovino comunque un luogo nel quale possano trovare ristoro per il caso che essi siano minacciati o offesi (di più: un ristoro ancora maggiore di quello che è alle volte loro dato nell'ordinamento di appartenenza, secondo quanto si vedrà tra non molto a riguardo del canone della massimizzazione della tutela che presiede alle dinamiche della normazione relativa ai diritti).

Tutto ciò posto, il problema definitorio che ora ci occupa non può dirsi, ad ogni buon conto, risolto attingendo alla formula dell'art. 36, sopra cit., bensì, piuttosto, viene ad esser spostato in avanti. Perché si tratta allora di sapere qual è il significato da assegnare ai due termini che qualificano l'esistenza umana secondo la formula stessa, in ispecie si tratta di stabilire cosa sia la dignità, alla quale – come si viene dicendo – i diritti danno voce e pratico senso, ponendosi in funzione nei suoi riguardi servente. Un problema, questo, micidiale, da far davvero tremare – per dirla col Poeta – le vene e i polsi, su cui – come si sa – si sono cimentati sin dall'antichità i massimi pensatori senza tuttavia riuscire a mettersi neppure sommariamente d'accordo. In fondo, se ci si pensa, proprio sui concetti elementari, di base, della teoria e della pratica giuridica, quali quelli di diritto (in senso sia soggettivo che oggettivo) o di ordinamento o – per ciò che a noi più da presso importa – di Costituzione, si riscontra una varietà di accezioni tale che tra alcune di esse è dato riscontrare una distanza incolmabile. E, invero, le divergenze dei punti di vista sono alle volte talmente accentuate da rendere problematico anche solo rinvenire un minimo comune denominatore, una base sia pure generalissima, cui far riferimento in sede di risoluzione del problema definitorio.

Lo spazio oggi concessomi non mi consente di andare oltre il labile cenno appena fatto al riguardo; e non mi consente neppure di argomentare la tesi, nella quale da tempo mi riconosco, secondo cui nel tentativo di cogliere l'essenza della dignità (e così pure della libertà) occorre rifuggire tanto da un indirizzo metodico-teorico connotato da soggettivismo esasperato quanto da uno interamente ed in modo assorbente segnato da una piatta ed incolore uniformità.

Per l'uno, "dignitosa" sarebbe l'esistenza dell'uomo nel significato che al termine ciascuno di noi conferisce, di modo che la sua definizione risulterebbe esclusivamente rimessa alla piena ed insindacabile autodeterminazione della persona. A riguardo di quest'ultima, già in altri luoghi ho manifestato il convincimento che essa costituisca, di certo, un valore in sé e per sé, un valore fondamentale appunto, e che però non sia *tutto*, così come, *ex adverso*, non è, ovviamente, pensabile che sia *niente*. Se fosse vera la prima affermazione, logica vorrebbe – per restare alla indicazione di cui all'art. 36, I c., cost. – che ciascun lavoratore possa fissare in modo insindacabile la soglia adeguata ad assicurare a sé ed alla propria famiglia una esistenza "dignitosa". Un esito, questo, di tutta evidenza irragionevole (ed anzi irrazionale), che si confuta da sé e sul quale, dunque, non giova indugiare oltre. Di contro, occorre produrre ogni sforzo utile a far pervenire ad un'accezione oggettiva (o, meglio, *anche* oggettiva) del termine, che nondimeno non offuschi la naturale, incomprimibile vocazione di ogni persona a definire i propri progetti di vita e di poterli raggiungere, nei limiti consentiti dalle circostanze, in vista della compiuta ed appagante realizzazione della propria personalità.

Il vero è che ogni termine, per il solo fatto di essere contenuto in un enunciato linguistico positivo, aspira ad oggettivarsi, a caricarsi cioè di una generale valenza, nella quale i componenti la comunità organizzata possano riconoscersi. Ogni *convenzione linguistica*, d'altronde, una volta recepita in un documento normativo ha bisogno di convertirsi in una *convenzione positiva* a mezzo di una mediazione culturale che vede impegnati organi di apparato e soggetti, individuali e collettivi, esponenti della società. E così non può, dunque, non essere anche per la dignità o la libertà.

3. Il riconoscimento di nuovi diritti fondamentali in forza di consuetudini culturali diffuse nel corpo sociale e la centralità di ruolo che al riguardo è chiamata a giocare la legge costituzionale quale strumento primo e privilegiato al fine della loro razionalizzazione

Ci si deve, a questo punto, chiedere chi sia deputato ad operare il riconoscimento dei bisogni, di cui qui si discorre, ad operare cioè il riscontro del rapporto di strumentalità necessaria intercorrente tra gli stessi e il carattere libero e dignitoso della esistenza umana e come il riscontro stesso possa ovvero debba esser fatto. In breve, si tratta di stabilire quali siano gli strumenti e i luoghi a ciò adeguati.

Posseggo al riguardo una sola certezza; ed è che, se ad un solo soggetto o organo (non importa se legislatore o giudice o altro ancora) fosse riservato il monopolio di dare in sovrana solitudine il riconoscimento dei diritti in parola, allora l'organo o il soggetto stesso fatalmente si commuterebbe in un *potere costituente permanente* (aggiungo, riprendendo una qualifica altrove data, un *potere mostruoso*). La qual cosa, però, costituirebbe una contraddizione insanabile col carattere liberal-democratico dell'ordinamento, che naturalmente e necessariamente rimanda al plurale e libero confronto nella "società aperta degli interpreti" – per riprendere una nota elaborazione teorica –, plurimi essendo di conseguenza i luoghi in cui può maturare, con un concorso – come si vedrà a momenti – corale, il riconoscimento in parola.

Occorre tuttavia fissare il punto cui far specifico riferimento in questa sofferta, ma anche gratificante e talora persino esaltante, ricerca.

A mia opinione, al fine di apprezzare quali sono i bisogni elementari dell'uomo non può che volgersi lo sguardo alla società in cui gli uomini si riuniscono e decidono di vivere le loro esperienze di vita, alla *struttura* della società stessa, tentando appunto di cogliere ciò che è in essa diffusamente ed intensamente avvertito come necessario, indisponibile, qualificante – come si diceva – l'esistenza umana come "libera e dignitosa".

Ancora una volta – come si vede – si ha modo di toccare con mano come alcuni dati attinti dall'esperienza si convertano in dati giuridici, assurgendo a tratti identificanti i diritti fondamentali e, per ciò stesso, espressivi di una particolare "qualità di pregevolezza normativa" – se posso qui

riprendere una etichetta che ho affacciato nel mio primo studio monografico in tema di fonti – degli enunciati che li ospitano e vi danno voce e rilievo.

Il “fatto”, insomma, si fa diritto (qui, anzi, diritto al suo massimo grado, costituzionale), entrando a comporre il parametro e dandovi una “pregevole” qualificazione. La qual cosa, poi, rende ulteriore conferma della impossibilità di tenere rigidamente separati – come, invece, in applicazione esasperata della discussa legge di Hume, molte volte è stato (ed è) – fatti e norme, queste ultime esprimendo appunto nella loro struttura e possedendo nel loro statuto teorico *l’idea del fatto che si fa diritto* (considero quest’ultimo spunto particolarmente promettente interessanti esiti teorico-ricostruttivi e mi riservo, dunque, di riprenderlo in altro luogo).

Ora, fondamentali essendo i bisogni o diritti suddetti, fondamentali non possono che essere altresì le norme che li “riconoscono”. L’una cosa si specchia nell’altra, determinandone il complessivo, peculiare regime (ad es., secondo opinione corrente, che pure a mia opinione richiederebbe non poche né secondarie precisazioni teoriche, portando a considerare come insuscettibili di revisione gli enunciati costituzionali relativi ai diritti).

Così stando le cose, la qualifica in termini di “fondamentali” di alcuni bisogni non può prescindere da ciò che è diffusamente ed intensamente avvertito come tale dallo stesso corpo sociale, rendendosi visibile a mezzo di *consuetudini culturali di riconoscimento* di siffatto carattere. Solo che il corpo stesso, specie nel tempo presente, offre di sé un’immagine confusa ed appannata, ponendosi quale luogo di emersione di plurimi e confliggenti beni della vita o interessi suscettibili di dar vita a combinazioni mobili, continuamente cangianti in ragione dei casi.

Il rischio è, allora, quello che chi fa luogo al *riconoscimento* (in senso proprio) finisca con l’imporre la propria visione del mondo.

Cosa c’insegna al riguardo la storia? Per rispondere alla domanda dobbiamo andare alle radici del costituzionalismo liberale; e non occorre qui rammentare la centralità di ruolo storicamente avuto dalla scrittura costituzionale in funzione del riconoscimento (e, di conseguenza, della salvaguardia) dei diritti costituzionali.

La Costituzione, nella sua accezione invalsa negli ordinamenti di tradizioni liberali, è *in nuce* – come sappiamo – una Carta dei diritti (a tutti nota è la felicissima e ad oggi insuperata formula di cui all’art. 16 della Dichiarazione del 1789), chiamata a dare, a un tempo, certezze di diritto costituzionale in senso oggettivo e certezze dei diritti costituzionali; anzi, ad essere ancora più precisi, a dare queste ultime a mezzo delle prime, le quali hanno dunque la loro *ratio* immanente, il *fine* e il *confine* allo stesso tempo del loro essere ed operare, nei diritti.

Considero ancora attuale l’insegnamento che ci viene dalla storia; ed è per ciò che – come mi affanno a dire da tempo – lo strumento col quale dare, in prima battuta, il riconoscimento (nella sua ristretta e propria accezione) dei nuovi diritti non può che essere la legge costituzionale, vale a dire ciò che maggiormente somiglia alla Costituzione, pur non condividendone – come sappiamo – il titolo, esclusivo di quella, di essere filiazione immediata e diretta del potere costituente.

Torniamo allo statuto: questo è il principio-guida teorico che sta a base del complesso processo, i cui elementi costitutivi e le più salienti movenze si descriveranno a momenti, a mezzo del quale prende forma il riconoscimento dei diritti. Occorre, cioè, recuperare il senso più genuino e profondo del costituzionalismo delle origini; e, così come la Costituzione ha reso visibili (“riconosciuto”, appunto) i diritti fondamentali che hanno animato la resistenza al fascismo, ponendosi quindi a base dell’avvento della Repubblica, allo stesso modo oggi la legge costituzionale si propone come lo strumento privilegiato, il più adeguato a dare il *primo* riconoscimento dei nuovi diritti fondamentali (spiegherò a momenti cosa intendo col termine appena evidenziato).

Se ne ha che *la legge costituzionale è la forma più adeguata alla razionalizzazione delle consuetudini culturali diffuse nel corpo sociale a riguardo dei bisogni elementari di singoli e gruppi*, non foss’altro che per la ragione che essa è l’atto di autorità che può al meglio rispecchiare il carattere plurale della società e rendere testimonianza dei più larghi consensi tra le forze politiche rappresentate nelle assemblee in cui s’incarna quel valore democratico che, unitamente al lavoro, sta a base della

Repubblica. Garantisce, perciò, meglio della legge comune – perlomeno, secondo modello – una fedele ricognizione delle consuetudini suddette.

Più volte ho confessato di sentirmi fortemente a disagio davanti alla eventualità che si abbiano definizioni dei diritti fondamentali a colpi di maggioranza. Ciò che giudico sommamente pericoloso per la tenuta stessa del tessuto sociale, comportando il rischio del suo sfilacciamento, e per la salvaguardia della integrità della Costituzione (e della sua forza), che rischia essa pure di andare smarrita e dispersa. E, invero, fatico a digerire l'idea che su questioni cruciali, quali quelle riguardanti l'inizio o il fine-vita, possano aversi definizioni imposte a propria immagine e somiglianza e per il proprio tornaconto dai governanti di turno, quale che ne sia ovviamente il colore, quindi raccolte ed espresse da leggi comuni, che poi – e perché no? – da quella stessa maggioranza (e con lo stesso strumento ordinario di normazione) siano riviste sotto la pressione di congiunturali esigenze, anche a breve distanza di tempo assistendosi pertanto alla riscrittura da cima a fondo degli enunciati che danno forma a quelle definizioni.

Certo, anche la legge costituzionale può, *nei fatti* (se non pure, però, ad opinione mia e di molti, *secondo modello*), esser figlia della sola maggioranza del suo tempo, senza che sui suoi contenuti si abbia riscontro di quella condivisione con le opposizioni (quanto meno, con le più consistenti di esse) che la più avvertita dottrina giudica indisponibile.

Pure certo è che la stessa legge costituzionale può sbagliare, per eccesso o per difetto, nel rilevare i bisogni elementari dell'uomo, senza che poi – perlomeno il più delle volte – *di fatto* l'errore sia sanzionabile (remota è, infatti, l'eventualità che la disciplina al riguardo venga caducata dal giudice delle leggi sotto lo specifico aspetto ora in rilievo, mentre è verosimile che possa andare soggetta, seppur entro certi limiti, ad interpretazioni anche sensibilmente innovative e, laddove possibile, "sananti"). Come si vedrà a momenti, a questi inconvenienti, che meritano di essere fatti oggetto di attenta considerazione, può porsi almeno in parte rimedio attraverso l'opera della giurisprudenza, il cui ruolo in fatto di riconoscimento e tutela dei diritti fondamentali appare essere di centrale rilievo.

4. Il timore, di cui si è resa interprete una sensibile dottrina, che, per l'accezione di "diritto fondamentale" qui proposta, possano esserne sacrificati proprio i bisogni più intensamente avvertiti dalle voci minoritarie nella società ovvero che la qualifica data delle consuetudini suddette finisca col contraddire queste ultime, e gli argomenti invece spendibili a sostegno della proposta ricostruttiva qui affacciata

Ciò che però più conta tenere a mente è che la legge costituzionale è anche – come si diceva – strumento di autorità, di forza politica; anzi, è il massimo di tali strumenti. Il rischio è allora quello lucidamente paventato da M. Dani nel corso del nostro dibattito, che proprio i bisogni dei soggetti più deboli ed esposti, degli emarginati, delle voci minoritarie nella società risultino sacrificati da parte di chi è in quest'ultima maggioranza culturale ed è maggioranza politica in Parlamento, laddove potrebbe dichiararsi avverso al loro riconoscimento.

Il riferimento alle consuetudini, pur se meramente culturali e non pure positive, secondo la proposta teorica qui affacciata, può dunque portare all'esito di mettere il bavaglio davanti alla bocca di questi soggetti.

In un non dissimile ordine di idee anche G. D'Amico ha fatto notare che la consuetudine evoca l'idea della uniformità mentre la cultura quella della pluralità degli orientamenti e delle azioni: la formula da me prospettata darebbe quindi vita ad un autentico ossimoro. D'Amico, col consueto garbo che gli è proprio, non è stato così crudo ed esplicito nel suo appunto critico ma questa – a me pare – ne era la sostanza. Un ossimoro, però, che – in disparte quanto si dirà subito appresso – non è, per vero, affatto provato e, dunque, necessariamente ricorrente, sol che si pensi che, a fronte dei campi materiali, invero non poco estesi, in cui la cultura è attraversata da perduranti tensioni, oscillazioni e contrasti anche vistosi, se ne danno altri, non meno estesi, nei quali essa ha ormai trovato dentro di sé una indiscussa concordia (quante sono, d'altronde, le verità scientifiche ormai più non controverse?)

Chi dubita, ad es., che la terra non sia un disco piatto, come per un'antica credenza, o che resti immota mentre il sole le gira attorno? E, infine, sono più le questioni ormai definitivamente risolte ovvero quelle ancora aperte?).

Le obiezioni qui riassuntivamente rappresentate sono, ad ogni buon conto, serie, anzi molto serie, ma – sembra di poter dire – non insuperabili.

In primo luogo, va nuovamente richiamato il rapporto stretto, inscindibile, che si dà negli ordinamenti di tradizioni liberal-democratiche tra diritti fondamentali e Costituzione, questa non avendo senso senza quelli, e viceversa. La Costituzione, quale legge fondamentale dell'ordinamento, esprime una naturale vocazione alla stabilità ed alla certezza (e mi piace, al riguardo, qui ricordare un approfondito studio del mio compianto Maestro, T. Martines, in tema di dimensione temporale del diritto e dell'esperienza costituzionale): si pone, dunque, quale fattore di stabilizzazione ma anche di promozione e di rinnovamento, di trasformazione profonda della società secondo quella tavola di valori che dà senso all'etica pubblica repubblicana e che ha la sua sintesi espressiva più efficace nel II c. dell'art. 3. E, in fondo, se ci si pensa, *ogni* Costituzione è, a un tempo, una *Carta-bilancio* ed una *Carta-programma*, non necessariamente né esclusivamente – come un'antica dottrina riteneva – o l'una o l'altra cosa: una Carta, cioè, che raccoglie, “razionalizzandolo”, ciò che è frutto di esperienze consolidate nella struttura sociale ed allo stesso tempo di quest'ultima promuove la trasformazione e il vero e proprio rivolgimento all'insegna dei valori posti a fondamento e giustificazione dell'intero ordinamento.

Ora, il medesimo fine della stabilità e della certezza sta a base e giustificazione dell'adozione delle leggi costituzionali in genere, tanto più laddove – come nella proposta qui nuovamente affacciata – si volgano a dare voce ai nuovi diritti.

In secondo luogo, non qualunque pulsione emotiva di cui dovessero farsi espressione singoli o gruppi spontanei, anche i più eccentrici e bizzarri, rappresentata in termini di “diritto fondamentale”, può ragionevolmente pretendere per sé il riconoscimento come tale. È così, d'altronde, come si sa, anche per i diritti vecchi o vecchissimi: ad es., il diritto di libertà religiosa, che – non si dimentichi – è il primo dei diritti di libertà storicamente rivendicato dall'uomo, non può essere invocato da chi dovesse dichiararsi portatore – esaspero ora volutamente il discorso – di una nuova religione che ha nella bottiglia (magari riempita di buon vino...) il trascendente in cui si riconosce ed identifica, secondo quanto ha peraltro, con dovizia di argomenti, da tempo mostrato la più avvertita dottrina in tema di confessioni religiose.

Ancora una volta, decisivo e comunque imprescindibile è, dunque, il riferimento ad una consuetudine culturale di riconoscimento diffusa nel corpo sociale e radicata perciò in quest'ultimo sì da potersi fare parametro, ai fini e per gli effetti di cui agli [artt. 8, 19 e 20 della Carta](#).

Stabilità e certezza in ordine a ciò che è un nuovo diritto sono, pertanto, qualità indispensabili e strumentali all'affermazione della Costituzione quale “luogo” positivo espressivo di valori omnicondivisi. Dar spazio ad un soggettivismo esasperato ed incontenibile equivale ad alimentare un nichilismo costituzionale che, a conti fatti, si converte e risolve nella sostanziale *decostituzionalizzazione della Costituzione*.

In terzo e risolutivo luogo, rimane sempre a beneficio dei gruppi minoritari e dei singoli la risorsa dell'appello al giudice (europeo o nazionale, comune e, se del caso, per il tramite di questo, costituzionale), ancorato alla *coppia assiologica fondamentale* – come a me piace chiamarla – di libertà ed eguaglianza, per effetto del cui contestuale e sinergico operare i nuovi diritti hanno modo pur sempre di farsi largo e, sia pure alle volte imperfettamente e comunque gradualmente, affermarsi. E, invero, il giudice – è qui il cuore della questione ora discussa – può porsi, ed effettivamente non di rado si pone, non soltanto quale testimone e portavoce di consuetudini radicate nel tessuto sociale ma anche quale fattore di promozione e di orientamento di nuove consuetudini culturali, concorrendo perciò, talora risolutivamente, alla loro formazione e maturazione. Le stesse leggi, peraltro, laddove vengono alla luce a beneficio dei diritti, sono, a un tempo, sollecitate, per un verso, a conformarsi al “fatto” (qui, alle consuetudini culturali in discorso) e, per un altro, ad operare per la trasformazione del “fatto” stesso, *secondo valore*, secondo la efficacissima sintesi espressa dai due commi dell'art.

3: è in questa costante, consustanziale, tensione tra adeguatezza all'esistente e superamento dello stesso, in vista dell'affermazione della Costituzione *magis ut valeat*, che dunque si coglie ed apprezza l'orientamento assiologico-sostanziale dell'attività dei pubblici poteri in genere.

Ora, il ruolo "promozionale", in accezione assiologicamente qualificata, dei giudici viene ad essere particolarmente sottolineato proprio laddove dovesse tardare a venire alla luce la razionalizzazione legislativa (in forma costituzionale prima ed ordinaria poi): nel qual caso, le tensioni presenti nel corpo sociale vengono quindi naturalmente portate a scaricarsi sui giudici, obbligati assai di frequente – come si sa – ad un ruolo di "supplenza" (così è usualmente, con una certa approssimazione, chiamato) nei riguardi di una legislazione inerte o complessivamente carente.

Gli esempi che possono al riguardo addursi sono talmente numerosi da aversi davvero l'imbarazzo della scelta. E, dunque, si rammenti la triste vicenda Englaro o ciò che si è avuto in materia di procreazione medicalmente assistita per mano della giurisprudenza (comune e costituzionale), cui è da imputare il sostanziale rifacimento della legge 40 del 2004, ora per via interpretativa ed ora a mezzo di pronunzie ablative della Consulta. O, ancora, si rammenti quanto da tempo si ha in quel vero e proprio "universo", ad oggi largamente inesplorato, che è la famiglia (in larga accezione), in specie con riferimento alla tutela delle coppie omosessuali, di cui si sono in buona sostanza dovuti fare carico i giudici fino all'approvazione della recente legge n. 76 del 2016, la quale poi – è facile previsione già affacciata dai primi commentatori – obbligherà di sicuro i giudici stessi ad una faticosa opera di ricucitura di taluni disposti in essa contenuti lacunosi o di dubbia coerenza interna.

L'esempio del matrimonio tra persone dello stesso sesso è altamente indicativo di quanto si viene ora dicendo a sostegno della ricostruzione qui proposta.

Chi mi conosce sa che non credo che esso possa trovare spazio per affermarsi in base a quanto dispone la Costituzione vigente, secondo quanto ha peraltro al riguardo fatto ripetutamente notare la giurisprudenza costituzionale (spec. in [Corte cost. sentt. nn. 138 del 2010](#) e [170 del 2014](#)), e – a dirla tutta – è dubitabile che possa affermarsi persino giovandosi dello strumento apprestato dall'art. 138. Eppure, devo qui confessare di esser convinto che il giudice delle leggi potrà, prima o poi, cambiare idea, anche in difetto di una nuova e diversa disciplina costituzionale, dietro la spinta viepiù pressante di una risoluta e intraprendente giurisprudenza comune, nella quale peraltro si rispecchia una vigorosa tendenza culturale presente nel tessuto sociale, di certo non scoraggiata dalla stessa giurisprudenza europea. Di modo che, quando sarà scritta la storia di questa ad oggi ingarbugliata vicenda, non potrà non riconoscersi il ruolo di prima grandezza esercitato dalla giurisprudenza nel raccogliere indicazioni e suggestioni venute dal corpo sociale, nei cui riguardi si è peraltro mostrata sensibile la recente legge sulle unioni civili e le convivenze, da cui potrebbe quindi venire la spinta al legislatore futuro perché faccia luogo a quella razionalizzazione della nuova consuetudine culturale favorevole al matrimonio in parola che giudico ad oggi incompiuta e che però potrà maturare appunto sotto la decisa pressione della giurisprudenza stessa.

Il rapporto intercorrente tra legislazione e giurisdizione è, ad ogni buon conto, complesso, connotato da fluidità di movenze e da incertezza dei possibili esiti. Alle volte, infatti, la prima precede, fonda e giustifica la seconda, com'è in fondo naturale che sia; altre volte, invece, quest'ultima precede e stimola l'altra, che poi a sua volta può sollecitare l'adozione di innovativi indirizzi giurisprudenziali ovvero portare alla correzione di vecchi. Ancora una volta, come si vede, il circolo produttivo, prima che al piano positivo, si apprezza e coglie a quello culturale.

Il circolo tuttavia alle volte non prende forma compiuta. Come, nuovamente, testimonia il caso Englaro, la giurisdizione è assai spesso obbligata a confrontarsi direttamente, *omisso medio*, con la Costituzione, dei cui principi fa – con ogni probabilità, *oborto collo* – applicazione diretta, a motivo dell'assenza di norme di legge, costituzionali e/o comuni, che diano visibilità ai nuovi diritti, corredandola della necessaria regolazione.

Non è questo, però, il contesto rispondente al modello, nella sua lineare ed essenziale conformazione, perlomeno per l'idea che di esso sono venute facendomi nel corso di ormai pluridecennali riflessioni. Per il modello stesso, infatti, un ruolo di speciale rilievo va assegnato, a rimorchio e prolungamento della disciplina costituzionale, alla legge comune, in relazione sia ai

vecchi che ai nuovi diritti; un prolungamento che, nondimeno, come subito si passa a dire, è oggi chiamato a presentarsi in forme complessivamente diverse da quelle di un tempo.

5. Il problema della tutela dei diritti fondamentali

5.1. Duttilità strutturale, carente tipizzazione e mutua complementarietà degli atti dei pubblici poteri, leggi e sentenze, al servizio dei diritti

Si pone, a questo punto, la questione relativa al modo con cui si connotano le pubbliche funzioni (e gli atti che ne sono espressione) nel tempo presente.

I fattori ai quali si è fatto cenno in esordio di questa riflessione, con riguardo alle cause di maggior rilievo che hanno portato ad un'autentica proliferazione di nuovi diritti fondamentali (o rappresentati come tali), stanno altresì, di conseguenza, a base della caratterizzazione complessiva degli atti dei pubblici poteri, specificamente laddove si volgono ad apprestare riconoscimento e tutela ai diritti.

E così lo sviluppo scientifico e tecnologico, per un verso, e la complessità sociale, per un altro, con la pluralità delle voci culturali presenti nel corpo sociale, spingono naturalmente per un'accentuata e diffusa duttibilità di struttura degli atti chiamati a darvi ascolto. Non a caso, sempre più di frequente le discipline legislative si dotano di previsioni essenziali, *per principia*, così come le stesse pronunzie dei giudici costituzionali (ed a questi vanno in misura crescente somigliando anche le Corti europee, esse pure dunque ponendosi come *materialmente costituzionali*, al pari delle Carte di cui sono garanti) non di rado esibiscono parimenti una struttura fatta a maglie larghe, esprimendo principi che quindi si consegnano, a un tempo, al legislatore e, per l'istante, ai giudici comuni per la loro opportuna *specificazione-attuazione* (e non, dunque, la mera *applicazione*) in relazione ai casi. Le decisioni-pilota della Corte europea e le additive di principio del giudice costituzionale danno emblematica testimonianza di questa tendenza che va sempre di più ramificandosi e radicandosi nel terreno in cui maturano le esperienze dei diritti, specie di quelli che attengono a questioni eticamente sensibili.

La duttibilità strutturale degli atti porta, poi, a rendere sempre più fitti i collegamenti funzionali tra di essi intercorrenti: evidenza, cioè, il carattere parziale degli interventi posti in essere da ciascuno di essi e, per ciò stesso, la loro reciproca, naturale complementarietà. I principi hanno infatti bisogno delle regole al fine di potersi implementare in modo adeguato nell'esperienza, così come queste hanno bisogno di trarre luce ed ispirazione da quelli.

Come si è tentato di mostrare in altri luoghi, non di rado vengono infatti a formazione *catene di atti* (per ciò che maggiormente importa, di pronunzie dei giudici), convergenti al medesimo fine e, perciò, produttivi di un effetto unitario, che ovviamente nulla toglie al rilievo degli effetti imputabili a ciascuno di essi ma che li comprende e *quodammodo* trascende. Viene, cioè, a mettersi in moto una complessa manovra, che ha assai di frequente la sua spinta iniziale in ambito sovranazionale (segnatamente, presso la giurisprudenza europea, che nondimeno è spesso evocata in campo da operatori nazionali) e la sua naturale proiezione in ambito interno, laddove si riproduce e diffonde presso plurime sedi istituzionali, sollecitate a concorrere al perfezionamento della manovra stessa, affinché essa possa appunto sortire gli effetti sperati.

Non di questo soltanto però si tratta. Anche per il modo con cui gli atti si presentano in struttura e funzione, è parimenti frequente assistere alla loro sostanziale confusione, che mette in crisi dunque la loro vocazione alla reciproca tipizzazione, superata da molteplici e varie espressioni di mutua (e, non di rado, improvvisata ed approssimativa) sussidiarietà. Particolarmente vistoso si presenta il fenomeno con riguardo ai casi, ormai di pressoché quotidiano riscontro, in cui le decisioni dei giudici prendono il posto di leggi o del tutto mancanti o, comunque, largamente carenti. In congiunture siffatte, prende corpo una marcata torsione del principio della separazione dei poteri che, pur nelle forme peculiari e temperate di cui si riveste, secondo modello e più ancora secondo esperienza, nel tempo presente, resta nondimeno un punto fermo (anzi, *il* punto fermo) al quale ancorare la speranza

di poter salvaguardare il valore democratico, la stessa idea di Costituzione, evocata – come si rammentava – dall’art. 16 della Dichiarazione del 1789, i diritti fondamentali, che in un contesto siffatto non hanno (non *possono* avere) né presente né futuro.

Ora, se e quando il fenomeno resta contenuto entro una certa soglia può essere tollerato ed assorbito, considerato appunto quale lo specchio dei tempi, una delle più attendibili testimonianze del modo complessivo di essere e di divenire dello Stato costituzionale e di operare degli attori istituzionali in esso presenti.

Il punto è, però, che la soglia suddetta non poche volte viene ad essere varcata; e l’operazione riceve – come si sa – fin troppo benevolo avallo da parte degli organi di garanzia o, addirittura, si deve proprio alla mano di questi ultimi, che nondimeno si fanno cura di mascherarla abilmente.

Sta di fatto che la duttilità strutturale degli atti appare essere, comunque, necessaria; tant’è che, quando fa difetto, viene non di rado imposta a forza (si pensi, ad es., ai non pochi casi in cui la flessibilizzazione dei disposti legislativi si ha a mezzo di pronunzie manipolative del giudice costituzionale).

La complementarietà dei ruoli mostra, dunque, il carattere approssimativo della tesi, come si sa largamente circolante, secondo cui lo Stato si sarebbe ormai trasformato (forse, irreversibilmente) presentandosi appunto quale “giurisdizionale”.

Avverto di rifuggire, in generale, dalla moda delle etichette che, quando va bene, fatalmente colgono solo una parte di vero, appiattendo e riducendo esperienze che in realtà hanno in sé complessità di tratti, fluidità degli elementi costitutivi, uno spessore che va ben oltre la crosta del fenomeno rappresentato. Se tuttavia volessimo dare un’idea di come stanno al riguardo le cose, dovremmo allora concludere nel senso che si ha (o, meglio, *dovrebbe* secondo modello costantemente aversi) uno *Stato che è, a un tempo, legislativo e giurisdizionale*, non solo l’una cosa ad esclusione dell’altra.

Con ciò, ovviamente, non si ha a cuore di coprire (o di prestare avallo a) talune espressioni della pratica giuridica connotate da eccessi e complessive torsioni del figurino costituzionale. Non occorre tuttavia pervenire alla sponda opposta di ripudiare l’intera esperienza sol perché si hanno talune sue espressioni, per l’uno o per l’aspetto, censurabili.

5.2. Il c.d. “dialogo” tra le Corti, il “metaprincipio” della massimizzazione della tutela che ne orienta e governa le movenze, i rischi per la certezza del diritto che, secondo una critica ricorrente, il suo accoglimento farebbe correre e i positivi effetti invece per il suo tramite raggiungibili, specificamente per ciò che attiene alla certezza dei diritti (e cioè alla effettività della loro salvaguardia)

In questo quadro, il c.d. “dialogo” tra le Corti – termine che seguito a considerare improprio e, nondimeno, evocativo di una realtà composita, bisognosa di molta attenzione e adeguata chiarificazione – acquista centralità di posto, ponendosi quale passaggio obbligato non solo per l’ottimale tutela dei diritti ma, alle volte, a motivo della latitanza del legislatore, ancora prima (e di più) per il loro stesso riconoscimento.

Il dialogo è strumento multiuso: si presta tanto al rinnovamento degli indirizzi giurisprudenziali quanto alla loro stabilizzazione. Ed è strumento che ha altresì doppio volto, rendendo testimonianza sia di divergenze e sia pure di convergenze. “Dialogare”, infatti, come si è precisato altrove, non vuol dire necessariamente essere d’accordo, l’importante però è capirsi; e, comprendendosi, alla lunga, la spinta più vigorosa, espressiva delle maggiori tendenze, è proprio quella – a me pare – per il secondo piuttosto che per il primo corno dell’alternativa. E non può, invero, al riguardo non riconoscersi ed apprezzarsi lo sforzo, già al presente tangibile, prodotto dalle Corti al fine di accorciare – fin dove possibile – la distanza tra le rispettive posizioni piuttosto che per allungarla.

Ci si deve a questo punto chiedere se si diano in Costituzione indicazioni in ordine al modo corretto, lineare, di svolgersi del dialogo, segnatamente tra le Corti europee e quelle nazionali.

La questione è, *in nuce*, di teoria della Costituzione.

Chiarisco il mio pensiero muovendo da due dati, l'uno inconfutabile, l'altro invece oggi accesamente discusso.

Il primo è che la Costituzione non detiene ormai più, così come invece un tempo, il monopolio del riconoscimento dei diritti fondamentali, che – come si è già rammentato – condivide con altre Carte di origine esterna (per ciò che qui maggiormente importa, la [CEDU](#) e la [Carta dell'Unione europea](#)). La qual cosa, poi, la dice lunga circa la possibilità di mantenere così com'è uno schema risalente che vede nella Costituzione stessa la più genuina, immediata ed esclusiva espressione del potere costituente di liberale fattura.

Il secondo dato attiene alla struttura dell'identità costituzionale, quale risulta dai valori fondamentali dell'ordinamento visti nel loro fare sistema, una *struttura plurale*, dal momento che tra i valori in parola vi è anche quello dell'apertura verso l'alto e verso l'altro (e, segnatamente, la Comunità internazionale e l'Unione europea). Se ne ha, dunque, che, nel momento in cui l'ordinamento acconsente a limitazioni della propria sovranità – secondo la previsione dell'art. 11 della [Carta](#) – in funzione della salvaguardia della pace e della giustizia tra le Nazioni, non presta un servizio a qualcosa che è fuori dell'ordinamento stesso bensì proprio ad uno dei suoi valori fondamentali, di quei valori che appunto entrano a comporre la *nostra* identità, il nostro DNA costituzionale (segnalo qui nuovamente, e sia pure di sfuggita, la stranezza – tale, perlomeno ai miei occhi, appare – costituita dal fatto che, a giudizio della Consulta, la [CEDU](#) non gioverebbe alla causa della pace e della giustizia, ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 11; e ciò, malgrado si riconosca – [sent. n. 349 del 2007](#), p. 6.1. del *cons. in dir.* – che essa si pone quale “una realtà giuridica, funzionale e *istituzionale*”, come tale perciò rispondente al requisito della organizzazione, secondo la nota definizione datane da S. Romano, che la porterebbe diritto a godere della “copertura” del disposto costituzionale in parola).

Ci si intenda. Nessuno ha mai, giustamente, affermato che l'apertura in parola debba risultare incondizionata, *senza “se” e senza “ma”*. Né – mi preme qui chiarire, a scanso di taluni equivoci originati da affrettate letture fatte di alcuni miei scritti – ho mai pensato che le cose debbano andare proprio così, sol perché mi sono ripetutamente dichiarato contrario ad ammettere l'esistenza della categoria dei “controlimiti”. Di contro, ho più volte tenuto a precisare (e tengo qui a ribadire) che la composizione (non già delle *fonti* bensì) delle *norme* in sistema prescinda dalla loro provenienza e dalla loro forma (dalla *fonte*, appunto) e debba piuttosto risultare governata da (e puntare costantemente alla) ottimale realizzazione dei beni della vita costituzionalmente protetti (per ciò che qui più da presso importa, dei diritti fondamentali).

D'altro canto, tutte le Carte pretendono di poter valere se (ed in quanto) possano servire a questo scopo: è detto esplicitamente nell'art. 53 tanto della [CEDU](#) quanto della [Carta dei diritti dell'Unione](#) e risulta, a mia opinione con chiarezza, dalla stessa legge fondamentale della Repubblica, per la elementare ragione che è nell'idea stessa di Costituzione la sua vocazione alla massima affermazione possibile, in specie nei suoi valori di libertà ed eguaglianza (e, in ultima istanza, dignità), la *coppia assiologica fondamentale* – come si è veduto – che dà senso agli stessi principi fondamentali restanti, piegati a darvi il più adeguato servizio in ragione dei casi.

Di qui, l'eventualità che, in uno di tali casi, le norme di origine esterna possano recedere davanti a norme interne, pur mostrandosi rispettose dei principi di base dell'ordinamento (dei “controlimiti”, appunto), così come però (ed all'inverso) potrebbero prevalere pur se contrarie a questo o quel principio fondamentale, ove risultino ancora meglio attrezzate delle norme nazionali a servire al meglio la tavola dei valori costituzionali nel loro fare “sistema”, vale a dire a portare alla ottimale affermazione della tavola stessa nell'esperienza, all'esito di un'operazione di ponderazione assiologica che verifichi se sia da preferire la “situazione normativa” – come a me piace chiamarla – *con* ovvero *senza* il vigore delle norme esterne.

Nessuna fonte, pertanto, è incondizionatamente prescrittiva, neppure la Costituzione; tutte, di contro, lo sono secondo i casi ed alla luce dei valori, potendosi affermare laddove dimostrino di

essere culturalmente meglio attrezzate di altre, avendo da offrire sul mercato dei diritti la merce migliore, la più adeguata ai bisogni di cui si chiede appagamento.

Insomma, nessuna eventualità può essere in partenza scartata, per un aprioristico convincimento d'ispirazione formale-astratta, l'esito dipendendo ogni volta dal modo con cui l'operatore di turno reputi che possano essere appagati al meglio i beni della vita costituzionalmente protetti, nel loro fare "sistema".

Il principio-guida, l'autentico "metapprincipio", siccome relativo al modo con cui i principi si pongono in reciproco rapporto, è quello, dietro accennato, della *massimizzazione della tutela*, dell'innalzamento massimo possibile del punto di sintesi tra i beni stessi.

Non a caso, la giurisprudenza costituzionale si mostra particolarmente insistente, specie negli ultimi anni, nel richiedere agli operatori (e, segnatamente, ai giudici) di prestare attenzione non al solo diritto di volta in volta in gioco bensì all'intero sistema dei beni della vita costituzionalmente riconosciuti. E, sempre non a caso, la giurisprudenza stessa, al fine del conseguimento della massima tutela possibile, sollecita a far luogo – perlomeno fin dove possibile – alla mutua integrazione delle Carte nei fatti interpretativi, per riprendere ora la felice indicazione data da Corte cost. con la [sent. n. 388 del 1999](#). Con il che si dà dunque ad intendere che le Carte possono giocarsi la partita alla pari e che ciascuna di esse ha da mettere in campo quanto di più e di meglio ha al fine dell'appagamento dei bisogni elementari dell'uomo sistematicamente considerati.

Il canone della miglior tutela – mi preme qui nuovamente rimarcare, dopo averne detto altrove – si pone, dunque, quale fattore, ancora prima della selezione della fonte maggiormente adeguata al caso, di *preorientamento interpretativo* delle Carte e della loro mutua e paritaria integrazione culturale, secondo l'indicazione data dalla pronunzia della Consulta sopra richiamata.

L'interpretazione, insomma, non è mai neutra bensì assiologicamente (pre)orientata. L'indicazione positiva al riguardo data dall'art. 53 della [Carta di Nizza-Strasburgo](#), in relazione al modo con cui questa chiede di essere intesa, possiede ed esprime una generale valenza di ordine metodico-teorico.

Perciò, il riconoscimento dato dalla singola Carta (Costituzione inclusa!) è obbligato a costanti mediazioni culturali con quelli date dalle altre Carte, in vista del conseguimento del fine appena enunciato.

È chiaro che, ambientate le relazioni tra le Carte (e le Corti che ne sono garanti) su un piano assiologico-sostanziale, siccome governate dal metapprincipio della miglior tutela, si corre il rischio non lieve di demandare a rapporti di forza tra le Corti stesse l'esito delle vicende processuali che s'impianzano e svolgono ogni volta che si faccia questione della salvaguardia di questo o quel diritto. Il rischio è, insomma, quello, più volte da molti denunciato, di una deriva soggettivistica che, a conti fatti, finirebbe col riproporre quello scenario inquietante, dietro già delineato, di fare della Corte più forte un *potere costituente permanente* e, per ciò stesso, di smarrire del tutto il bene irrinunciabile della certezza del diritto (qui, nella sua massima espressione, quale certezza del diritto costituzionale e dei diritti costituzionali).

Questa obiezione mi è stata mossa da più parti, specie in relazione ad una personale proposta ricostruttiva dell'ordine delle fonti (*rectius*, delle *norme*) che vado mettendo a punto da tempo, ragionando su varie questioni di diritto costituzionale, per il modo con cui le norme stesse si pongono davanti ai valori fondamentali dell'ordinamento (e, tra questi, principalmente a quello che vuole riconosciuti i diritti inviolabili dell'uomo, nel suo fare tutt'uno col valore di eguaglianza).

Trovo tuttavia singolare che chi nutre preoccupazione circa il triste destino che attenderebbe la certezza del diritto per effetto dell'adozione di criteri assiologico-sostanziali di sistemazione delle fonti (*rectius*, delle *norme*) e, in genere, di qualificazione dell'esperienza giuridica, non trovi nulla di strano a riguardo del quotidiano e diffuso utilizzo dei criteri stessi nei campi più varî ed a plurimi fini o effetti (si pensi, solo per fare i primi esempi che vengono in mente, alla teoria dei limiti alla revisione costituzionale, che porta a distinguere norma da norma in seno alla legge fondamentale della Repubblica, o ai limiti all'abrogazione popolare, specificamente laddove la relativa domanda investa norme idonee ad assicurare una "tutela minima" ai beni costituzionalmente protetti, o, ancora, al

modo stesso con cui dagli enunciati si estraggono le norme, l'interpretazione per sua natura svolgendosi su un terreno spianato da canoni di sostanziale fattura).

5.3. Il fondo di verità racchiuso nella critica di coloro che si mostrano preoccupati per la certezza del diritto e le opportunità offerte a quest'ultima al fine di potersi compiutamente affermare dotandosi di ancora più solide basi il "dialogo" tra le Corti a mezzo di una nuova e più adeguata razionalizzazione dei loro rapporti

Tutto ciò posto, è pur vero che le relazioni tra i giudici non possono essere per intero abbandonate a se stesse, di modo che il loro dialogo prenda forma secondo congiunturali improvvisazioni e grazie alla buona volontà di questa o quella Corte e di tutte assieme di darsi reciproco ascolto, portando a frutto le indicazioni che vengono da ciascuna di esse a beneficio dei diritti.

Per vero, alcuni canoni a base delle relazioni in parola non fanno già oggi difetto; e basti solo, al riguardo, pensare a ciò che ha rappresentato (e più ancora, verosimilmente, rappresenterà anche per l'avvenire) il meccanismo del rinvio pregiudiziale alla Corte dell'Unione. I compiti crescenti e sempre più gravosi che attendono già al presente (e di sicuro ancora di più attenderanno un domani) i giudici rendono chiara testimonianza del fatto che lo strumento in parola, seppur prezioso e suscettibile di essere portato ad ancora più feconde applicazioni, non è nondimeno sufficiente. La domanda imponente di appagamento di sempre nuovi bisogni è, già di per sé, la prova migliore della necessità di mettere ordine nel dialogo intergiurisprudenziale, senza comunque soffocarne la naturale vocazione ad esprimersi nei modi più varî in ragione della parimenti varia connotazione dei casi.

Il dialogo può, infatti, dimostrarsi strumento adeguato a dare certezze di diritto costituzionale e di diritti costituzionali, agevolando la formazione di orientamenti giurisprudenziali convergenti, solo a condizione che si apprestino basi positive sufficientemente solide sulle quali possa impiantarsi e svolgersi.

In astratto, possono al riguardo battersi due vie, senza nondimeno escludere che possano essere percorse entrambe con buoni risultati.

La prima è quella di una normazione eteroprodotta, l'altra quella di una autoprodotta.

Avverto subito di considerare più piana – perlomeno al presente – la seconda, che si affida a protocolli d'intesa tra le Corti in vista della soluzione "concordata" da dare ad alcune tra le più impegnative e spinose questioni. È questa la soluzione fatta propria di recente – come si sa – dalla Corte di Cassazione e dalla Corte EDU; e, a quanto pare, i primi risultati avutisi per effetto del protocollo tra di esse stipulato sono assai promettenti.

È poi da studiare attentamente l'eventualità che le Corti europee decidano in via di fatto (magari, in vista del consolidamento di una loro iniziale convenzione e della sua conversione in una vera e propria consuetudine) di consultarsi reciprocamente prima di pronunziarsi su determinate questioni, ferma restando la libera autodeterminazione conseguente al reciproco ascolto. Pur auspicando che quest'esito possa aversi – è da sperare, tra non molto –, confesso tuttavia di dubitare che esso sia raggiungibile per via di mero fatto, senza cioè poter poggiare su un documento normativo, sia pure di *soft law*, che ne agevoli il conseguimento. Ancora più salda, poi, la base in parola – e qui vengo a dire della prima via – qualora venisse delineata in un vero e proprio accordo di diritto internazionale, la cui formazione però comporterebbe una modifica dei trattati e, perciò, richiederebbe un consenso talmente largo da far dubitare che possa, perlomeno a breve, aversi. Eppure, specialmente nella prospettiva, per remota che ad oggi appaia, dell'adesione dell'Unione alla [CEDU](#), percorrere l'una o l'altra delle vie sopra indicate mi parrebbe sommamente opportuno; e, d'altro canto, il trattato di adesione in parola non potrà non prevedere una qualche forma di collegamento istituzionale tra le Corti europee.

La conclusione appena raggiunta può riproporsi con riguardo altresì ai rapporti con le Corti nazionali. Anche su questo versante, infatti, molto v'è da costruire al fine di dotare i rapporti stessi di basi adeguate all'impegno connesso al loro svolgimento.

Si pensi, ad es., alla eventualità di dar vita ad una sorta di rinvio pregiudiziale “discendente” – come lo si è altrove chiamato – che dia modo alla Corte dell’Unione di potersi pronunciare *causa cognita*, laddove a ciò adita, in merito a sospette violazioni da parte della normativa dell’Unione stessa nei riguardi dei principi di struttura degli ordinamenti nazionali, ai quali essa è – come si sa – obbligata dall’art. 4.2 del trattato di Lisbona a prestare rispetto. Mi pare evidente che il giudice eurounitario abbia al riguardo il suo specifico, illuminante punto di riferimento nel diritto vivente, quale affermatosi presso ciascun ordinamento nazionale, nel quale si converte e risolve il diritto costituzionale vigente.

Fermo questo principio, quest’autentica direttiva metodica d’azione, è poi da stabilire se sia sufficiente che la Corte dell’Unione prescelga da sé, senza alcun sussidio offertole in spirito di “leale collaborazione” dai giudici nazionali, la normativa nazionale giudicata espressiva dei principi di struttura cui fa richiamo l’art. 4.2, cit., oppure se sia doveroso ovvero opportuno che riceva al riguardo indicazioni dai giudici nazionali (e, poi, da quali? Dal solo tribunale costituzionale, quale interprete privilegiato, seppur ovviamente non esclusivo, dei principi in parola oppure anche dai giudici comuni, e segnatamente dal giudice della legittimità?).

Come si vede, si pongono non pochi né lievi problemi, anche di mantenimento di delicati equilibri istituzionali di diritto interno (segnatamente, tra la Corte di Cassazione e la Corte costituzionale), ai quali, per l’ipotesi ora ragionata, occorrerebbe far fronte.

Non sono tuttavia così ingenuo da pensare che la Corte dell’Unione possa accedere di buon grado all’ordine di idee di sottoporsi culturalmente – ché di questo, a conti fatti, si tratta – ad indicazioni dei giudici nazionali che comunque ne condizionerebbero, in maggiore o minore misura, l’operato. Eppure, una siffatta, ipotetica indisponibilità al “dialogo” coi giudici nazionali sarebbe, a mia opinione, un grave errore, un autentico difetto di miopia da correggere urgentemente: né più né meno di come lo è stato quello del nostro giudice costituzionale che fino a pochi anni addietro si è dichiarato indisponibile ad avvalersi dello strumento del rinvio pregiudiziale, in tal modo da se medesimo emarginandosi dal circuito in cui prende forma il dialogo intergiurisprudenziale e lasciando perciò campo libero ai giudici comuni. Ancora oggi, peraltro, la giurisprudenza in tema di doppia pregiudizialità, comunitaria (o, dovrebbe oggi dirsi, eurounitaria) e costituzionale, con l’ordine di precedenza al riguardo stabilito, finisce, a conti fatti, col tradursi in un arretramento da parte della Consulta dal campo in cui si gioca la partita tra i giudici nazionali e quelli dell’Unione.

Quand’anche, dunque, non si riuscisse a far luogo ad una modifica del trattato, delineando il percorso “discendente” in parola, ugualmente consigliereerei di estendere il “metodo” inaugurato dal protocollo d’intesa tra la nostra Corte di Cassazione e la Corte di Strasburgo a tutto campo, sì da comprendere tanto il fronte dei rapporti tra le due Corti europee quanto quello dei rapporti tra la Corte dell’Unione e il giudice della legittimità (ed altri giudici ancora, quali quelli amministrativi) ed anche – perché no? – lo stesso giudice costituzionale.

Miglioramenti si rendono, poi, necessari anche in merito allo strumento di consultazione di cui al prot. 16 allegato alla [CEDU](#), in ispecie valutando se sia il caso di concedere altresì ai giudici non di ultima istanza l’opportunità di interpellare la Corte europea e, ovviamente, corredando siffatta previsione di meccanismi di filtro idonei a preservare la funzionalità della Corte stessa già oggi minacciata dal suo... *ottimo rendimento*, testimoniato dalla crescita esponenziale delle cause portate alla sua cognizione (ad es., dando modo ad un collegio ristretto costituito in seno alla Corte di selezionare le domande meritevoli di esame). Proprio perché ha fatto cose egregie, la Corte potrebbe, dunque, non... *poterle fare più*, laddove dovesse continuare l’attuale *trend* di ricorsi. Un *trend* che, peraltro, rende esso pure testimonianza sia di quella fioritura di diritti, di cui si è venuti dicendo, sia di un’accresciuta sensibilità ormai maturata nel corpo sociale e tra gli operatori istituzionali per ciò che attiene al servizio che le Carte diverse dalla Costituzione (e, tra queste, appunto la [CEDU](#)) possono offrire al compiuto appagamento dei diritti.

6. Al tirar delle somme

Come, da chi e dove, dunque, sono riconosciuti e tutelati i diritti fondamentali?

Lo Stato costituzionale, tanto secondo l'originario modello risultante dalla [Carta](#) di cui la Repubblica si è dotata all'indomani della sua nascita quanto (e soprattutto) secondo i suoi più recenti sviluppi nell'esperienza, esibisce una struttura complessa, risultante da una pluralità di elementi attraversati da un moto incessante e portati a comporsi, scomporsi e ricomporsi in forme continuamente cangianti, in ragione dei casi e dei bisogni in essi emergenti. L'appagamento di questi ultimi e, prima ancora, la loro messa a fuoco e qualificazione richiede delicate e parimenti complesse operazioni cui sono chiamati a concorrere, a vario titolo e con varietà di effetti, attori dislocati a plurimi livelli istituzionali, esterni ed interni all'ordinamento statale, tra i quali s'instaurano equilibri essi pure mobili in ragione dei casi stessi e delle combinazioni di valore dagli stessi sollecitate a formarsi.

Questi equilibri non sono alle volte, in realtà, tali, in ispecie riscontrandosi in molte occasioni un ruolo fin troppo marcato dei giudici, da una diffusa opinione considerato invasivo dell'area materiale riservata al legislatore. Si trascura tuttavia che sono proprio talune vistose carenze che connotano l'operato di quest'ultimo a portare diritto all'esito suddetto, inevitabile se si ha a cuore di dare tutela a diritti e interessi in genere costituzionalmente protetti.

Il vero è che – come si è tentato di mostrare – nessuno può sottrarsi all'onere, sempre più gravoso ma anche non poco gratificante, di dare il proprio fattivo concorso all'appagamento dei bisogni elementari dell'uomo, un concorso che vede oggi impegnati con centralità di ruolo altresì attori istituzionali operanti in ambiti esterni, a partire dalle Corti europee: “luoghi” particolarmente ospitali per i diritti, nei quali questi ultimi assai spesso ricevono la loro iniziale, seppur immatura, conformazione, che nondimeno richiede di essere ulteriormente affinata e specificata in ambito interno, laddove pure plurimi attori istituzionali sono chiamati ad attivarsi e spendersi al servizio dei diritti. La messa a fuoco di questi ultimi è, insomma, una sorta di *work in progress*, che vede l'avvicinarsi di più operatori, secondo ordini di entrata in campo non precostituiti (anche se, secondo modello, la prima parola toccherebbe dire, come si è veduto, al legislatore, e segnatamente a quello costituzionale).

La comunità statale, in questo quadro qui molto sommariamente abbozzato, non si presenta come meramente passiva, destinataria di atti d'imperio, in forma di legge (o di altri documenti normativi) ovvero di sentenze, dotati di varia intensità prescrittiva ed estensione degli effetti. Di contro, laddove gli operatori tutti intendano il loro ufficio come un *munus*, un potere ma anche (e soprattutto) un dovere o un servizio da rendere alla collettività, è proprio a quest'ultima che è demandato il primo e più rilevante ruolo nella complessiva vicenda che porta alla maturazione ed affermazione dei diritti, in special modo appunto dei nuovi. È la comunità sociale, infatti, che – come si è tentato di mostrare – “produce” i diritti, col fatto stesso di dar vita a consuetudini culturali profondamente radicate nel tessuto sociale ed orientate appunto al loro riconoscimento. Ma il corpo sociale, negli ordinamenti di tradizioni liberal-democratiche, possiede una struttura “plurale”, naturalmente portata alla propria diversificazione interna, al perenne confronto culturale. Le voci minoritarie che in esso si esprimono non solo non possono (e non devono) essere sacrificate o mortificate ma, all'inverso, abbisognano di una speciale, privilegiata tutela, secondo la ispirata, efficacissima formula dell'art. 3, II c., nel suo fare sistema col I c. e, soprattutto, con l'art. 2 della [Carta](#).

Le consuetudini culturali, di cui qui si è discusso, non sono un *quid* d'immutabile (nulla, d'altronde, lo è...) che, una volta formato, si consegna alla generazione presente e a quelle a venire *sub specie aeternitatis*. Sono esse pure, al pari di ogni umana vicenda, soggette a continua verifica, a rinnovamento, a mutamento insomma. Nulla, dunque, ovviamente osta a che vengano alla luce nuove consuetudini, magari agevolate dai giudici e suscettibili, se del caso, di prendere il sopravvento sulle vecchie o che si aggiungano a queste, entrando a comporre e ad arricchire il patrimonio dei beni della vita costituzionalmente protetti.

Fermo restando che – come si è veduto – legislatore e giudici assai di frequente si alternano ovvero si sommano nel dare riconoscimento e tutela ai diritti, va tuttavia rilevato che, conformemente alla loro natura, *tendenzialmente la stabilizzazione delle consuetudini, di cui qui si è discusso, si afferma nel modo migliore per il tramite dell'opera del legislatore, il loro rinnovamento grazie all'opera dei giudici.* È pur vero, nondimeno, che le cose possono anche andare alla rovescia, da molti segni avendosi conferma (da noi come altrove) che – come si è fatto in altri luoghi notare – alle volte un sano diritto costituzionale non scritto (anche giurisprudenziale!) è foriero di maggiori certezze e di stabilità di un diritto mal scritto, ovvero che i ruoli istituzionali possono invertirsi, anche per l'aspetto cronologico. Ciò che, ad es., si ha laddove il legislatore innovi a pratiche giurisprudenziali anche consolidate o laddove siano proprio queste ultime a determinare il radicamento di nuove consuetudini in assenza o prima dell'intervento del legislatore (che ora non viene mai alla luce ovvero viene in essere con notevole ritardo, quando cioè la costruzione giurisprudenziale è già bell'e fatta).

Il quadro è, dunque, molto fluido, animato da spinte e contropinte di varia provenienza ed intensità, produttive di esiti parimenti varî, comunque non di rado precari.

La partita dei diritti, al tirar delle somme, rimane perciò sempre aperta; l'augurio è che comunque i diritti stessi riescano nel corso di essa a trovare (se non l'ottimale) un apprezzabile appagamento, nei limiti ed alle condizioni che la difficile (e, per molti versi, proibitiva) congiuntura del tempo presente consente.

Giorgio Grasso
Agenzie di rating e impatto sulle sovranità*

Abstract: this short article examines the sovereign credit ratings that is the credit rating released from credit rating Agencies where the entity rated or where the issuer of the debt or financial obligation is a State or a regional or local authority of a State or an international organization created by the State. During the financial and economic crisis sovereign credit ratings both in Europe and in Latin America shows deficiencies and some concerns for a lot of basic categories of constitutional law, because for example the publication of sovereign ratings or outlooks and the disclosure of rating changes affects the reliability of States, without any accountability of rating Agencies, even if the ratings have proven often to be inaccurate.

By using the provisions of the Article 5 of Regulation (EU) No 1060/2009, on the equivalence and certification based on equivalence, between credit rating Agencies, registered in the European Union and credit rating Agencies established in third countries, the article realized a first comparison with States like Argentina, Brazil and Mexico, with the aim to prove that there cannot be power without responsibility, and this also concerns the power of the most powerful actors in the age of globalization, like credit rating Agencies.

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Rating e Rating sovrano. – 3. Qualche spunto comparativo con le vicende Iberoamericane. – 4. La disciplina normativa di riferimento: cenni. – 5. L'equivalenza tra il quadro giuridico e di vigilanza europeo e quello dei Paesi terzi (Argentina, Brasile e Messico, in particolare). – 6. Agenzie di rating e costituzionalismo: controllo giurisdizionale e pubblicizzazione del rating sovrano. – 7. Cenni conclusivi.

1. Introduzione

Occuparsi di “Agenzie di rating e impatto sulle sovranità”, seguendo il titolo di questo contributo, costringe a ritagliare all'interno dei più generali problemi che pone l'attività di rating sul credito gli aspetti specificamente riferiti al rating sovrano e al rating delle finanze pubbliche, quello rivolto cioè agli Stati, alle autorità regionali e locali, alle istituzioni finanziarie internazionali, alle organizzazioni sovranazionali, agli enti pubblici, così come stabilito dalla normativa europea¹ e con poche, più sintetiche, varianti anche dalla normativa statunitense².

A voler essere molto netti, ragionare di rating sovrano, nella sua dimensione costituzionale, significa provare a riportare le Agenzie di rating dentro la cornice più autentica del costituzionalismo, inteso come limite all'esercizio del potere, nella necessaria corrispondenza tra il momento del potere e quello della responsabilità³.

* Relazione presentata al Convegno *Costituzione economica e democrazia pluralista*, L'Aquila, Chieti-Pescara, Teramo, 4-7 aprile 2016, con qualche successivo aggiornamento e con l'aggiunta di alcune note e dei riferimenti bibliografici utilizzati per la sua stesura. Destinata anche alla pubblicazione negli *Atti*, per i tipi dell'Editoriale Scientifica, Napoli, 2016.

¹ Questo elenco è contenuto in particolare nell'art. 6 del Regolamento delegato (UE) 2015/2 della Commissione del 30 settembre 2014, che integra il Regolamento (CE) n. 1060/2009 del Parlamento europeo e del Consiglio, per quanto riguarda le norme tecniche di regolamentazione per la presentazione delle informazioni che le Agenzie di rating del credito mettono a disposizione dell'Autorità europea degli strumenti finanziari e dei mercati.

² Nelle *Final Rules* adottate nell'agosto del 2014 dalla *Securities and Exchange Commission* statunitense si prevedono cinque classi di *credit ratings*, tra cui una rappresentata da «*issuers of government securities, municipal securities or securities issued by a foreign government*».

³ Su questo fondamentale profilo del costituzionalismo, applicato alle Agenzie di rating, vedi per primo C. PINELLI, *L'incontrollato potere delle Agenzie di rating*, in <http://www.costituzionalismo.it>, 2012, 2; vedi, inoltre, G. GRASSO, *Rating dei debiti sovrani e diritto costituzionale*, in *Quad. cost.*, 2015, 87-88 e *passim*. In quest'ultimo lavoro sono sviluppati molti temi che qui trovano solo una sommaria ricostruzione.

E, poiché questo scritto si colloca nell'ambito di un Convegno internazionale, promosso dall'Istituto Iberoamericano di Diritto costituzionale, tenterò di fare anche qualche prima considerazione comparativa tra le vicende europee e le vicende del Sud America in particolare, visto che, nella seconda fase della crisi economico-finanziaria, quella che ha investito il debito sovrano, le valutazioni effettuate dalle Agenzie di *rating* hanno certamente colpito il c.d. ventre molle dell'Eurozona, rappresentato da Stati come l'Italia, la Spagna, la Grecia, il Portogallo, non meno che Paesi dell'America Latina, con una situazione politico-istituzionale spesso in tensione tra grandissime prospettive di sviluppo e di crescita, da un lato, e la necessità, dall'altro, di risolvere gravi problemi di natura politica, economica, sociale.

Del resto, come vedremo, esiste un punto di convergenza tra i due livelli, quello europeo e quello del Continente sudamericano, rappresentato dalla normativa europea⁴, la quale si è preoccupata di stabilire regole per garantire il riconoscimento dell'equivalenza del quadro giuridico e di vigilanza, fissato per le Agenzie di *rating* insediate e registrate in Europa, nei confronti dei Paesi terzi, tra cui spiccano, per le nostre riflessioni, l'Argentina, il Brasile e il Messico.

2. Rating e Rating sovrano

La circostanza che io debba considerare il *rating* sovrano non mi esime dal compiere due brevi osservazioni sulla cornice normativa più generale che riguarda le Agenzie di *rating* del credito. Mi riferisco, da una parte, al problema della mancanza di concorrenza all'interno del settore delle Agenzie di *rating*, poiché le tre Agenzie "sorelle", *Standard & Poor's*, *Moody's* e *Fitch Ratings*, occupano almeno il novanta per cento del mercato mondiale, essendo molto difficile per altre Agenzie minori di *rating* entrare dentro quel mercato; e, dall'altra parte, alla circostanza, di facile constatazione, che le Agenzie di *rating* hanno ottenuto molto potere anche perché la normativa statunitense, quella europea e quella internazionale per lungo tempo hanno attribuito in modo esclusivo alle valutazioni e ai giudizi emessi dalle Agenzie di *rating* quello che è stato denominato il "valore regolamentare" del *rating*, capace di costituire quindi l'unico strumento per autorizzare, anche in base al punteggio ottenuto, la collocazione di un certo prodotto finanziario sul mercato. Soltanto la disciplina normativa più recente ha cercato di superare questo profilo di grande criticità, come si vedrà tra breve.

Ma perché il *rating* sovrano ha delle peculiarità, delle singolarità, che meritano l'attenzione dello studioso del diritto costituzionale?

Basti qui ricordare la circostanza che, proprio nel biennio 2011/2012, almeno in Europa, le Agenzie di *rating* hanno finito per declassare pesantemente i debiti sovrani di numerosi Stati europei, andando conseguentemente a incidere sull'indirizzo politico di quegli Stati, in ordine, per esempio, alla possibilità di compiere determinate scelte in tema di *welfare* e di politiche di protezione sociale o di adottare politiche di altra natura⁵.

Si è capito tardi che nei confronti del *rating* sovrano, rivolto agli Stati, dovevano valere regole diverse, ad esempio la regola secondo la quale, nel momento in cui un'Agenzia emette un *rating* non richiesto, non sollecitato, occorre effettuare una calendarizzazione, al fine di evitare, in particolare, che l'Agenzia possa dare "la pagella" agli Stati soprattutto nell'imminenza e/o in prossimità di un'elezione politica oppure nel frangente in cui uno Stato stia affrontando una delicata situazione di politica interna, al pari dei casi di una crisi politico-istituzionale. Analogamente, si è capito tardi

⁴ Si vedano l'art. 4, c. 3, del citato Regolamento n. 1060/2009, che disciplina le modalità con cui un'Agenzia di *rating* stabilita nella Comunità e regolarmente registrata possa avallare un *rating* emesso in un Paese terzo (c.d. *endorsement*), e soprattutto l'art. 5 del medesimo regolamento, che disciplina le modalità di equivalenza e di certificazione basata sull'equivalenza, per poter utilizzare nella Comunità i *rating* del credito in ordine a entità stabilite in Paesi terzi o a strumenti finanziari emessi in Paesi terzi e che sono emessi da un'Agenzia di *rating* del credito ivi stabilita, laddove in particolare non trovi impiego l'art. 4, c. 3, appena citato.

⁵ Per un resoconto, si veda G. GRASSO, *Rating dei debiti sovrani e diritto costituzionale*, op. cit., 95-98.

che era anche fondamentale impedire che le valutazioni sugli Stati avvenissero poco prima della chiusura delle contrattazioni della Borsa, perché ovviamente, nel momento in cui viene emesso un *rating* su uno Stato, quel *rating* si ripercuote anche su tutti gli investitori pubblici e privati che operano dentro lo Stato, per un naturale effetto di propagazione, oltre che per quel meccanismo di “*sovereign ceiling*”, per il quale il *rating* dell’emittente sovrano diventa il *rating* di riferimento per tutti gli strumenti finanziari di natura privata di quello Stato, esentando le Agenzie di *rating* dal valutare separatamente questi diversi prodotti finanziari.

A questi profili problematici soprattutto il diritto europeo ha cercato di dare qualche risposta, con il Regolamento n. 462/2013, che modifica il Regolamento n. 1060/2009, del quale si dirà tra poco.

3. Qualche spunto comparativo con le vicende Iberoamericane

Proprio nell’ottica della comparazione a cui facevo cenno in precedenza, è utile dare conto brevemente di una serie di note, *rating* e valutazioni prospettiche (*outlook*) che, soltanto nel corso dei primi mesi del 2016, le tre Agenzie di *rating* hanno adottato nei confronti di alcuni Paesi dell’America Latina e dell’America Centrale⁶.

Così agli inizi di marzo del 2016, si può segnalare un *rating* molto duro di *Moody’s* nei confronti del Venezuela, motivato in particolare dal crollo del prezzo del petrolio, risorsa fondamentale per l’economia del Paese, da un’inflazione arrivata a livelli percentuali elevatissimi, dalle deboli risposte della politica, con un Paese considerato, conclusivamente, ad alto rischio di *default*.

Le vicende brasiliane, prima dell’*impeachment* contro la Presidente Dilma Rouseff, con tutta una serie di *rating* (ancora di *Moody’s*, nel caso di specie), dove si sottolinea che, di fronte alla grave crisi politica⁷ ed alla questione della corruzione, «le sfide del Brasile richiederebbero una significativa e forte volontà politica», anche con un accordo tra Governo e Congresso, per poter incidere, per esempio, con riforme sull’età minima delle pensioni e sulla flessibilità fiscale. Ma la debolezza del sistema politico impedisce che queste riforme possano essere portate avanti in modo solido e, quindi, l’*outlook* fornito dall’Agenzia di *rating* è di segno negativo⁸. Nella fase politica successiva, poi, alla sospensione della Rouseff, restano comunque molte incertezze e le proposte di riforma annunciate dal Presidente Temer, in particolare in campo fiscale, che potrebbero essere favorite da una migliore collaborazione tra Presidente e Congresso, impossibile sotto la Presidenza Rouseff, sembrano non convincere sino in fondo ancora *Moody’s*, che in una nota di fine maggio 2016 parla di un lungo e arduo processo da compiere.

Quanto al Messico, che insieme al Cile e al Perù si vede riconosciuti in America Latina i *rating* più elevati, si può qui citare un *rating* non troppo soddisfacente di *Moody’s*, in cui si parla di una crescita lenta, anche per il basso prezzo del greggio, e di una difficoltà di portare avanti delle riforme del tutto adeguate, tanto che l’*outlook* prospettico passa da stabile a negativo⁹.

Infine il caso argentino, esemplare, nel contesto delle osservazioni che sto svolgendo, perché l’elezione del nuovo Presidente Mauricio Macri, nel novembre del 2015, è ritenuta da parte delle Agenzie di *rating* (sia da *Standard & Poor’s* sia da *Moody’s*) come un elemento che dà forte credibilità al Paese e, se il *rating* argentino resta molto basso, l’*outlook* prospettico va finalmente in una

⁶ Tali informazioni sono state reperite, in particolare, consultando i siti internet delle tre Agenzie “padrone” del mercato, laddove si è trattato (e non è certo la regola...) di dati, note e *report* liberamente accessibili.

⁷ Sulla quale vedi anche J. CERQUEIRA CESAR, *Democracia real e Democracia Formal*, Relazione orale al Convegno *Costituzione economica e democrazia pluralista*, L’Aquila, Chieti–Pescara, Teramo, 4–7 aprile 2016, di cui si pubblicano ora gli Atti.

⁸ Il *rating* da cui sono tratte le citazioni è del 24 febbraio 2016. Appena dopo, però, in un *report* del 16 marzo 2016, in cui si dà conto comparativamente anche di altri Paesi sudamericani, *Moody’s* evidenzia che «*Brazil’s sovereign risk falls even as the economy falters*».

⁹ Il *rating* citato è del 31 marzo 2016. In una successiva nota del 28 aprile, ancora *Moody’s* conferma questa relativa difficoltà del Messico, le cui prospettive risultano appunto indebolite.

direzione positiva¹⁰. Si sostiene tra l'altro che con questa elezione si possa risolvere il grave conflitto con i creditori internazionali, con aperture nei loro confronti, in funzione della completa estinzione del debito maturato dallo Stato sudamericano¹¹, in un clima di fiducia che porta le due Agenzie di *rating* ad affermare che per l'Argentina possano esservi le condizioni per un ottimo sviluppo¹².

4. La disciplina normativa di riferimento: cenni

Volgendo rapidamente lo sguardo alla normativa statunitense sulle Agenzie di *rating*, occorre rilevare come la prima disciplina giuridica sul punto sia risalente al 2006, mediante il “*Credit Rating Agencies Reform Act*”, modificato nel 2010 per mano del “*Dodd Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act*”. Dopo aver preso atto delle mancanze e delle responsabilità delle Agenzie di *rating* durante l'inizio della crisi finanziaria, quest'ultimo testo normativo ha cercato, in particolare, di incidere su due aspetti piuttosto critici della materia: per un verso, il conflitto di interessi tra Agenzie di *rating*, le c.d. NRSROs (*Nationally Recognized Statistical Rating Organizations*), e i soggetti pubblici o privati che vengono da queste valutati; per l'altro verso, l'affidamento esclusivo che tutti gli investitori che agiscono dentro il mercato hanno nei confronti delle Agenzie di *rating*, per cercare di ridurre e poi superare quella meccanicità, quella automaticità del *rating* del credito di cui parlavo poco sopra.

Ma la vera preoccupazione della normativa statunitense del 2010 rimane quella di meglio circoscrivere il *rating* sui prodotti finanziari strutturati, che tante lacune ha mostrato negli anni della crisi.

Quanto alla disciplina europea, essa era contenuta inizialmente nel Regolamento del 2009, già ricordato, poi modificato dal successivo Regolamento n. 462/2013. Questo secondo testo ha avuto il merito, più di ogni altra normativa di settore, anche di *soft law*¹³, di isolare nella più ampia regolamentazione del *rating* del credito i profili tipici del *rating* sovrano, anche per ridurre l'affidamento esclusivo e automatico al *rating* del credito,

In che modo ciò è stato opportunamente fatto? Insistendo, in particolare, su tre aspetti davvero decisivi: la calendarizzazione del *rating* sovrano, cui si è già fatto cenno; l'obbligo di comunicare agli Stati i *rating* sovrani, con un preavviso di almeno ventiquattro ore, in modo che gli Stati siano preventivamente informati e possano in qualche modo già sapere a che cosa andranno incontro; infine, il divieto posto nei confronti delle Agenzie di *rating* di dare suggerimenti politici, di esprimere considerazioni politiche su che cosa gli Stati debbano o non debbano fare. L'esame delle vicende politiche, gli elementi di crisi politico-istituzionale di questo o di quel Paese possono certamente essere utilizzati, ma solo al fine di motivare, di giustificare il *rating* emesso, piuttosto che l'*outlook* adottato. Le Agenzie non possono dire agli Stati quale debba essere la linea di indirizzo politico che essi devono perseguire, per ottenere un miglioramento della loro situazione o per “guadagnare punti” in riferimento alla loro credibilità, dinnanzi ai mercati e agli investitori istituzionali¹⁴.

¹⁰ I *rating* citati sono del 24 novembre 2015 e del 17 dicembre 2015, per ciò che riguarda *Moody's*, e degli inizi di febbraio 2016, per ciò che riguarda *Standard & Poor's*.

¹¹ Sottolineato anche da P. Acconci, *Investimenti, negoziati del TTIP e “Right to Regulate”*, Relazione orale al Congresso *Costituzione economica e democrazia pluralista*, L'Aquila, Chieti-Pescara, Teramo, 4-7 aprile 2016, di cui si pubblicano ora gli Atti.

¹² In un successivo documento del 15 aprile 2016, il *rating* di *Moody's* è alzato da Caa1 a B3, sulla base di due differenti *driver* positivi per la credibilità del Paese, riguardanti la soluzione positiva di tutti i procedimenti giurisdizionali pendenti con i creditori, anche per l'approvazione di un provvedimento legislativo apposito, e l'aspettativa di miglioramenti della politica economica dell'Amministrazione Macri.

¹³ Da quella americana appena menzionata, al *Code of Conduct Fundamentals for Credit Rating Agencies*, approvato in sede di International Organizations of Securities Commissions (IOSCO) nel marzo del 2015, sino alla disciplina adottata dal G20 nel 2010.

¹⁴ Per una ricognizione della normativa europea su questo punto, si rinvia a G. GRASSO, *Rating dei debiti sovrani e diritto costituzionale*, op. cit., 103 ss.

5. *L'equivalenza tra il quadro giuridico e di vigilanza europeo e quello dei Paesi terzi (Argentina, Brasile e Messico in particolare)*

Come accennavo agli inizi di queste note, il momento di massima convergenza, relativamente al *rating*, tra la prospettiva europea e la prospettiva Iberoamericana è certamente rappresentato da quella disposizione del Regolamento n. 1060 del 2009, l'art. 5, che permette di riconoscere un quadro giuridico equivalente per le Agenzie di *rating* dei Paesi terzi. Tra la decina di Stati ai quali è stata riconosciuta questa "certificazione di equivalenza", risalente al biennio 2012–2014, ci sono tre Paesi del Sud o Centro America, il Brasile, l'Argentina e il Messico¹⁵, insieme per esempio agli Stati Uniti d'America, ad Hong Kong, all'Australia.

In base a tale riconoscimento, fondato sulla sussistenza di tre diverse condizioni¹⁶, sono stati, poi, adottati degli Accordi di cooperazione e di collaborazione tra l'Autorità europea degli strumenti finanziari e dei mercati (ESMA) e le corrispondenti autorità nazionali che si occupano del controllo, della regolamentazione e della vigilanza sulle Agenzie di *rating* nazionali.

Quale è l'elemento, non del tutto soddisfacente, di questa progressiva integrazione tra regolamentazione europea e regolamentazione dei Paesi terzi, dove la seconda sembra convergere sul modello della prima¹⁷? Dal riconoscimento dell'equivalenza del quadro normativo dei tre Paesi qui in esame, restano fuori proprio le disposizioni del Regolamento del 2013 che, modificando il testo del 2009, riguardano in modo specifico le condizioni in cui si deve effettuare il *rating* sovrano, il che significa che quelle norme europee più stringenti che vanno a circoscrivere l'esercizio del *rating* sovrano non sono state considerate equivalenti dal punto di vista del regime giuridico di questi tre Stati¹⁸.

6. *Agenzie di rating e costituzionalismo: controllo giurisdizionale e pubblicizzazione del rating sovrano*

Cosa fare per ricondurre, come prefiguravo poco sopra, le Agenzie di *rating* dentro i binari del costituzionalismo, quello che, come è stato ricordato anche nei lavori del nostro Convegno¹⁹, rimanda ancora all'art. 16 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789?

Due vie sembra si possano utilmente percorrere: la prima è quella del ricorso in via giurisdizionale, nel senso dell'esistenza di una responsabilità civile e penale delle Agenzie di *rating* che si può

¹⁵ Si vedano tre Decisioni di esecuzione della Commissione del 28 aprile 2014, sul riconoscimento dell'equivalenza del quadro giuridico e di vigilanza ai requisiti del Regolamento n. 1060/2009, riferite rispettivamente a Brasile, Messico e Argentina. Ciascuna di queste Decisioni entra nel dettaglio della disciplina normativa dei tre Paesi e di alcune loro prassi, per verificare se le condizioni richieste dal Regolamento europeo, affinché il quadro giuridico di un Paese terzo possa dirsi equivalente ai requisiti previsti dal Regolamento, siano effettivamente soddisfatte.

¹⁶ Nell'ordine: le Agenzie del Paese terzo devo essere registrate e/o autorizzate e sottoposte a un'efficace vigilanza e ad un'effettiva applicazione su base continuativa; le Agenzie devono poi essere soggette a norme giuridicamente vincolanti, equivalenti a quelle previste dalla normativa europea, con qualche eccezione di cui si va a dire nel testo, dovuta probabilmente alla revisione del Regolamento del 2009; le Agenzie, infine, devono svolgere la loro attività, senza che vi siano interferenze da parte delle Autorità di vigilanza o di altre Autorità pubbliche con il contenuto dei *rating* del credito e delle relative metodologie.

¹⁷ Sul punto anche N. MOLONEY, *EU Securities and Financial Market Regulation*, IIIrd ed., Oxford, Oxford University Press, 2014, 681.

¹⁸ Tale regime ha riguardato anche Singapore e Hong Kong, che si sono visti riconoscere l'equivalenza del quadro giuridico sempre nel 2014, dopo l'entrata in vigore del nuovo Regolamento del 2013. Per altre giurisdizioni interessate dalla decisione di equivalenza (Giappone, Stati Uniti d'America, Canada e Australia), la procedura di riconoscimento si era già realizzata nel 2012, vigendo il vecchio Regolamento del 2009.

¹⁹ Si veda l'intervento orale di P. COSTANZO. Vedi, invece, con un'impostazione che sembra svincolare da quel tradizionale rimando, G. DI PLINIO, *Sovranità economica tra "democrazia" e "diritto"*, Relazione orale al Convegno *Costituzione economica e democrazia pluralista*, L'Aquila, Chieti-Pescara, Teramo, 4–7 aprile 2016, di cui si pubblicano ora gli Atti.

far valere dinanzi ai giudici. Su questo punto, lungamente si è ritenuto che ci fosse una specie di immunità per le Agenzie di *rating*; tale convinzione riposava nella dottrina e nella giurisprudenza statunitensi relative al I Emendamento, così da considerare i *rating* delle mere opinioni, coperte dalla libertà di manifestazione del pensiero. Più recentemente vi è stata però un'evoluzione di segno diverso, emblematicamente rappresentata da una sentenza australiana, che dimostra quanto siano globali i problemi di cui ci si sta occupando; si tratta di un *trial* del 2012, confermato in appello nel 2014 dalla Corte federale, la sentenza *Bathurst Regional Council vs. Local Government Financial Services Pty Ltd*, in cui si è affermata la responsabilità di *Standard & Poor's* per un *rating* negligente e, nondimeno, per un *rating* addirittura ingannevole²⁰.

Altra via, da esplorare, potrebbe essere quella di creare delle Agenzie pubbliche di *rating*. Qui il confronto tra Europa e Stati centro-sudamericani pare di nuovo di un qualche interesse, poiché a livello europeo è stato già sviluppato uno studio sulla possibilità di istituire un'Agenzia europea di *rating*, anche se una più recente Relazione della Commissione europea, datata autunno 2015, segnala che la valutazione pubblica alla fine risulta troppo costosa, forse utile solo ai piccoli investitori, perché i grandi investitori posseggono comunque strumenti per ricavare autonomamente un *rating* interno, complementare a quello delle Agenzie²¹. A livello del Continente sudamericano, con la grandissima difficoltà di poter paragonare l'ordinamento dell'Unione europea e gli ordinamenti delle organizzazioni regionali ivi esistenti (Mercosur, Unasur, Celac), l'idea di costituire un'Agenzia pubblica di *rating* che possa entrare nel mercato, ottenendo il riconoscimento negli Stati Uniti come NRSRO e potendosi qualificare come Agenzia di *rating* registrata in Europa e nell'America meridionale e centrale, potrebbe trovare un qualche varco²².

7. Cenni conclusivi

Come concludere queste brevi considerazioni?

Le Agenzie di *rating* sono uno dei numerosi poteri privati globali che, anche per effetto della crisi economico-finanziaria e, già prima, della mondializzazione dei mercati, hanno finito per prendere sempre più il sopravvento sui soggetti politici, gli Stati nazionali, così come le organizzazioni sovranazionali e internazionali. Mascherando enormi conflitti di interesse, le Agenzie spesso hanno “colpito nel mucchio” o sono state eccessivamente accondiscendenti, con grossolani errori di valutazione sulla tenuta di banche d'affari o sulla solvibilità di intermediari finanziari che di lì a poco sarebbero miseramente falliti; come se questo non bastasse, attraverso il loro *rating* sul debito sovrano o minacciando *downgrading* e *outlook* prospettici negativi nei confronti degli Stati, hanno fatto di parole come “credibilità sui mercati”, “affidabilità” e “buona reputazione” un surrogato delle forme di giustificazione del potere, che dovrebbero stare alla radice del funzionamento dei regimi democratici: ricorso alla competizione elettorale, come strumento di lotta per il potere, formazione di esecutivi sostenuti dalla fiducia dei Parlamenti o direttamente legittimati dal voto popolare, riconoscimento del ruolo rappresentativo delle Assemblee elettive e del principio della sovranità popolare.

²⁰ Per un efficace commento delle due decisioni, poderose e assai complesse, vedi ora A. SAHORE, *ABN Amro Bank NV v Bathurst Regional Council: Credit Rating Agencies and Liability to Investors*, in *Sydney Law Review*, 2015, vol. 37, 436 ss.

²¹ Vedi Relazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio (23 ottobre 2015) sull'opportunità di sviluppare una valutazione europea del merito di credito per il debito sovrano, che si conclude affermando che «in questo momento una valutazione europea del merito di credito del debito sovrano non appare né proporzionata né opportuna, ove la si analizzi alla luce delle esigenze degli investitori e dell'obiettivo di rimediare all'eccessivo affidamento ai *rating* esterni» (p. 20).

²² Per una proposta in questo senso, v. A. SERRANO MANCILLA, *Por una Agencia latinoamericana de Calificación de Riesgo*, in <http://www.celag.org/por-una-agencia-latinoamericana-de-calificacion-de-riesgo-por-alfredo-serrano-mancilla/>, 19 aprile 2015.

A lungo senza controllo e senza la previsione di adeguati meccanismi in grado di arginare la loro “onnipotenza”, le tre Agenzie dominanti sono diventate i veri poteri sovrani, almeno sino a quando la normativa statunitense ed europea, ricordata anche poco sopra, ha cominciato a fissare nuove regole e vincoli all’esercizio del loro potere e ha tentato di ampliare la concorrenza a un maggior numero di Agenzie²³; al contempo, sempre più forte è montata l’insofferenza contro di esse, da parte di quegli stessi esponenti politici, Presidenti, Primi ministri o Commissari europei, che fino a poco tempo prima lodavano la pretesa neutralità delle Agenzie²⁴.

Se il dato odierno porta a considerare il *rating* necessario, quasi fosse un bene costituzionale del quale realisticamente non è più possibile fare a meno, la lunga esperienza della crisi economico-finanziaria, come è stato detto da più parti, ha insegnato però che bisogna imparare a fare un po’ meno affidamento sui giudizi resi dalle Agenzie di *rating*²⁵, da queste Agenzie di *rating* almeno, ideando anche gli strumenti e i modi per fare valere sino in fondo tutta la responsabilità che consegue dal loro grande potere.

²³ Nelle citate *Final Rules* della *Securities and Exchange Commission*, considerando le dieci NRSROs registrate negli Stati Uniti d’America, emerge che *Standard & Poor’s*, *Moody’s* e *Fitch Ratings* “controllano” addirittura il 99% dei *rating*, riferiti alla classe dei *Government Securities*; solo nel settore dei *rating* sulle compagnie assicurative, *A.M. Best Company, Inc.* contende il mercato americano in posizione di forza alle tre “sorelle” del *rating* mondiale. Quanto alla normativa europea, il Regolamento n. 462/2013, per conseguire le finalità segnalate nel testo, stabilisce una durata massima del rapporto contrattuale tra l’emittente valutato e l’Agenzia di *rating*, l’obbligo di una rotazione regolare sui *rating* di certe attività e strumenti finanziarie e, infine, l’esistenza di un doppio *rating*, con il coinvolgimento di almeno una Agenzia di *rating* minore.

²⁴ Per esemplificazioni vedi G. GRASSO, *Rating dei debiti sovrani e diritto costituzionale*, op. cit., 97.

²⁵ In questo senso si era espresso, tra gli altri, il Governatore della Banca Centrale Europea Mario Draghi, in una audizione di fronte al Parlamento europeo, nel gennaio del 2012.

Giacomo Canale

Lo “spacchettamento”: una (inammissibile) ipotesi lesiva del legittimo affidamento dei promotori del quesito unitario

SOMMARIO: 1. *Premessa.* – 2. *La tesi della necessaria parzialità dei quesiti.* – 3. *La tesi tradizionale sull’unitarietà del quesito.* – 4. *La necessità dell’unitarietà del quesito come strumento di tutela del legittimo affidamento dei promotori.* – 5. *Osservazioni conclusive.*

1. Premessa.

In prossimità del termine¹ per la presentazione delle richieste di *referendum* confermativo sul testo di legge costituzionale pubblicato nella *Gazzetta Ufficiale* del 15 aprile 2016, c.d. riforma Renzi-Boschi², si è riaffacciata nel dibattito pubblico la questione del c.d. “spacchettamento”.

Si tratta, come noto, della discussa possibilità di prevedere più quesiti referendari contenutisticamente omogenei in luogo di un unico quesito sull’intero testo approvato. In particolare, questa iniziativa è stata rilanciata dai Radicali Italiani, tra i principali protagonisti del Comitato per la Libertà di Voto sul Referendum Costituzionale, che hanno promosso, sembra senza positivo esito³, una mobilitazione straordinaria per il raggiungimento del numero minimo di firme tra i parlamentari per la presentazione di cinque quesiti per parti separate del *referendum* costituzionale⁴, relativi ai seguenti argomenti:

- superamento del bicameralismo paritario;
- Senato non elettivo;
- voto a data fissa e decretazione d’urgenza;
- iniziativa legislativa popolare e *referendum* (che dovrebbe comprendere, anche l’abolizione del CNEL);

¹ 15 luglio 2016

² *Disposizioni per il superamento del bicameralismo paritario, la riduzione del numero dei parlamentari, il contenimento dei costi di funzionamento delle istituzioni, la soppressione del CNEL e la revisione del titolo V della parte II della Costituzione.*

³ Al momento in cui si termina questo scritto, l’ultimo aggiornamento disponibile sul sito di Radicali Italiani è una dichiarazione, in data 14 luglio 2016, sulle firme raccolte: «Mancano solo 25 firme per realizzare l’obiettivo che tutti vogliono, cioè: evitare il plebiscito pro o contro Renzi sul referendum costituzionale e aprire un confronto democratico nel merito della riforma perché gli italiani sappiano che cosa sono chiamati a votare. (...) È ancora possibile firmare in Senato, presso il servizio assemblea del segretariato generale, fino alle 20 di stasera o domani prima del deposito in Cassazione. Tra poche ore, dunque, scopriremo se tutti insieme avremo vinto questa battaglia di democrazia o se invece, anche tra le principali forze politiche, ci si sarà assunti la responsabilità di affossarla, negando così ai cittadini la libertà di voto e la garanzia che la procedura di revisione della Carta avvenga nel pieno rispetto della stessa Costituzione».

⁴ Al riguardo, sembra utile riportare integralmente la Dichiarazione dello scorso 13 luglio del segretario di Radicali Italiani, promotore del Comitato per la Libertà di Voto sul Referendum Costituzionale, per illustrare le argomentazioni a sostegno di questa iniziativa: «A 24 ore dalla scadenza dei termini per la raccolta firme, vogliamo per l’ultima volta sgombrare il campo da dubbi e falsità circolati anche nelle ultime ore sulla proposta di «spacchettamento» del referendum costituzionale. Votare per parti separate sui singoli aspetti della riforma è possibile e legittimo. Non lo sosteniamo soltanto noi, o il governo che anche oggi, nella persona del ministro Boschi, ha ribadito la fondatezza giuridica di questa soluzione. Lo sostengono i numerosi costituzionalisti ed ex giudici della Consulta che si sono espressi a favore della nostra proposta, definendola auspicabile per un voto libero e consapevole di cittadini altrimenti obbligati a dire soltanto Sì o No in blocco a una revisione costituzionale di portata storica. Come Radicali crediamo che sostenere lo “spacchettamento” sia anche doveroso per assicurare la correttezza della procedura di riforma, che con il quesito unico violerebbe il principio della libertà di voto previsto dalla Costituzione la cui regola suprema è la sovranità popolare. Sottoporre al vaglio della Cassazione la richiesta di referendum per parti separate permetterebbe, infatti, di verificare la legittimità costituzionale anche del “quesitone”. Ricordiamo che gli italiani hanno votato tre volte col Porcellum, prima che fosse dichiarato incostituzionale. Ecco perché lo “spacchettamento” è una garanzia per tutti: per i sostenitori del Sì e del No alla riforma e per tutti i cittadini che rischiano in essere esclusi da un momento di partecipazione alla vita democratica che dovrebbe invece vederli protagonisti. (...) C’è tempo fino alle 19 di domani per dare una firma tecnica sullo spacchettamento, dimostrando di voler davvero evitare plebisciti e personalizzazioni a favore di un confronto democratico nel merito della riforma. È una firma per la democrazia e per libertà di voto».

- rapporto Stato-Regioni (Titolo V).

La problematica non è nuova e, anzi, ha vissuto un recente momento di rinnovato dibattito scientifico e pubblico proprio nei primi mesi di quest'anno, in prossimità dell'approvazione in seconda lettura del testo costituzionale in argomento⁵, con uno stimolante confronto tra due principali opposti orientamenti⁶.

2. La tesi della necessaria parzialità dei quesiti.

Una prima tesi è, appunto, quella che sostiene la necessità di sottoporre al corpo elettorale più quesiti referendari parziali contenutisticamente omogenei sulla base delle risultanze della nota [sentenza n. 16/1978](#), che sarebbe applicabile anche all'art. 138 Cost.⁷

Le principali argomentazioni a sostegno di questa tesi sono sinteticamente i seguenti:

- la natura intrinsecamente plebiscitaria del quesito unico che distorcerebbe il dibattito pubblico durante la campagna referendaria, impedendo, o rendendo più difficoltoso, la valutazione nel merito da parte dell'elettore⁸;
- la conseguente presunta violazione delle garanzie dei parametri internazionali per quanto riguarda il diritto di fornire e di acquisire informazione per una consapevole scelta elettorale⁹;
- la necessaria puntualità della legge di revisione costituzionale, in quanto l'art. 138 Cost. sarebbe stato concepito solo per la manutenzione costituzionale, cosicché, in realtà, l'omogeneità del quesito referendario assorbirebbe la puntualità della revisione nel caso di testi non omogenei¹⁰;

⁵ Al riguardo, si ricorda che il disegno di legge costituzionale è stato presentato dal Governo l'8 aprile 2014 (S. 1429). Al termine di un esame parlamentare durato quattro mesi, il disegno di legge di riforma è stato approvato dal Senato, con modificazioni, nella seduta dell'8 agosto 2014. Il testo è stato quindi trasmesso alla Camera (C. 2613), che ne ha avviato l'esame nel mese di settembre 2014 e lo ha approvato, con modificazioni, il 10 marzo 2015. Il testo, nuovamente emendato dal Senato, è stato approvato da tale ramo del Parlamento – in prima deliberazione – il 13 ottobre 2015, con 178 voti favorevoli, 17 voti contrari, 7 astenuti (202 votanti). Nella seduta dell'11 gennaio 2016, la Camera ha approvato in prima deliberazione, senza modificazioni, il testo già approvato dal Senato con 367 voti favorevoli, 194 voti contrari e 5 astenuti (561 votanti). Il Senato ha quindi approvato, in seconda deliberazione, il 20 gennaio 2016, il testo già approvato in prima deliberazione dalla Camera, con 180 voti favorevoli; 112 voti contrari; 1 astenuto. In seconda deliberazione la Camera ha approvato il testo, nella seduta del 12 aprile 2016, con 361 voti favorevoli, 7 voti contrari, 2 astenuti (dati tratti dal [Dossier del Servizio Studi della Camera dei deputati, La riforma costituzionale, Serie Progetti di legge, n. 216/12 parte prima, maggio 2016](#), 4).

⁶ Di cui saranno citati alcuni contributi ritenuti maggiormente significativi.

⁷ F. LANCHESTER, *Un contributo per il discernimento costituzionale*, in [Osservatorio AIC](#), 13 aprile 2016, 3. Analogamente A. PACE, *Ancora sulla doverosa omogeneità del contenuto delle leggi costituzionali*, in [Rivista AIC](#), 6 aprile 2016, il quale peraltro ricorda di avere già sostenuto tale tesi in occasione delle modifiche costituzionali proposte dal Comitato Speroni, con le seguenti argomentazioni ritenute ancora valide: «Ebbene, nella sua consolidata giurisprudenza relativa ai referendum abrogativi, la Corte costituzionale ha prescritto, a pena di inammissibilità del referendum, che il quesito referendario debba essere “omogeneo”, proprio al fine di garantire “la genuina espressione della volontà del popolo”. E non vi son ragioni serie perché da questo principio ci si debba discostare per il referendum costituzionale. Sarebbe anzi ben strano che ciò che vale per il “meno” (il referendum abrogativo delle leggi ordinarie) non debba valere per il “più” (il referendum sulle leggi di revisione costituzionale). Se nella sua giurisprudenza resa in sede di giudizio di inammissibilità di referendum abrogativi la Corte ha evocato, in favore dell'omogeneità del quesito, i principi della sovranità popolare e della libertà di voto, mi sembra davvero inconcepibile che si possa sostenere che “sovranità popolare” e “libertà di voto” non debbano parimenti essere tenuti presenti, dal legislatore, nella formulazione della legge di revisione» (A. PACE, *Problemi della revisione in Italia: verso il federalismo e il presidenzialismo?*, in *Studi parlamentari e di politica costituzionale*, 1995, n. 107, 16 ss., riportate in A. PACE, *Ancora sulla doverosa omogeneità del contenuto delle leggi costituzionali*, cit., 4).

⁸ Argomentazioni riprese anche dal soggetto politico promotore della raccolta di firme, in cui peraltro autorevoli autori sostenitori di questa tesi (Lanchester) sono stati preziosi punti di riferimento.

⁹ Si veda a tal proposito il [Codice di buona condotta sui referendum approvato dal Consiglio d'Europa](#) e redatto dalla Commissione di Venezia (20 gennaio 2009).

¹⁰ A. PACE, *Ancora sulla doverosa omogeneità del contenuto delle leggi costituzionali*, cit., 5.

- il presunto carattere coercitivo della libertà di voto delle riforme costituzionali con contenuti non omogenei¹¹;

- l'analogia strutturale dei due *referendum* (confermativo e abrogativo), la cui diversa disciplina positiva in tema di ammissibilità sarebbe dovuta a fattori storici, vale a dire alla convinzione, esistente all'atto dell'approvazione della legge n. 352/1970, che le leggi di revisione costituzionale avessero carattere omogeneo, anche perché essendo allora operante il solo procedimento con l'approvazione finale, in seconda lettura, dei due terzi dei componenti di ciascuna Camera, le ipotesi di revisioni costituzionali di ampio respiro sarebbero state di ardua realizzazione.

Questa suggestiva tesi ha l'indubbio pregio di indicare al legislatore costituzionale un modo di operare in sede di revisione costituzionale attraverso la predisposizione di leggi di revisione costituzionali, o altre leggi costituzionali, puntuali ovvero di invocare un significativo *restyling* alla disciplina normativa sul *referendum*. Ma sul piano dell'analisi dei singoli argomenti sembrano rilevabili questi elementi di criticità:

- l'argomento della necessaria puntualità delle leggi di revisione costituzionale non sembra cogliere la necessaria sistematicità, e quindi l'ampia estensione, che, in determinati casi, deve avere una riforma costituzionale¹²;

- l'argomento della necessaria omogeneità contenutistica dei quesiti referendari non tiene conto che in caso di approvazione in seconda votazione con la maggioranza dei due terzi dei membri di ciascuna Camera, una legge di revisione costituzionale con contenuti non omogenei entrerebbe in vigore senza nessuna consultazione referendaria e, quindi, semmai il problema sarebbe a monte, cioè nella fase di presentazione di disegni di legge costituzionale disomogenei, ma non a valle, in quanto la soluzione della necessaria omogeneità dei quesiti referendari non potrebbe trovare applicazione nelle ipotesi di approvazione con la prescritta maggioranza dei due terzi;

- la paradossale contraddittorietà, sostenuta dai promotori della campagna per i quesiti referendari parziali (ma non solo), di ritenere ammissibile un quesito unico in caso di riforma totale della Costituzione, necessariamente eterogenea contenutisticamente, ma non nel caso di revisioni costituzionali ampie;

- l'argomento della non diversità strutturale dei due tipi di *referendum* non sembra cogliere il loro ontologico diverso oggetto: un "oggetto normativo" nel caso di *referendum* abrogativo e la "competizione di due diverse normative (...) poste in raffronto tra loro"¹³;

- infine, l'argomento della necessaria omogeneità del quesito referendario come principio fondamentale della giurisprudenza costituzionale omette di considerare che questo principio è stato elaborato esclusivamente in occasione di quesiti "costruiti" dai promotori, fattispecie non applicabile al *referendum* confermativo dove il quesito è già individuato dalla legge¹⁴.

¹¹ A. PACE, *Riforma della Costituzione: attenti alle deleghe in bianco*, ne *l'Unità*, 20 novembre 1992, tema più volte ripreso dallo stesso autore in numerose altre pubblicazioni citate nella nota numero 28 del recente saggio, *Ancora sulla doverosa omogeneità del contenuto delle leggi costituzionali*, cit., 7.

¹² Come, ad esempio, nell'ipotesi di mutamento della forma di governo (la quale comporterebbe la modifica di numerose disposizioni costituzionali di diversi titoli della Carta fondamentale), ma anche nel caso in argomento, se si considera che risponde a rigorose ragioni scientifiche e istituzionali l'esigenza di legare insieme il superamento del bicameralismo paritario con una nuova configurazione strutturale e funzionale della seconda Camera (e dei processi legislativi) e con una riarticolazione del riparto di competenze tra Stato e Regioni. Sulla legittimità costituzionale delle riforme organiche, si rinvia a P. RIDOLA, *L'innovazione costituzionale della riforma tra indirizzo politico ed emergenza costituzionale*, in M. SICLARI, *L'istituzione del Comitato parlamentare per le riforme costituzionali*, Roma, 2013, il quale, in questa prospettiva, osserva che la scissione in progetti omogenei impedirebbe ai singoli progetti di «poter essere valutati dal corpo elettorale anche nella loro dimensione sistemica (...), anche allo scopo di meglio far valere la funzione oppositiva del referendum con riguardo alle opzioni fondamentali della forma di Stato» (72).

¹³ P. CARNEVALE, *La parte per il tutto: il referendum costituzionale non ammette la sineddoche*, in *Nomos*, 1/2016, 11.

¹⁴ Art. 16 della legge n. 352/1970: "Il quesito da sottoporre a referendum consiste nella formula seguente: «Approvato il testo della legge di revisione dell'articolo... (o degli articoli ...) della Costituzione, concernente ... (o concernenti ...), approvato dal Parlamento e pubblicato nella Gazzetta Ufficiale numero ... del ... ?»; ovvero: «Approvate il testo della legge costituzionale ... concernente ... approvato dal Parlamento e pubblicato nella Gazzetta Ufficiale numero ... del ... ?»".

3. La tesi tradizionale sull'unitarietà del quesito.

Un secondo (maggioritario) orientamento invece sostiene la necessità di un unico quesito referendario concernente la conferma o il rigetto dell'intero testo costituzionale.

I principali argomenti di questo orientamento tradizionalista sono:

- il dato testuale dell'art. 138 Cost.¹⁵ e, soprattutto, della legislazione ordinaria¹⁶;
- il diverso ruolo che svolgono i due tipi di *referendum* nell'ambito delle modalità di produzione: elemento eventuale della fase dell'integrazione dell'efficacia della legge di revisione costituzionale il *referendum* ex art. 138 Cost.; atto normativo che rappresenta ed assorbe la fase costitutiva dell'abrogazione voluta dall'elettorato¹⁷;
- l'inutilizzabilità della via pretoria, seguita per il *referendum* abrogativo per la necessaria omogeneità del quesito referendario, essendo necessario un intervento normativo a livello costituzionale¹⁸;
- l'assonanza del procedimento di revisione costituzionale con quello statutario di cui all'art. 123 Cost.¹⁹, per il quale la giurisprudenza costituzionale ha stabilito che "il tenore letterale del terzo comma dell'art. 123 della Costituzione rende palese che il *referendum* ivi disciplinato si riferisce alla complessiva deliberazione statutaria e non a singole sue parti" ([sent. n. 445/ 2005](#))²⁰.

Peraltro, non sfuggono a questo orientamento dottrinale le ragioni "democratiche" a fondamento dell'opposta tesi²¹, arrestandosi però di fronte alla necessità di un intervento legislativo di rango costituzionale (e non solo).

4. La necessità dell'unitarietà del quesito come strumento di tutela del legittimo affidamento dei promotori.

Tale eventuale necessità trova indiretta conferma dalla riflessione su quello che avrebbe prodotto il buon esito della mobilitazione straordinaria radicale, sopra citata.

Al riguardo, è bene rammentare che l'Ufficio centrale per il referendum della Corte di Cassazione, con [ordinanza del 6 maggio 2016](#), ha ammesso il quesito referendario unitario²², sulla base di quattro distinte richieste di un numero di parlamentari non inferiore ad un quinto della Camera di appartenenza ai sensi dell'art. 6, primo comma, della legge n. 352/1970, le quali hanno tutte superato

¹⁵ Si veda a proposito P. CARNEVALE, *La parte per il tutto: il referendum costituzionale non ammette la sineddoche*, cit., 4 ss.

¹⁶ Si rinvia al brillante contributo di A. MORRONE, *Uno, nessuno, centomila referendum costituzionali?*, in [Federalismi.it](#) del 17 febbraio 2016, ma anche P. CARNEVALE, *La parte per il tutto: il referendum costituzionale non ammette la sineddoche*, cit., 6 ss.

¹⁷ M. SICLARI, *È possibile chiedere un referendum costituzionale parziale?*, in [Nomos](#), 1/2016, 4.

¹⁸ M. SICLARI, *È possibile chiedere un referendum costituzionale parziale?*, cit., 3, il quale afferma, infatti, che «a differenza di quanto si verificò nel 1978, non siamo nella situazione descritta nella più volte citata sent. 16: "il sindacato della Corte non si può arrestare di fronte alla constatazione delle carenze o delle lacune della legge n. 352 del 1970", giacché la carenza o lacuna (se la si vuol considerare così) risiede nella Carta fondamentale».

¹⁹ Evidenziata da P. CARNEVALE, *La parte per il tutto: il referendum costituzionale non ammette la sineddoche*, cit., 5.

²⁰ Considerazione che sembra essere la pietra tombale dell'argomento dell'estensione in analogia delle conclusioni della citata [sentenza n. 16/1978](#).

²¹ Cfr. P. COSTANZO, *Non c'è nulla come il diffuso consenso per smuovere lo spirito di contraddizione*, in [Federalismi.it](#), del 17 febbraio 2016.

²² Secondo la ricordata disposizione legislazione e cioè con la seguente formulazione: «Approvate il testo della legge costituzionale concernente «Disposizioni per il superamento del bicameralismo paritario, la riduzione del numero dei parlamentari, il contenimento dei costi di funzionamento delle istituzioni, la soppressione del CNEL e la revisione del titolo V della parte II della Costituzione» approvato dal Parlamento e pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 88 del 15 aprile 2016?».

il vaglio del controllo dell'Ufficio Centrale per il referendum. Inoltre, sembra opportuno evidenziare che le quattro richieste referendarie sono riconducibili in misura paritaria alla maggioranza di governo (una richiesta da parte dei deputati Rosato, Lupi e Dellai, scelti come delegati da 237 deputati in carica, e un'altra da parte dei senatori Zanda, Schifani e Zeller, scelti come delegati da 151 senatori in carica) e alle opposizioni (una richiesta da parte dei deputati Occhiuto, Quaranta e Invernizzi, scelti come delegati da 166 deputati in carica, e un'altra da parte dei senatori Crimi, De Petris, Centinaio, scelti come delegati da 103 senatori in carica).

Soprattutto, quest'ultime richieste sembrano esprimere perfettamente la funzione del *referendum* costituzionale "di mero controllo politico (eventuale) del corpo elettorale sulle determinazioni legislative costituzionali del parlamento"²³ e, in questo specifico caso, del Governo, non solo perché si è trattato di un'iniziativa legislativa governativa, ma anche perché il Governo ha sempre pubblicamente riconosciuto le riforme strutturali, tra cui quella istituzionale, come la propria irrinunciabile "ragione sociale".

Ma, a ben vedere, la previa ammissione del quesito unitario non è un evento neutro rispetto alla possibilità di ammettere quesiti parziali a normativa vigente, in quanto tale eventualità dovrebbe comportare l'esclusione del quesito già ammesso²⁴, con lesione del legittimo affidamento dei promotori delle quattro richieste²⁵, soprattutto dei parlamentari delle opposizioni, naturalmente più interessati alla funzione di controllo del *referendum* sopra menzionata.

Infatti, la ricognizione delle disposizioni della legge n. 352/1970 evidenzia plasticamente che in materia di ammissione del *referendum* confermativo l'Ufficio Centrale per il referendum presso la Corte di Cassazione ha esclusivamente il potere di valutare la regolarità della richiesta di ammissione, sulla base dei chiari requisiti di legge, e di decretarne l'eventuale ammissione. Quindi, sussistono tutti i requisiti del legittimo affidamento dei promotori delle richieste già ammesse, vale a dire:

- il previo esercizio di un potere pubblico (l'ordinanza di ammissione, ma ancora prima la chiara disciplina della legge n. 352/1970);
- il decorso del tempo: sono trascorsi ben quarantasei anni dall'entrata in vigore della legge, con due significativi precedenti casi di *referendum* costituzionali con quesiti unitari, senza che sia mai stata sollevata una qualsiasi questione di legittimità costituzionale o comunque promosso in concreto un quesito parziale;
- la buona fede dei proponenti che hanno presentato la richiesta, ammessa, sulla base di un pacifico quadro normativo²⁶.

In definitiva, non si deve sottovalutare la circostanza che l'ammissione del quesito unitario contribuisce a creare una nuova situazione giuridica soggettiva, meritevole di tutela, dei soggetti

²³ M. SICLARI, *È possibile chiedere un referendum costituzionale parziale?*, cit., 4.

²⁴ Infatti, è evidente che la successiva proposizione di quesiti parziali non potrebbe comportare la mera addizione di questi al quesito unitario già ammesso, in quanto ciò potrebbe produrre l'assurdo di avere esiti differenti a segmenti uguali di contenuto. Si pensi, ad esempio, nel caso in argomento alla contemporanea presenza del quesito unitario e dei cinque quesiti parziali promossi dai radicali. È evidente che si avrebbe una soluzione plausibile solo nelle due uniche ipotesi di assoluta conformità di voto per tutti i quesiti referendari, vale a dire nei casi in cui vincano o soltanto i SI o soltanto i NO. In tutte le altre possibili intermedie ipotesi, in cui cioè gli esiti finali dei diversi quesiti referendari siano difformi, ci si troverebbe di fronte ad un rompicapo giuridico irrisolvibile. Quindi, ma ciò è pacifico, l'ammissione di quesiti parziali comporterebbe l'inammissibilità di un quesito unitario, con tutti i problemi che ne potrebbero conseguire sulla densità minima del quesito, sulla sua effettiva omogeneità ecc.. Ad esempio, il citato Comitato promotore ha scelto di proporre due quesiti distinti per il bicameralismo e per l'elettività della seconda Camera, ma non ci sono ragioni valide perché questa scelta avrebbe dovuto prevalere su un ipotetico quesito parziale che accomunasse i due elementi, che potrebbe ben essere considerati coesenziali.

²⁵ Ai quali, forse, potrebbero aggiungersi i comitati promotori di "Basta un sì", i quali hanno depositato ieri, 14 luglio 2016, 600.000 firme per l'ammissione di un quesito referendario unitario.

²⁶ Infatti, tutti gli autori favorevoli alla tesi della parzialità dei quesiti ritengono necessario un intervento della Corte costituzionale in analogia a quanto, appunto, avvenuto in materia di *referendum* abrogativo, in assenza del quale la decisione del predetto Ufficio sarebbe vincolata nel senso dell'ammissibilità del solo quesito unitario, visto il chiaro disposto normativo.

proponenti, che sarebbe vulnerata da successive (inammissibili) proposte di quesiti parziali necessariamente estromettenti rispetto al quesito già ammesso.

5. Osservazioni conclusive

In conclusione, è singolare osservare come il (fallito) tentativo *in extremis* di proporre quesiti parziali in nome di una democrazia più matura e consapevole avrebbe determinato, in concreto, la lesione del legittimo affidamento di coloro che hanno visto già ammesso il loro quesito referendario, pienamente conforme a quanto previsto dalla legge.

E di questa considerazione potrebbe essere tenuta anche conto da parte della Corte costituzionale qualora un giorno dovesse trovarsi ad affrontare la problematica evocata, ricordando che nel suo armamentario decisionale c'è anche la possibilità di modulare temporalmente gli effetti delle sue decisioni non soltanto per mitigare gli effetti finanziari sulle casse dello Stato, ma anche, e forse soprattutto, per tutelare il legittimo affidamento di quei soggetti di diritto che hanno scrupolosamente rispettato una normativa, per una volta, di palmare evidenza.

D'altronde, spirato il termine per la presentazione delle richieste referendarie, ci sarà, se si vorrà, tutto il tempo necessario per intervenire sulla disciplina legislativa, costituzionale e ordinaria, ma è invece probabile che la tesi della necessaria parzialità sarà riposta nel cassetto, in attesa di essere ripresa all'occorrenza.

Giusi Sorrenti
La (parziale) riconversione delle “questioni di interpretazione” in questioni di legittimità costituzionale

SOMMARIO: 1. *Il percorso inverso: le “questioni di interpretazione” tornano (in parte) ad essere questioni di legittimità costituzionale.* – 2. *Diagnosi di una svolta.* – 3. *Alcuni dubbi che permangono nella definizione dei contorni del nuovo indirizzo.* – 4. *Al di là del mutamento delle formule processuali: uno sguardo ai riflessi sul modello di giustizia costituzionale.* – 5. *Una chiosa finale.*

1. Il percorso inverso: le “questioni di interpretazione” tornano (in parte) ad essere questioni di legittimità costituzionale

Chi studia i modelli di giustizia costituzionale, dove ogni aspetto – dagli organi titolari del potere d’iniziativa, alla delimitazione dell’oggetto, ai requisiti per l’accesso – definisce la misura in cui si attua nell’ordinamento il principio di supremazia costituzionale, non può non constatare la veridicità dell’affermazione secondo cui «le “forme” (e, beninteso, non le semplici “formalità”) qui davvero diventano, per così dire, “sostanze”, nel senso che gli itinerari o i mezzi (processuali) impiegati per raggiungere gli obiettivi (i contenuti di giustizia o di verità) finiscono per avere un rilievo equivalente a quello di questi ultimi»¹. È in questo spirito che ci si appresta a segnalare una recente novità che emerge dall’ultima giurisprudenza del garante della legittimità costituzionale delle leggi.

Leggendo la motivazione della [sent. n. 111/2016](#), del 20 maggio 2016, ci si imbatte in un’interessante e ancora piuttosto inedita affermazione: «Va ancora osservato che il giudice *a quo* ha esperito il tentativo di interpretazione costituzionalmente conforme, con la conseguenza che l’eventuale verifica dell’esistenza e della legittimità di un’alternativa esegetica costituisce questione che attiene al merito della controversia, e non alla sua ammissibilità ([sentenza n. 221 del 2015](#))».

La logica conclusione che si ricava dall’asserzione appena riportata è che basta al giudice rimettente esperire il tentativo d’interpretazione conforme a Costituzione per porre al riparo la proposizione della questione di legittimità costituzionale dalla declaratoria d’inammissibilità. Detto in altri termini, una volta compiuto detto tentativo, il suo eventuale fallimento non è sindacabile in punto di ammissibilità della questione. A suffragare senza dubbio alcuno questo assunto è l’inciso in cui si legge che attiene al *merito* del giudizio non solo la verifica della «legittimità» dell’alternativa esegetica prescelta dal rimettente – conclusione invero scontata – ma anche quella relativa alla sua «esistenza», ovvero l’indagine attinente alla sussistenza di una interpretazione plausibile di segno opposto e dunque costituzionalmente conforme².

Questo esito è pienamente avvalorato anche dalla lettura del precedente citato dalla stessa Corte – la [sent. n. 221/2015](#), del 5 novembre 2015 – dove si trova una motivazione più articolata, volta ad affermare che la mera prospettazione di ragioni da parte del giudice *a quo* sull’impraticabilità di una

¹ P. GROSSI, *Relazione del Presidente Paolo Grossi sulla giurisprudenza costituzionale del 2015*, Roma, Palazzo della Consulta, 11 aprile 2016, in www.cortecostituzionale.it, 2.

² È noto che la Corte non ricerca interpretazioni plausibili diverse da quella adottata dal giudice *a quo* se non nel senso conforme a Costituzione, non essendo sorretta da alcuna *ratio* attinente al suo sindacato la mera ricerca di un’interpretazione *corretta*: su questo assunto v. volendo G. SORRENTI, *L’interpretazione conforme a Costituzione*, Milano, Giuffrè, 2005, 192 ss. In generale, sulla bontà del fondamento della tecnica v., di recente, F. MODUGNO, *In difesa dell’interpretazione conforme a Costituzione*, in [RivistaAIC](#), 2/2014 (che giunge tuttavia a conclusioni distanti da quelle di chi scrive).

soluzione ermeneutica³ alternativa è sufficiente a consentire l'accesso della questione alla trattazione nel merito; motivazione che, per la sua inequivocità, conviene riportare: «La compiuta valutazione di tali argomenti, ancorché inidonea ad escludere possibili soluzioni difformi, appare indicativa del tentativo, in concreto effettuato dal giudice *a quo*, di utilizzare gli strumenti interpretativi a sua disposizione per verificare la possibilità di una lettura alternativa della disposizione censurata, eventualmente conforme a Costituzione. Tale possibilità viene consapevolmente esclusa dal rimettente, il quale ravvisa nel tenore letterale della disposizione un impedimento ad un'interpretazione costituzionalmente compatibile. La possibilità di un'ulteriore interpretazione alternativa, che il giudice *a quo* non ha ritenuto di fare propria, *non riveste alcun significativo rilievo ai fini del rispetto delle regole del processo costituzionale*, in quanto la verifica dell'esistenza e della legittimità di tale ulteriore interpretazione è questione che attiene al merito della controversia, e non alla sua ammissibilità»⁴. Nel caso di specie, l'ufficio giudiziario rimettente dubita della costituzionalità dell'art. 1, co. 1, l. n. 164/1982, che subordina la rettificazione anagrafica dell'attribuzione di sesso all'assoggettamento dell'interessato ad invasivi trattamenti sanitari (chirurgici o ormonali) modificativi dei caratteri sessuali primari, ravvisando, da una parte, un contrasto con gli artt. 2 e 117, co. 1, Cost., in relazione all'art. 8 Cedu, per lesione del diritto fondamentale all'identità di genere e, dall'altra, con gli artt. 3 e 32 Cost., per il pregiudizio arrecato al diritto alla salute⁵. Prima di sollevare il dubbio di costituzionalità, il giudice comune si domanda se la disposizione censurata non possa essere intesa nel senso di *non* richiedere *sempre*, ai fini della rettificazione, interventi medico-chirurgici – da ritenere precisamente indispensabili solo «nel caso in cui occorra assicurare al soggetto transessuale uno stabile equilibrio psicofisico, ossia laddove la discrepanza tra il sesso anatomico e la psicosessualità determini un atteggiamento conflittuale di rifiuto dei propri organi sessuali»⁶ – ma finisce con il rifiutare tale possibilità ermeneutica, perché essa cozzerebbe con la lettera della disposizione. Il che, appunto, fornendo di per sé la prova di quel tentativo di armonizzazione interpretativa richiesto dalla Corte, è sufficiente per determinare l'ammissibilità della questione.

Va subito chiarito che l'idoneità del tentato adeguamento ermeneutico a mettere al riparo l'ordinanza di rimessione da pronunce che si arrestino *in limine litis* è assoluta, nel senso che prescinde dalla correttezza del ragionamento interpretativo del giudice rimettente (ovvero dalla sua condivisione da parte del giudice delle leggi). Lo evidenzia limpidamente e concretamente la stessa pronuncia sui *transgender*, laddove la Corte costituzionale chiude il suo giudizio con un dispositivo di infondatezza “nei sensi”, adottando proprio l'interpretazione conforme ritenuta impraticabile e quindi esclusa dal giudice *a quo*, che si era profilata già – come si è detto – nelle aule di alcuni tribunali di merito e che, dopo la proposizione della questione, aveva pure ottenuto l'avallo della giurisprudenza di legittimità⁷.

³ L'aggettivo “ermeneutico” (così come il sostantivo “ermeneutica”) è in questa sede impiegato in senso ampio e generico, come sinonimo di “interpretativo” (e di “interpretazione”), per mera comodità espositiva e in concordanza con la sua radice etimologica nel greco antico, senza disconoscere la peculiarità dell'ermeneutica in sé, come branca della scienza che studia l'argomentazione giuridica, oggi particolarmente in auge data l'attenzione rivolta dalla riflessione contemporanea al metodo nel diritto (significativo in proposito il contributo di R. ALEXY, *Teoria dell'argomentazione giuridica. La teoria del discorso razionale come teoria della motivazione* giuridica, 1978, trad. italiana di M. La Torre, Giuffrè, Milano 1998).

⁴ [Sent. n. 221/2015](#), Punto 3.3. del Cons. in dir. (c.vo non testuale).

⁵ V. sul merito della decisione: C.M. REALE, *Corte costituzionale e transgenderismo: l'irriducibile varietà delle singole situazioni*, in [BioLaw Journal](#), 1/2016, 283 ss.

⁶ Come sostenuto da un filone della giurisprudenza di merito, richiamato dall'Avvocatura generale dello Stato (punto 3.2. della motivazione in fatto).

⁷ V. Corte di cass, I sez. civ., sent. 20 lug. 2015, n. 15138 (addotta ancora una volta dall'Avvocatura generale dello Stato come argomento per fondare la richiesta – non accolta – di declaratoria di inammissibilità per omessa interpretazione conforme: punto 3.3. della motivazione in fatto).

Perché lo sforzo interpretativo sia assolto e l'ingresso nel merito garantito non basta, tuttavia, invocare l'irresistibile lettera della legge, ma occorre motivare adeguatamente l'impossibilità della conciliazione ermeneutica: solo con un'«ampia motivazione» ed una premessa interpretativa «non implausibile» si può superare il vaglio di ammissibilità⁸.

Ora è ben noto che in passato la casistica della giurisprudenza costituzionale mostrava in modo ricorrente ordinanze (e talora sentenze) d'*inammissibilità*, generalmente manifesta, tanto, da una parte, *per omesso tentativo di interpretazione conforme*⁹, quanto, dall'altra, *per omessa (preferenza accordata all') interpretazione adeguatrice*¹⁰ o *per insufficiente sforzo interpretativo* ovvero ancora *per erroneità del presupposto interpretativo*, laddove l'erroneità non alludeva affatto – come potrebbe sembrare – alla correttezza del processo ermeneutico, ovvero alla scelta da parte del giudice *a quo* di una norma impossibile o implausibile, bensì alla mancata preferenza per una lettura costituzionalmente orientata. La novità segnata dall'orientamento in esame consiste dunque nel venir meno, a quanto pare, del secondo grappolo di formule, pressoché equivalenti, a sostegno della pronuncia meramente processuale¹¹: fermo restando il dovere di praticare la via della conciliazione ermeneutica tra legge e Costituzione, la divergenza della Corte costituzionale dall'interpretazione del giudice *a quo* torna perciò, com'era in principio¹², ad essere un profilo che attiene al giudizio di merito del censore delle leggi. Precisamente, infatti, il vincolo gravante adesso sul giudice *a quo* – e rilevante ai fini dei requisiti processuali della questione – sarebbe solo quello procedurale dell'esperimento del tentativo di armonizzazione interpretativa e non più anche quello della preferenza da accordare all'alternativa ermeneutica conforme a Costituzione. In definitiva, il *dovere di tentare di prevenire l'antinomia* tra legge e Costituzione in via interpretativa prima di avviarne la risoluzione giudiziaria attraverso il sindacato accentrato, ai fini dell'ingresso nel merito, è l'unico a sopravvivere¹³, soppiantando l'ulteriore *dovere di preferire l'interpretazione conforme*.

⁸ [Sent. n. 94/2013](#); similmente, sentt. [n. 110](#) e [n. 302 del 2013](#).

⁹ Questa formula, che viene mantenuta, da un lato, è sorretta da una compiuta giustificazione (v. [sent. n. 10/2013](#), dove si legge che «la mancata utilizzazione dei poteri interpretativi, che la legge riconosce al giudice remittente, e la mancata esplorazione di diverse soluzioni ermeneutiche, al fine di far fronte al dubbio di costituzionalità ipotizzato, integrano omissioni tali da rendere manifestamente inammissibile la sollevata questione di legittimità costituzionale»), dall'altro significativamente approda anche al giudizio in via principale, che era prima per essa un terreno vergine (v. la [sent. n. 153/2015](#), d'inammissibilità per «mancato esperimento del tentativo di interpretazione conforme a Costituzione»).

Poiché tuttavia tale ultimo approdo solleva alcune perplessità (v. M. LUCIANI, *Interpretazione conforme a costituzione*, in *Enc. dir., Annali*, IX (2016), 467), non può non insinuarsi il sospetto che risponda a mere ragioni di economia processuale, dettate dall'ipertrofico ricorso in via d'azione, nelle dimensioni assunte dopo la riforma del Tit. V, Parte II, Cost.

¹⁰ V. per es. [ord. n. 310/09](#), in cui non è «l'omissione del tentativo di interpretazione conforme e, neppure, potrebbe dirsi, l'assenza di ogni argomentazione, bensì l'insufficienza degli argomenti addotti in raffronto alle soluzioni diverse (e costituzionalmente compatibili) prospettate da altri giudici che qui conduce all'inammissibilità»: G. SERGES, *L'interpretazione conforme a Costituzione tra tecniche processuali e collaborazione con i giudici*, in *Studi in onore di Franco Modugno*, IV, Editoriale Scientifica, Napoli 2011, 3363 ss. (ove si rinvengono altri esempi giurisprudenziali analoghi).

¹¹ Che l'ipotesi in cui «si allega di aver tentato l'interpretazione conforme, ma senza successo» sia «affatto diversa», ai fini della sanzionabilità con il dispositivo dell'inammissibilità, da quella in cui non si è esperito per nulla il tentativo di armonizzazione interpretativa (o non se n'è dato atto) è riconosciuto da M. LUCIANI, *Interpretazione conforme*, cit., 467.

¹² Per quanto in qualche remota pronuncia (v. [sent. n. 46/1958](#)), dinanzi ad una pluralità di interpretazioni possibili, la Corte escludesse l'esistenza di una questione di legittimità costituzionale, ravvisando una mera questione d'interpretazione, l'esito finale era, infatti, pur sempre quello dell'infondatezza.

¹³ Di una «ulteriore condizione» della questione di legittimità costituzionale ha discusso, come si sa, R. ROMBOLI, *L'applicazione della Costituzione da parte del giudice comune*, in *Testi e questioni di ordinamento giudiziario forense*, I, *Antologia di scritti*, a cura di S. Panizza - A. Pizzorusso - R. Romboli, Pisa, Plus, 2002, 249 ss. Che sia fisiologico un certo grado di variabilità nell'uso dei propri dispositivi da parte della Corte costituzionale è rilevato ancora da R.

2. Diagnosi di una svolta

Il ricorso alla pronuncia di tipo processuale davanti ad una pluralità di interpretazioni possibili della legge censurata ha segnato, come si sa, l'apoteosi della dottrina dell'interpretazione conforme¹⁴ accolta dalla Corte costituzionale, come forma più pressante dell'invito di adeguare il significato della legge ai principi costituzionali, rivolto ai giudici comuni e, contestualmente, il tramonto di qualsiasi presunto monopolio nel campo dell'interpretazione costituzionale in capo al censore delle leggi¹⁵; monopolio che per la verità non era lecito desumere, a mio avviso, a rigore, nemmeno dalla prima fase delle sentenze interpretative di rigetto, in cui l'accentramento in capo alla Corte dell'interpretazione conforme aveva ragioni storico-giuridiche sintetizzabili in due assunti: il primo, l'esigenza di rivendicare un potere di reinterpretazione in mano all'organo costituzionale di controllo, in modo da svincolarsi nella definizione dell'oggetto del giudizio dalla ricostruzione del significato della legge operata dal giudice rimettente; il secondo, il clima ancora non ancora pienamente favorevole al riconoscimento della forza precettiva della Costituzione da parte della giurisprudenza comune, che rendeva prematura l'insistenza da parte della Corte sul dovere diffuso d'interpretazione adeguatrice.

È noto anche che l'uso della formula processuale in tale contesto si accompagnava, con una certa promiscuità, al perdurante impiego delle sentenze interpretative (nelle varie ed articolate sfaccettature che esse andavano assumendo), tanto da far dubitare dell'esistenza di una rigorosa distinzione nei presupposti che giustificavano l'adozione ora dell'una ora dell'altra formula, inducendo alcuni a pensare che la comparsa dei dispositivi di inammissibilità in presenza della possibilità di un'interpretazione adeguatrice fosse riconducibile solo a pragmatiche ragioni di economia processuale, contingenti e casuali ed irriducibili in definitiva alla *ratio* della dottrina dell'interpretazione conforme elaborata dalla Corte costituzionale.

In verità, l'analisi della giurisprudenza costituzionale, mostrava invece come fosse ravvisabile una *regolarità* nella prassi del ricorso alla formula dell'inammissibilità in corrispondenza di certe fattispecie, lasciando spazio alle pronunce nel merito in situazioni diverse¹⁶: tale graduazione

ROMBOLI, *Il diritto processuale costituzionale: una riflessione sul significato e sul valore delle regole processuali nel modello di giustizia costituzionale previsto e realizzato in Italia*, in *Studi in onore di F. Modugno*, IV, Napoli, ES, 2011, 2995 ss.

¹⁴ Si discute qui dell'interpretazione conforme a Costituzione, mentre esistono, com'è noto, le forme simili dell'interpretazione conforme alla CEDU e di quella conforme al diritto dell'UE, ponendosi conseguentemente il problema dei rapporti che intercorrono tra le tre tipologie, profilo su cui si è soffermato a più riprese A. RUGGERI, di cui v. ad es. *L'interpretazione conforme e la ricerca del "sistema di sistemi" come problema*, Testo rielaborato di un intervento al Convegno su *L'interpretazione conforme al diritto UE. Profili e limiti di un vincolo problematico*, Rovigo 15-16 maggio 2014, in *RivistaAIC*, 2/2014 (30 maggio 2014), nonché R. BIN, *L'interpretazione conforme. Due o tre cose che so di lei*, in *RivistaAIC*, 1/2015, ora anche in AA.VV., *L'interpretazione conforme al diritto dell'Unione europea. Profili e limiti di un vincolo problematico*, a cura di A. Bernardi, Jovene, Napoli 2015, 17 ss. e spec. 29 ss.

Sull'ultima specie di interpretazione conforme v. i vari contributi contenuti nell'ultimo vol. ora cit.

¹⁵ Mette l'accento sull'aspetto in questione (proprio in relazione alle suddette pronunce d'inammissibilità) sottolineando la «*vis interpretativa*» della Costituzione, che altro non sarebbe se non una forma in cui trova espressione l'«*applicazione diretta*» della Carta fondamentale, R. BIN, *L'applicazione diretta della Costituzione, le sentenze interpretative, l'interpretazione conforme a Costituzione della legge*, in AA.VV., *La circolazione dei modelli e delle tecniche del giudizio di costituzionalità in Europa*, Jovene, Napoli 2010, risp. 206 s. e 219 ss.

Più ampiamente il punto è trattato da M. LUCIANI, *Le funzioni sistemiche della Corte costituzionale, oggi, e l'interpretazione "conforme a"*, in *Federalismi.it*, 16/2007.

¹⁶ Come si è cercato di evidenziare nella ricostruzione fatta in G. SORRENTI, *L'interpretazione conforme*, cit., 232 ss. e, per gli sviluppi successivi, in ID., *La Costituzione sottintesa*, in AA.VV., *Corte costituzionale, giudici comuni e*

nell'utilizzo delle diverse tecniche decisorie aveva a che fare, in breve, con la diversa *consistenza* della lettura conforme a Costituzione nella prassi giudiziaria, in quanto, ad esempio, com'è noto, se l'interpretazione di dubbia costituzionalità prescelta dal giudice *a quo* e sottoposta al vaglio del giudice delle leggi costituiva diritto vivente, quest'ultimo si riteneva obbligato ad entrare nel merito del giudizio, nessun rimprovero potendo muovere al rimettente sul piano dell'ammissibilità della questione. Ma di certo l'emersione di tali regolarità, che consentivano di razionalizzare l'uso delle tecniche decisorie della Corte, non eliminava la difficoltà di carattere dogmatico-generale in cui si incorreva al momento di giustificare l'uso della tecnica di decisione processuale con la mancanza di qualcuno dei requisiti di ammissibilità prescritti per la proposizione di una questione di legittimità costituzionale dalle leggi in materia¹⁷.

Con l'abbandono della formula meramente processuale per il mancato ottemperamento del dovere di interpretazione conforme trova quindi conferma, in primo luogo, il fallimento della ricerca tesa a reperire un fondamento a tale tipologia di dispositivo squisitamente sul piano della giustizia costituzionale: era difficile celare infatti la circostanza per cui, nel giudizio conclusosi con le formule processuali suddette, la Corte costituzionale si fosse di fatto ormai pienamente addentrata nel merito, comparando i vari significati alternativamente desumibili dal disposto legislativo con i parametri costituzionali invocati¹⁸. Il *revirement* odierno rappresenta indubbiamente una vittoria sul piano del recupero di un corretto uso dei dispositivi processuali da parte del giudice delle leggi.

Ma con la dismissione della precedente prassi, si consegue anche un altro benefico vantaggio, in relazione alla difficile intelligibilità della natura interpretativa di tale pronunce e dell'invito all'adeguamento ermeneutico in esse velatamente implicito. Non è il momento per riprendere qui le critiche cui presta il fianco, proprio a questo proposito, la tipologia decisoria in discorso, già mirabilmente espresse da L. Elia nelle sue puntuali osservazioni in argomento¹⁹ e poi ribadite dai molti commentatori, critiche che non hanno impedito tuttavia al tipo di pronuncia in questione di continuare a vantare pieno diritto di cittadinanza nell'armamentario caro al giudice delle leggi. Basti notare che possono dirsi adesso finalmente superati i problemi legati al seguito problematico delle decisioni in oggetto nelle aule giudiziarie e conseguentemente allo scarso grado di effettività che tali pronunce processuali riuscivano a guadagnare all'interno della giurisdizione comune: il suggerimento di interpretazione conforme racchiuso nella pronuncia d'inammissibilità (specie se manifesta), all'indagine sul seguito ad essa riservato da parte dei giudici comuni, rivelava, com'è

interpretazioni adeguatrici, Atti del Seminario annuale svoltosi a Roma-Palazzo della Consulta, 6 novembre 2009, Milano 2010, 31 ss.

¹⁷ Per un raffinato tentativo in tal senso, che evoca l'assenza del requisito della rilevanza, v. A. RAUTI, *L'interpretazione adeguatrice come criterio logico tra rilevanza e non manifesta infondatezza (in margine alla sent. cost. n. 207/2001)*, in *Giur. it.*, 2002, 383 e ID., *L'interpretazione adeguatrice come meta criterio ermeneutico e l'inversione logica dei criteri di rilevanza e non manifesta infondatezza*, in AA.VV., *Il giudizio delle leggi e la sua diffusione? Verso un controllo di costituzionalità di tipo diffuso?*, Giappichelli, Torino 2002, 504 ss. Sul nesso con la rilevanza, v. anche G.P. DOLSO, *Interpretazione adeguatrice: itinerari giurisprudenziali e problemi aperti*, in *Scritti in onore di L. Carlassare*, a cura di G. Brunelli - A. Pugiotto - P. Veronesi, IV, *Dei giudici e della giustizia costituzionale*, Jovene, Napoli 2009, spec. 1349 ss.

¹⁸ ... negando di fatto l'insussistenza dei requisiti processuali: con specifico riferimento alla rilevanza, ad es., non si può che ribadire quanto si scriveva tempo addietro, vale a dire che «quanto poco irrilevante sia la questione lo dimostra il fatto che essa, anziché divenire ininfluenza nel giudizio principale, attraverso la reinterpretazione venga piuttosto risolta» (G. SORRENTI, *L'interpretazione conforme*, cit., 239). Conformemente, v. T. GUARNIER, *L'ammissibilità delle questioni di legittimità costituzionale tra interpretazione conforme e rilevanza. Un uso improprio delle formule decisionali?*, in *Giur. it.*, 2007, 1896 ss. e ora M. LUCIANI, *Interpretazione conforme*, cit., 467.

Mentre carenze in punto di rilevanza possono sostenersi riguardo all'inammissibilità pronunciata per "omesso tentativo d'interpretazione conforme": v. infatti l'[ord. n. 322/2013](#), in cui si afferma che il mancato impiego dei poteri interpretativi del giudice *a quo* prima della proposizione della questione è suscettibile di rilevare «anche in termini di insufficiente motivazione in ordine alla rilevanza».

¹⁹ L. ELIA, *Modeste proposte di segnaletica giurisprudenziale*, in *Giur. cost.*, 2002, 3688 ss.

noto, un grado infinitesimale di “attecchimento” nel terreno della pratica giudiziaria, lasciando dilagare sacche di applicazione incostituzionale della legge censurata. Poiché la pronuncia di merito, sia pure interpretativa di rigetto, ha dimostrato nei fatti una capacità di orientamento ben maggiore nei confronti degli indirizzi giurisprudenziali comuni, si consegue con l’odierno mutamento di indirizzo una più ampia effettività nell’osservanza della Costituzione, scongiurando in maniera più efficace il rischio del permanere di letture costituzionalmente difformi²⁰.

Più precisamente, il rilievo sul piano processuale *solo* dell’omissione del tentativo e non dell’esito cui esso giunge prospetta un assetto rispondente ad un ragionevole equilibrio: da una parte, addossare al giudice il tentativo di armonizzazione interpretativa tra legge e Carta fondamentale ribadisce l’esclusione di alcuna idea di separazione tra legge e Costituzione, dall’altro, non sindacare la conclusione raggiunta dal giudice circa l’impraticabilità dell’interpretazione conforme con l’inammissibilità si traduce in un maggiore rispetto del *proprium* della competenza dei giudici comuni e della vera e propria essenza dello *iuris dicere*, che è l’attività di interpretazione della legge. Questo maggior rispetto per le competenze ermeneutiche del giudice comune, le cui modalità intrinseche d’esercizio non sono sostanzialmente sindacabili e sanzionabili dalla Corte attraverso un rifiuto d’ingresso nel merito del giudizio²¹, è indice di un più adeguato riposizionamento dei ruoli tra Corte costituzionale e giudici comuni: è legittimo per questi ricavare determinate interpretazioni dalla legge, ravvisando un limite a diverse letture nel grado di resistenza che ad essi pare di intravedere nella lettera della legge; altrettanto lo è per l’organo costituzionale di controllo discostarsi dal convincimento del giudice sul piano interpretativo.

La fase della «conversione»²² delle questioni di legittimità costituzionale in mere questioni attinenti all’interpretazione, come tali esulanti dalla sfera delle attribuzioni del garante della supremazia costituzionale – che aveva segnato una certa stagione della giurisprudenza costituzionale, iniziata sin dalla fine degli anni ’80, ma infittitasi dalla metà degli anni ’90 – avrebbe adesso avuto fine, almeno in una sua significativa manifestazione.

3. Alcuni dubbi che permangono nella definizione dei contorni del nuovo indirizzo

Rimane da chiedersi se l’irrelevanza sul piano processuale della mancata preferenza per l’interpretazione conforme sia davvero assoluta o non dipenda in qualche misura dalla solidità e consistenza nelle aule giudiziarie della lettura in armonia con la Costituzione. Si possono infatti dare diverse graduazioni in ordine al “consenso” di cui essa gode nelle aule dei tribunali: in via esemplificativa e in ordine crescente di consolidamento, si possono avere interpretazioni minoritarie, meri filoni interpretativi tra i tanti esistenti in uno scenario giurisprudenziale composito, interpretazioni dominanti. Se l’interpretazione scartata dal giudice *a quo* è “a portata di mano” – perché sostenuta in ipotesi dalla Cassazione – la questione proposta è ugualmente ammessa all’esame di merito? Il quesito è legittimo proprio perché i precedenti finora rinvenibili nella giurisprudenza costituzionale sono ancora numericamente troppo esigui per escludere con

²⁰ E ciò, com’è noto, per la tendenza dei giudici *a quibus* a conformarsi, pur in mancanza di un vincolo giuridico predicabile in tal senso (secondo la celeberrima tesi patrocinata in origine da V. Crisafulli).

²¹ Non lo sono dunque almeno in questa sede e con queste modalità; mentre si prospettano in dottrina altre forme di responsabilità dell’esercizio della discrezionalità giudiziale: v. in proposito M. NISTICÒ, *L’interpretazione giudiziale nella tensione tra i poteri dello Stato. Contributo al dibattito sui confini della giurisdizione*, Torino, Giappichelli, 2015, 263 ss., su cui A. RUGGERI, *In tema di interpretazione e di interpreti nello Stato costituzionale (a proposito di un libro recente)*, in *DPCE Online*, 3/2015, spec. 21 ss.

²² Secondo la terminologia usata da A. RUGGERI, *Stato e tendenze della legislazione (tra molte ombre e qualche luce)*, in ID., *“Itinerari” di una ricerca sul sistema delle fonti*, III, *Studi degli anni 1996/1998*, Giappichelli, Torino 1999, 449.

certezza che siano contemplate eccezioni alla – pur generale e priva di *distinguo* – affermazione della Corte.

È certo, poiché va nella stessa direzione del *trend* adesso intrapreso, che in presenza di un diritto vivente di sospetta costituzionalità, la sua impugnazione dopo averne argomentato l'irretrattabilità non correrà alcun rischio di andare incontro a decisioni che si arrestano *in limine litis*²³; tuttavia, è dubbio che lo stesso possa dirsi per la situazione opposta. Volendo prospettare un'ipotesi estrema e rilevante, c'è da domandarsi cioè se, quand'anche l'interpretazione prescelta dal giudice *a quo* e posta ad oggetto dell'ordinanza di rimessione dovesse risultare contraria al diritto vivente – per un'erronea valutazione dello stesso giudice riguardo alla sussistenza di questo o per un disconoscimento della sua praticabilità da parte del rimettente (che in ipotesi contestasse la bontà dell'esegesi dell'organo di nomofilachia) – la pronuncia in cui si troverebbe a sfociare il giudizio di legittimità costituzionale continuerebbe ad appartenere alla tipologia decisoria delle pronunce di merito.

Se si ritenesse di poter dare al quesito risposta positiva e volendo poi indagare il tipo di pronuncia di merito cui si giungerebbe, sarebbe facile prevedere che il giudizio sfocerebbe in una pronuncia interpretativa di rigetto. Per essere ancora più precisi, si farebbe luogo alla pronuncia di rigetto interpretativo, anche definita in dottrina interpretativa “occulta” o “mascherata”, che, com'è noto, si distingue dalla sentenza interpretativa di rigetto in senso proprio, per il fatto che, a differenza di questa, non è resa riconoscibile dalla presenza nel dispositivo del rinvio alla motivazione, introdotto dalla consueta formula «nei sensi e nei modi...». La sentenza interpretativa di rigetto dotata della nota formula appena richiamata è infatti solitamente riservata, come si sa, soltanto ai casi in cui la Corte costituzionale si spinge sino a contrapporre una propria interpretazione adeguatrice alla norma vivente in seno alla giurisprudenza comune e non compete a quelli in cui, come nel caso qui ipotizzato, si tratterebbe solo di avallare un diritto vivente costituzionalmente orientato.

Tuttavia, il quesito sopra posto trova risposta negativa nella [sent. n. 21/2013](#), in cui si legge che la Corte non può essere chiamata a scrutinare una determinata norma di legge, assumendola nel significato attribuitole da un indirizzo interpretativo minoritario, quando invece l'orientamento giurisprudenziale prevalente fornisce una lettura della disposizione conforme all'assetto auspicato dal giudice *a quo*²⁴, concludendosi conseguentemente per l'inammissibilità.

4. Al di là del mutamento delle formule processuali: uno sguardo ai riflessi sul modello di giustizia costituzionale

Il mutamento di orientamento, sia pure attinente ai meri dispositivi processuali, si inserisce nella tendenza che la Corte ha intrapreso negli ultimi anni a fronteggiare e ad eliminare alcuni degli eccessi cui la dottrina dell'interpretazione conforme a Costituzione, così come era stata proclamata sul finire degli anni '90²⁵, aveva dato luogo²⁶. In questo *trend* rientra la cura rivolta a distinguere le

²³ Pure in passato peraltro la Corte, anche quando il ricorso all'inammissibilità era più esteso, nel senso sopra ricordato, ha sempre escluso da esso il caso in cui il giudice rifiutasse di accordare preferenza all'interpretazione conforme per assoggettare a sindacato il diritto vivente di dubbia costituzionalità (garantendo così il massimo impatto della risoluzione dell'antinomia): v. in questo senso l'[ord. n. 191/2013](#).

²⁴ Punto 4 del Cons. in dir.

²⁵ Ed il cui *hard core* è tuttora intatto: v. la [sent. n. 21/2013](#) (ed anche le ordd. nn. [198](#) e [322](#) dello stesso anno) in cui si ribadisce il “manifesto” del filone, secondo cui «in linea di principio le leggi non si dichiarano costituzionalmente illegittime perché è impossibile darne interpretazioni incostituzionali (e qualche giudice ritenga di darne), ma perché è impossibile darne interpretazioni costituzionali».

interpretazioni conformi che non tradiscono la loro stessa denominazione da quelle che – alla stregua di tutti i limiti testuali, con-testuali ed extra-testuali²⁷ che delimitano i significati plausibili in un certo ambito spazio-temporale²⁸ – non possono annoverarsi come interpretazione ed in realtà celano manipolazioni della legge²⁹. Si mira in tal modo a porre un argine alla possibilità che queste ultime, ammantate del plusvalore che loro verrebbe dalla finalità di attuazione dei principi costituzionali, possano trovare spazio nella giurisprudenza comune (e presumibilmente in quella stessa del giudice delle leggi). A questo riguardo, un chiaro punto fermo viene fissato dalla Corte, nel richiamare all'osservanza della "lettera" della legge, che nessuno sforzo di adeguamento interpretativo – per quanto appunto elevato sia il fine – può superare³⁰. Così, risulta implicitamente ribadita l'esistenza di un «vero confine tra legislazione e giurisdizione»³¹, che la marginalizzazione del testo insita, come sua estrema deriva, in un uso non vigilato della dottrina dell'interpretazione conforme a Costituzione tendeva ad offuscare.

Ancora allo stesso indirizzo si può riportare il ritorno al vincolo stringente che si è reputato derivare dalla *dottrina del diritto vivente*, non più considerata recessiva rispetto alla *dottrina dell'interpretazione conforme*, come in passato era stato ritenuto, declassando la prima – come si ricorderà – a criterio organizzativo dei rapporti Corte/giudici, destinato a soccombere davanti al dovere di interpretazione adeguatrice espressivo invece della supremazia della Costituzione³².

²⁶ Osserva che «dall'errata applicazione del suo paradigma possono derivare alla giustizia costituzionale danni assai gravi che la dottrina (così come, mi sembra, la giurisprudenza) non ha ancora diffusamente avvertito» M. LUCIANI, *Le funzioni sistemiche*, cit., 6.

²⁷ Per la considerazione che la complessiva «situazione normativa» non si esaurisca nella «proposizione normativa» in quanto include «elementi reali extralinguistici», in particolare «assiologici o anassiologici» d'obbligo il riferimento ad A. FALZEA, *La Costituzione e l'ordinamento*, in *Riv. dir. civ.*, 1998, 277 s.

²⁸ Che la discrezionalità giudiziale non sia illimitata – e che il suo rispetto sia anzi parte integrante del «capitale istituzionale» del potere giudiziario – è argomentato recentemente da R. BIN, *A discrezione del giudice. Ordine e disordine in una prospettiva "quantistica"*, Franco Angeli, Milano 2013 (le parole cit. si leggono a p. 98).

²⁹ È alquanto noto che nel percorso fin qui compiuto dalla dottrina dell'interpretazione conforme sposata dal giudice delle leggi, non infrequenti siano stati i casi di interpretazioni esulanti dai "limiti di resistenza" della legge, come rilevato, tra gli altri, da F. MODUGNO, *La retribuzione dei congedi straordinari: una «interpretativa di rigetto» a valenza additiva?*, in *Giur. cost.*, I, 1988, spec. 696 e L. CARLASSARE, *Perplexità che ritornano sulle interpretative di rigetto*, in *Giur. cost.*, 2001, spec. 191.

Per la tesi secondo cui «tutte le sentenze interpretative sono additive» e in definitiva costituiscono l'«esercizio di una potestà formalmente giurisdizionale, ma sostanzialmente legislativa» v. G. SILVESTRI, *Le sentenze normative della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1981, risp. 1691 e 1687.

³⁰ Sul limite della legge, v. G.P. DOLSO, *Interpretazione adeguatrice: itinerari giurisprudenziali*, cit., 1305 ss., spec. 1344 ss. e A. PACE, Postilla. *Sul dovere della Corte costituzionale di adottare sentenze di accoglimento (se del caso, «interpretative» e «additive») quando l'incostituzionalità stia nella «lettera» della disposizione*, in *Giur. cost.*, 2006, 3428 (che critica la [sent. n. 343/2006](#), con nota invece adesiva di M. RUOTOLO, *Per una gerarchia degli argomenti dell'interpretazione*, *ivi*, 3418 ss.).

In giurisprudenza, v. Corte cost., [sent. n. 110/2012](#) (con nota di G. SORRENTI, *Dalla Corte costituzionale un'esplicita battuta d'arresto all'estensione analogica in via giurisdizionale delle sentenze additive*, in *Giur. cost.*, 2013, 483 ss.), in cui si legge che «la lettera della norma impugnata, il cui significato non può essere valicato neppure per mezzo dell'interpretazione costituzionalmente conforme, non consente in via interpretativa di conseguire l'effetto che solo una pronuncia di illegittimità costituzionale può produrre» (punto 3 del *Cons. in dir.*); cui *adde* la sent. n. 170/2013, per cui il canone in oggetto «incontra sempre e comunque un limite nell'univoco tenore della disposizione impugnata».

³¹ Riaffermata ora vigorosamente, a conclusione di una serrata analisi teorica e in contrapposizione alla tesi che «esalta il momento creativo dell'interpretazione e l'approssima alla normazione», da M. LUCIANI, *Interpretazione conforme*, cit., 426 s. (che coerentemente sottolinea la preminenza dell'«interpretazione letterale»: 435).

³² V. l'[ord. n. 191/2013](#), cit. Per la constatazione secondo cui «il diritto vivente preclude alla Corte di sperimentare una propria interpretazione e viene esso stesso a porsi come oggetto di scrutinio», v. anche la *Relazione sulla giurisprudenza costituzionale del 2013*, a cura del Servizio Studi, Roma, Palazzo della Consulta, 27 febbraio 2014, in [www.cortecostituzionale.it](#), 43).

Infine, prendendo atto della debolezza della formula decisoria che qui si mostra di abbandonare, sul piano della sua capacità di garantire la diffusione dell'interpretazione adeguatrice, la Corte costituzionale mostra anche di avere a cuore l'effettivo rispetto dei principi costituzionali posti a rischio dalle ambivalenti letture consentite dalla legge o dalla stessa sua prevalente applicazione. In questo modo non affida al caso (ed alla maggiore o minore sensibilità dei giudici comuni) l'accoglienza nelle aule dei tribunali di quella lettura, ma la ancora all'*auctoritas* che le sentenze interpretative nel tempo hanno dimostrato di saper dispiegare sul campo della pratica giudiziaria. In questo mutamento d'indirizzo decisorio, sembra implicita la presa d'atto da parte del giudice delle leggi che il ricorso all'inammissibilità per l'omessa preferenza accordata all'interpretazione conforme implicava una forzatura sul piano dei requisiti per l'accesso al giudizio di merito e dunque dei rapporti con i giudici *a quibus*, con serio danno per l'effettività dei principi costituzionali. Di fronte alla pluralità di significati sostenibili a partire dal testo³³, contemporaneamente compatibili con la trama sistematica positiva in cui esso è inserito e spesso supportati anche dalla prassi giudiziaria, nonché alla stessa plurivocità dei principi costituzionali³⁴ cui l'adeguamento si deve orientare, la valutazione circa la preferenza ad una data interpretazione conforme non può che essere pertinente al sindacato sostanziale di costituzionalità, come vaglio nel merito della questione. L'attuale precisazione degli orientamenti della giurisprudenza costituzionale pertanto conduce, come si diceva, ad un più equilibrato assetto dei rapporti tra la Corte costituzionale, i giudici comuni e, non ultimo, il legislatore³⁵: vero invitato di pietra in questo rapporto, ma presenza non meno rilevante, posto che è in gioco in ultima analisi l'interpretazione-applicazione del prodotto della sua propria attività³⁶.

³³ Sulla pluralità di significati validamente desumibili dalla disposizione, pienamente accettata anche in seno all'approccio giuspositivistico, v. da ultimo O. CHESSA, che ripercorre in proposito le note riflessioni di H. Kelsen, H.L.A. Hart e V. Crisafulli: *I giudici del diritto. Problemi teorici della giustizia costituzionale*, Franco Angeli, Milano 2014, 281 ss.

³⁴ L'«indeterminatezza semantica» dei principi costituzionali «consente la costruzione di più norme alternative», come ricorda di recente – con riferimento alla teoria dworkiniana della loro integrazione tramite l'esercizio del *moral reading* – ancora O. CHESSA, *I giudici del diritto*, cit., 316, ribadendo un assunto consolidato nella dottrina in materia (v. più di recente, tra i tanti, almeno A. RUGGERI, *Principio di ragionevolezza e specificità dell'interpretazione costituzionale*, in *Ars interpretandi*, 2002, 261 ss.; ID., *Interpretazione costituzionale e ragionevolezza*, in *Pol. dir.*, n. 4/2006, spec. 540 s., in cui se ne sottolinea anche l'aspetto diacronico, affermando che «le esperienze di diritto costituzionale, in un ordinamento democratico e pluralista quale il nostro, sono attraversate da un moto incessante e si compongono e scompongono in un “gioco” senza fine, che ha quale suo canone fondamentale ed autentico *Grundwert* il principio del libero ed incondizionato confronto culturale, volto alla persuasione attraverso l'argomentazione»; M. LUCIANI, *Interpretazione costituzionale e testo della Costituzione. Osservazioni liminari*, e F. MODUGNO, *Interpretazione costituzionale e interpretazione per valori*, entrambi in AA.VV., *Interpretazione costituzionale*, a cura di G. Azzariti, Giappichelli, Torino 2007, risp. 45 e 54; T. GUARNIER, *Interpretazione costituzionale e diritto giurisprudenziale. Specificità e problemi dell'interpretazione costituzionale nell'ordinamento giuridico integrato*, ES, Napoli, 2014, 11 ss. e 30 ss.).

In relazione al ragionamento svolto nel testo, è opportuno precisare che, se è vero che, nonostante le sue premesse sulla vaghezza semantica dei principi costituzionali, lo stesso Dworkin giunge a farsi fautore della *one right answer thesis*, ciò accade grazie alla capacità orientante dei “casi della vita”, capaci di selezionare i significati di volta in volta rilevanti nelle singole situazioni concrete. Il che conferma che, nella molteplicità delle situazioni oggetto dell'attività giurisdizionale comune, le oscillazioni di significato cui sopra si fa riferimento si riproducano in tutto il loro ampio spettro.

³⁵ Che nella relativizzazione del testo legislativo, disinvoltamente manipolabile in sede giudiziaria e, in definitiva, nell'incessante «ridefinizione degli equilibri fra legislatore e giudice a vantaggio del secondo» giaccia «una sottile tendenza aristocratica», nel «convincimento che la legge della ragione» sia migliore della «legge degli uomini», è affermato da M. LUCIANI, *Interpretazione conforme*, cit., 393 s.

³⁶ Di queste interrelazioni si mostra ben avveduto, nelle sue acute e raffinate considerazioni, V. SCIARABBA, *L'“interpretazione conforme” tra sindacato diffuso (su “norme”) e ipotesi di “graduazione della costituzionalità”*: spunti di riflessione, in AA.VV., *I principi generali del processo comune ed i loro adattamenti alle esperienze della*

Per tale via, pertanto, la Corte costituzionale finisce, ad avviso di chi scrive, con il rispondere in maniera migliore al ruolo di garante di unità che va ad essa – e dunque al sindacato accentrato di costituzionalità accolto nel nostro Paese – tributato³⁷.

5. Una chiosa finale

V'è in questo mutamento di indirizzo una rinnovata tendenza all'accentramento ed una flessione dell'eccessiva spinta centrifuga che aveva caratterizzato in precedenza il sindacato di legittimità delle leggi, orientandolo verso un'accentuata diffusione. È certo infatti che la "chiusura dei battenti" della Corte (con decisioni di inammissibilità) abbia rappresentato un incoraggiamento ai giudici comuni a "far da sé" anche quando i margini d'azione per una ricomposizione in via ermeneutica erano davvero esigui.

In questo senso, l'attuale cambiamento giurisprudenziale costituisce un fermo passo mosso verso una giusta direzione. Da una parte, esso procede nel senso del recupero delle basi del costituzionalismo moderno, che fa passare da Costituzioni scritte la propria «pretesa ordinante» della civile convivenza e l'assolvimento del compito essenziale di limitazione del potere, giustificando il convincimento per cui, al contrario, ogni «svalutazione del testo» di per sé «allontana dal senso profondo del costituzionalismo»³⁸. Dall'altra, pone un freno all'«incontenibile inaridimento del giudizio incidentale»³⁹ – imputabile agli effetti della stessa dottrina dell'interpretazione conforme in alcune sue manifestazioni non adeguatamente vigilate – in quanto non dissuade i giudici dal prospettare le questioni di legittimità costituzionale, muovendo loro un rimprovero sulla corretta ricognizione dei requisiti per la rimessione delle stesse e del correlato ruolo di "filtro" cui devono assolvere.

Naturalmente, il terreno perso dai dispositivi d'inammissibilità viene guadagnato dai dispositivi interpretativi, per cui in definitiva ciò che non fa il giudice comune lo fa poi la Corte. Ma, oltre ai notevoli guadagni per l'effettività sopra ricordati, è la stessa correzione che la Corte ha oggi apportato ad alcune sbavature del suo indirizzo (grazie al rinnovato richiamo al testo ed al vincolo al diritto vivente) a indurre a credere che la stessa si atterrà ad un atteggiamento di *self-restraint* nel formulare la lettura adeguatrice, idoneo ad evitare le forzature cui si è assistito in passato.

giustizia costituzionale, a cura di E. Bindi - M. Perini - A. Pisaneschi, Giappichelli, Torino 2008, 481 ss., ma spec. 488 ss.

I riflessi che la ricostruzione più o meno ampia dei margini di discrezionalità insiti nell'attività di interpretazione-applicazione del diritto, in base alla teoria dell'interpretazione accolta, produce sui rapporti tra potere giudiziario e potere legislativo sono trattati con profondità d'analisi, in riferimento alla *judicial review of legislation* (e per affrontare la "difficoltà contro-maggioritaria" cui la stessa si espone), da O. CHESSA, *I giudici del diritto*, cit., 105 ss. e 122 ss., ma *passim*. Sia pure espressi con riferimento ad un modello di sindacato di costituzionalità di tipo diffuso, essi sono riportabili anche ad un modello accentrato, in cui i giudici comuni siano partecipi della risoluzione delle questioni di legittimità costituzionale, come accade nel nostro ordinamento in virtù della "dottrina dell'interpretazione conforme".

³⁷ M. LUCIANI, *Le funzioni sistemiche*, cit., il quale, con riguardo alle due istituzioni di garanzia operanti nel nostro ordinamento afferma: «Né il Presidente né la Corte, è chiaro, possono produrre unità quando l'unità non esiste, ma possono almeno assicurare le ragioni del mantenimento dell'unità quando esse vi sono; possono irrobustire le loro radici; possono attivare i meccanismi dell'emozione o della ragione che funzionano – essi sì – da generatori d'unità» (4).

Sul profilo, connesso, della certezza del diritto nell'applicazione dei principi costituzionali, che suggerisce la scelta degli strumenti processuali più idonei al fine di minimizzare o evitare del tutto «(ulteriori) lesioni a "beni" costituzionalmente garantiti» insiste anche R. PINARDI, *L'interpretazione adeguatrice tra Corte e giudici comuni: le stagioni di un rapporto complesso e tuttora assai problematico*, in *Scritti in onore di L. Carlassare*, a cura di G. Brunelli - A. Pugiotto - P. Veronesi, IV, *Dei giudici e della giustizia costituzionale*, cit., 1545.

³⁸ M. LUCIANI, *Interpretazione conforme*, cit., 397.

³⁹ *Ibidem*, 470.

Qualcuno obietterà che poco importa questa redistribuzione di compiti tra Corte e giudici, in quanto l'armonizzazione in via giurisprudenziale della legge alla Costituzione rimane un fenomeno annoverabile alla tendenza allo Stato giurisdizionale che contrassegna i tempi presenti, con tutto ciò che ne consegue in termini di prevalenza del principio "aristocratico", legato all'attività di organi privi di legittimazione popolare, sul principio "democratico", che si esprime nel rispetto del testo dettato dal legislatore dotato di investitura elettiva; ciò che determinerebbe di nuovo una sofferenza per le condizioni desiderabili di sviluppo di una democrazia costituzionale. Ma a una simile obiezione è facile controbattere avvalendosi dell'osservazione secondo cui, poiché la magistratura costituzionale è posta a tutela della «volontà democratica sottesa al patto costituzionale», nella garanzia affidata ad un istituto come la Corte gli elementi aristocratici sono ravvisabili «sì, ma senza esagerare»⁴⁰.

⁴⁰ *Ibidem*, 395.

Bruno Brancati

Il complesso rapporto tra il giudice costituzionale e il dibattito extra-giuridico, in relazione al problema della ricerca scientifica sugli embrioni

SOMMARIO: 1. La Corte costituzionale e il dato culturale extra-giuridico, nella [sentenza n. 84 del 2016](#). – 2. Rilevazione di alcune ambiguità nella motivazione della [sentenza n. 84 del 2016](#). – 3. Osservazioni sul dibattito intorno all’inizio della vita umana e, in particolare, sulle posizioni che non assegnano rilevanza all’identificazione puntuale del momento iniziale della vita umana al fine di giustificare la soppressione dell’embrione (o del feto). – 4. Alcune importanti indicazioni sullo “statuto” dell’embrione nell’ordinamento italiano. – 5. Una lettura kelseniana della [sentenza n. 84 del 2016](#)?

1. La Corte costituzionale e il dato culturale extra-giuridico, nella [sentenza n. 84 del 2016](#)

Nel suo libro dedicato all’aborto¹, Susanna Mancini, partendo dal presupposto che tutti i diritti hanno un contenuto morale, trae la conclusione che la giustizia costituzionale (ed anche quella ordinaria) «quando decide sui diritti solleva inevitabilmente questioni di natura morale che non possono che coinvolgere giudizi morali, o, per lo meno, avere implicazioni morali assai significative»². Per l’A., addirittura, quando vengono in rilievo questioni altamente divisive da un punto di vista morale, risulta «virtualmente impossibile per un giudice astenersi dal ruolo di arbitro morale»³. Nella [sentenza n. 84 del 2016](#), invece, la Corte costituzionale dichiara apertamente di astenersi dall’effettuare un certo tipo di valutazione morale, con riguardo ad una questione altamente divisiva.

La decisione appena richiamata suscita un vivo interesse, sia per i temi su cui vertevano le questioni di costituzionalità, sia per l’approccio, anche culturale, adottato, il quale pare trovare un esito consequenziale nella tipologia di decisione. Questo contributo non mira a svolgere un’analisi puntuale della decisione, ma a trarre da una parte della motivazione relativa alla questione sollevata sull’art. 13 della legge 40 del 2004 alcuni spunti generali di riflessione⁴. Vertendo la questione di legittimità costituzionale sulla previsione che proibisce la ricerca scientifica sugli embrioni, la decisione offre diversi stimoli per svolgere alcune considerazioni sui rapporti tra diritto, scienza ed etica. Questi tre ambiti dell’esperienza culturale e sociale umana, infatti, sono tenuti inevitabilmente ad entrare in relazione l’uno con l’altro, senza che ciò pregiudichi la necessaria distinzione delle rispettive identità⁵. Infatti, «è un dato di comune acquisizione quello per cui i problemi di biodiritto non possono neppure essere impostati e – fin dove possibile – a modo risolti se non tenendo conto degli esiti raggiunti negli ambiti disciplinari suddetti [...]»⁶.

La pronuncia in questione dà un grande rilievo agli ambiti del sapere e della cultura umani esterni al diritto; la Corte ha bisogno di guardare non soltanto “fuori di sé”, ma “fuori del diritto costituzionale”. Essa, infatti, mette a confronto gli argomenti favorevoli e quelli contrari

¹ S. MANCINI, *Un affare di donne. L’aborto tra libertà eguale e controllo sociale*, Cedam, Padova, 2012.

² S. MANCINI, *Un affare di donne*, cit., 20.

³ S. MANCINI, *Un affare di donne*, cit., 26.

⁴ Sulla decisione, vedi E. CHIEREGATO, *La resistenza del divieto di donazione di embrioni alla ricerca scientifica tra margine di apprezzamento europeo e deferenza al legislatore*, in [www.forumcostituzionale.it](#), 4 giugno 2016; A. RICCIARDI, *La Corte costituzionale, decidendo di non decidere, lascia aperta la questione degli embrioni crioconservati. Nota a Corte costituzionale, 22 marzo 2016, n. 84*, in *Osservatorio AIC*, fasc. 2/2016, 22 giugno 2016; A. RUGGERI, *Procreazione medicalmente assistita e Costituzione: lineamenti metodico-teorici di un modello ispirato ai valori di dignità e vita*, in *La procreazione medicalmente assistita. Bilancio di un’esperienza, problemi e prospettive*, Messina, 5-6 maggio 2016, in [Federalismi.it](#), 11 maggio 2016; V. TIGANO, *De dignitate non disputandum est? La decisione della Consulta sui divieti di sperimentazione sugli embrioni e di revoca del consenso alla PMA*, 14 e s., in [Diritto penale contemporaneo](#), dell’8 maggio 2016).

⁵ Come afferma RUGGERI, «tra etica, scienza e diritto si dà [...] un rapporto di *distinzione*, ciascuna di esse possedendo una sua propria caratterizzazione, ma non di rigida *separazione* o, diciamo pure, di reciproca impermeabilizzazione [...]» (A. RUGGERI, *Procreazione medicalmente assistita*, cit., 3).

⁶ A. RUGGERI, *Procreazione medicalmente assistita*, cit., 3.

all'effettuazione della ricerca scientifica sugli embrioni (oltre i limiti già consentiti dall'art. 13 della legge n. 40/2004). I primi si possono riassumere nella considerazione per cui, dato che gli embrioni di cui si tratta sono comunque destinati a non venire al mondo, la loro destinazione alla ricerca scientifica sarebbe più ragionevole e denoterebbe anche un rispetto maggiore nei confronti di questi di quanto non faccia il lasciarli perire, inquadrandosi nella prospettiva solidaristica dell'art. 2 Cost. I secondi sono i seguenti: l'uso dell'embrione a fini di ricerca, implicandone la distruzione, è incompatibile con il riconoscimento della dignità di persona; in base ad un principio di precauzione, data la possibilità che l'embrione sia ben più che mero materiale biologico, lo scienziato dovrebbe dedicarsi a percorsi alternativi di ricerca; i genitori non possono considerarsi "proprietari" degli embrioni, e quindi non sono legittimati a donarli; la sperimentazione su una persona umana esige il consenso informato del paziente, consenso che l'embrione non può esprimere; il lasciar morire è cosa diversa e meno grave dell'uccidere. Il par. 11 del *Considerato in diritto* esplicita le conseguenze che la Corte trae dal suo ragionamento: dato che la scelta di cui si tratta è «così ampiamente divisiva sul piano etico e scientifico», e «non trova soluzioni significativamente uniformi neppure nella legislazione europea», essa rientra pienamente nella sfera di decisione del legislatore, e per la sua elevata discrezionalità, dovuta ai profili assiologici che la connotano, si sottrae al sindacato della Corte. La constatazione di un insanabile contrasto di posizioni sul piano culturale extra-giuridico (etico e scientifico in particolar modo), di cui è traccia l'eterogeneità di soluzioni legislative apprestate nel panorama europeo, diviene il fondamento per l'identificazione nella "inammissibilità per discrezionalità del legislatore" della tipologia decisoria adatta al caso. L'impostazione della motivazione è interessante, in quanto sembrerebbe far trasparire una particolare visione del coinvolgimento che un giudice costituzionale dovrebbe avere nelle questioni eticamente sensibili. In sintesi, secondo questa visione, nei casi in cui il dibattito sul piano extra-giuridico vede posizioni irriducibilmente contrastanti, tutte sostenute con argomenti dotati di plausibilità e ragionevolezza, allora il giudice costituzionale non deve entrare nel merito delle questioni, deve mantenersi nella "neutralità". Questo tipo di impostazione può sembrare accettabile, ma presenta il rischio di offrire al giudice costituzionale una facile via di fuga rispetto a questioni particolarmente scottanti, consentendogli di "decidere di non decidere"⁷.

Pertanto, proprio perché il dato culturale extra-giuridico riveste una notevole importanza in quest'ottica, è importante considerare il modo in cui la Corte costituzionale recepisce i dati emergenti dal dibattito scientifico, etico e filosofico, anche al fine di verificare se essa lo abbia semplicemente strumentalizzato per fuggire dalla pesante responsabilità di una decisione nel merito. Infatti, non è possibile escludere, astrattamente, il rischio che le ricostruzioni operate dalle corti non riflettano sempre fedelmente lo *status quo* del dibattito culturale della società civile, e che contengano delle ambiguità.

Quindi, l'operazione che si cercherà di svolgere è quella di analizzare il modo in cui la Corte è entrata in dialogo con il mondo culturale extra-giuridico e il modo in cui ha innestato i dati emergenti da tale dialogo sul dato giuridico.

2. Rilevazione di alcune ambiguità nella motivazione della [sentenza n. 84 del 2016](#)

La motivazione della [decisione n. 84/2016](#) pare caratterizzata da una certa mancanza di chiarezza dal punto di vista terminologico e definitorio. La Corte richiama alcuni tratti salienti della sua

⁷ A tal riguardo, si deve ricordare che la decisione ha ricevuto critiche dalla dottrina. Per esempio, RUGGERI la definisce "pilatesca" e afferma che l'argomento della contrapposizione dei punti di vista, che fonda la decisione di inammissibilità, «spinto fino alle sue ultime e conseguenti applicazioni, dovrebbe, a conti fatti, portare a qualificare come inammissibile ogni questione tendente alla caducazione, specie se accompagnata da addizioni normative *ope iudicis*, di discipline positive relative a materie eticamente sensibili [...]» (A. RUGGERI, *Procreazione medicalmente assistita*, cit. 26 e s.). Questo potrebbe comportare che il giudice costituzionale venga relegato al silenzio per lungo tempo, dato che l'eventualità che su tali temi si instauri un consenso rasserenato e diffuso potrebbe essere alquanto remota (*ibid.*).

giurisprudenza, ricavati dalle [sentenze nn. 151 del 2009](#), [96 del 2015](#) e [229 del 2015](#): con la prima, si è aperta la possibilità nel nostro ordinamento di creare embrioni “non portati a nascita”; la seconda ha esteso l’ambito di tale possibilità, consentendo alle coppie fertili, portatrici di malattie genetiche trasmissibili, di ricorrere alla PMA, ed anche alla diagnosi pre-impianto; la terza ha escluso la fondatezza della questione di costituzionalità della previsione che sanziona penalmente la condotta di soppressione degli embrioni, anche se affetti da malattia genetica. Nel par. 8.2 del *Considerato in diritto*, la Corte trae alcune considerazioni dalla sua giurisprudenza pregressa: la dignità dell’embrione trova copertura costituzionale nell’art. 2 Cost., in quanto si tratta di un’entità che ha in sé il principio della vita – anche se il suo stadio di sviluppo non è stato univocamente individuato dalla scienza; la tutela dell’embrione non si affievolisce per il solo fatto che si tratta di embrioni affetti da malformazione genetica; la tutela dell’embrione è soggetta a bilanciamento, in particolare per tutelare le esigenze della procreazione e la salute della donna. La formula con cui si definisce l’embrione è alquanto fumosa: “entità che ha in sé il principio della vita”. Si potrebbe astrattamente interpretare in vari modi: si può intendere nel senso che è già vita iniziata, ma anche nel senso che si tratta semplicemente di vita potenziale, e quindi la vita non sarebbe già presente, in atto. La Corte pare giustificare l’adozione di una formula dal carattere poco definito affermando che la scienza non avrebbe ancora identificato univocamente lo stadio di sviluppo. Successivamente, quando la Corte riporta gli argomenti di coloro che sono favorevoli alla ricerca scientifica sugli embrioni, afferma che essi ritengono che la destinazione a scopi di ricerca scientifica dimostri «un rispetto per la vita umana ben superiore al mero “lasciar perire”⁸. Se si è bene interpretato il testo, si dice che devolvere gli embrioni per uno scopo utile sia indice di un rispetto maggiore di quello che può significare la semplice attesa della loro estinzione. Se questa è l’interpretazione corretta della frase, si deve prendere atto che si sta riconoscendo che l’embrione è vita umana. Questa conclusione è revocata in dubbio dalla lettura degli argomenti di quanti sono contrari alla ricerca scientifica sugli embrioni. Infatti, viene riferito dalla Corte che, sul fronte opposto, si ritiene che «già solo in ossequio ad un “principio di precauzione”, a fronte della possibilità che l’embrione sia ben più che mero materiale biologico, lo scienziato dovrebbe decidere non già di “non fare”, ma di “fare altro”⁹. Dunque, sebbene i fautori di questo secondo orientamento siano personalmente convinti che la soppressione di un embrione equivalga ad uccidere¹⁰, tuttavia essi sembrano disposti a concedere che su questo non vi è sicurezza, e che vi sia anche la possibilità che l’embrione sia “mero materiale biologico”¹¹. A questo punto, sembrerebbe logico pensare che anche per la Corte costituzionale non è certo se l’embrione sia materiale biologico o qualcosa di più. Infatti, se la Corte avesse dato per certo che l’embrione è più di mero materiale biologico, perché avrebbe dovuto inserire questo dubbio all’interno degli argomenti di uno dei fronti contrapposti? Essa avrebbe dovuto, piuttosto, mettere fuori dalla discussione quel punto, e non farlo apparire come dato contestabile e problematico, che concorre, in ragione della sua opinabilità, all’adozione della decisione di inammissibilità. L’atteggiamento della Corte circa il problema della definizione dell’embrione è, dunque, piuttosto ambiguo e ondivago in questa sentenza.

La Corte costituzionale italiana non è la sola ad apparire “preda di dubbi” in relazione alla natura dell’embrione. Anche la Corte di Strasburgo pare trovarsi in una condizione analoga. Anzi, in un passaggio della [sentenza Parrillo c. Italia](#)¹², richiamata dalla Corte costituzionale nella [sentenza n. 84 del 2016](#)¹³, essa afferma in modo netto che l’individuazione dell’inizio della vita umana è una questione controversa: «*it is not necessary to examine here the sensitive and controversial question*

⁸ C. cost. n. 84/2016, *Considerato in diritto*, par. 10.1.

⁹ C. cost. n. 84/2016, *Considerato in diritto*, par. 10.2.

¹⁰ Lo si evince dalla continuazione del testo della decisione.

¹¹ L’espressione “mero materiale biologico” sembrerebbe interpretabile come equivalente a “non-vita”, visto che anche un pezzo di tessuto o una goccia di sangue, o un capello è mero materiale biologico.

¹² [Parrillo v. Italia](#), n. 46470/11.

¹³ C. cost. n. 84/2016, *Considerato in diritto*, par. 9.

of when human life begins [...]»¹⁴. La Corte costituzionale riporta quest'ultima citazione dalla sentenza della Corte EDU, ma rimane incerto se pure essa sia dell'avviso che si tratta di una questione controversa. Tuttavia, pure la decisione della Corte di Strasburgo è segnata non solo dal dubbio, ma anche dall'ambiguità. Da un lato, come è stato detto, afferma che la questione dell'inizio della vita umana è controversa. Dall'altro, ha dichiarato non ricevibile il ricorso di una donna che invocava il diritto di proprietà (art. 1, Prot. 1 allegato alla CEDU) al fine di poter donare alla scienza alcuni embrioni creati grazie ai suoi gameti. La Corte ha fondato tale conclusione sulla considerazione che gli embrioni non possono essere considerati oggetto di proprietà, ai sensi dell'art. 1 Prot. 1 Cedu¹⁵. Tuttavia, dopo aver detto ciò che l'embrione non è, la Corte non ha avuto l'ardire di affermare che esso deve essere rispettato come un soggetto (ipotizzando, forse, che sia possibile categorizzare un *tertium genus* tra oggetto e soggetto)¹⁶.

3. Osservazioni sul dibattito intorno all'inizio della vita umana e, in particolare, sulle posizioni che non assegnano rilevanza all'identificazione puntuale del momento iniziale della vita umana al fine di giustificare la soppressione dell'embrione (o del feto)

Il problema dell'inizio della vita umana non è certo nuovo per i giuristi¹⁷. Talune tradizioni giuridiche, peraltro, non hanno mancato di offrire una risposta abbastanza definita ad esso¹⁸.

Il problema, comunque, è spinoso ed accompagna da sempre il dibattito sull'aborto¹⁹; la questione, a volte, appare talmente insuperabile che pare che i giudici debbano trovare il modo di scavalcarla, per arrivare a delle decisioni. La Corte Suprema USA, per esempio, nella storica decisione *Roe v. Wade*²⁰, affermava: «non abbiamo bisogno di risolvere il difficile problema di quando la vita comincia. Una volta che gli esperti nelle rispettive discipline della medicina, della filosofia e della

¹⁴ Par. 215, *Parrillo v. Italia*. L'incertezza sull'inizio della vita umana ha contrassegnato anche la pregressa giurisprudenza di Strasburgo: vedi *Vo v. France*, n. 53924/00 e *Evans v. UK*, n. 6339/05, nonché le decisioni della Quarta sezione (7 marzo 2006) e della Grande Camera (10 aprile 2007) sul ricorso presentato per violazione degli artt. 2, 8 e 14 CEDU da parte dello *Human Fertilisation and Embriology Act* (UK, 1990), che non vietava all'ex partner di revocare il consenso all'utilizzo di embrioni originariamente prodotti col consenso di entrambi.

¹⁵ Par. 215, *Parrillo v. Italia*, n. 46470/11.

¹⁶ Questa decisione richiama alla mente quelle tesi che qualificano l'embrione come "non-cosa", ma non gli attribuiscono individualità soggettiva. Un esempio in questo senso pare essere costituito dalla decisione n. 85 del 1985 del Tribunale costituzionale portoghese, secondo la quale «la vita prenatale partecipa della protezione che la Costituzione conferisce alla vita umana in quanto valore costituzionale obiettivo, ma non può godere della protezione costituzionale del diritto alla vita propriamente detto, che spetta alle persone» (citata in F. D. BUSNELLI, *L'inizio della vita umana*, in *Rivista di diritto civile*, 2004, I, 544).

¹⁷ Afferma VERONESI: «che cosa poi sia la "vita" e in quale momento abbia inizio la "persona" è peraltro una discussione che non avrà mai fine; si tratta infatti di un tema in relazione al quale il pluralismo delle tesi sarà (verosimilmente anche in futuro) irriducibile a unità» (P. VERONESI, *Il corpo e la Costituzione. Concretezza dei "casi" e astrattezza della forma*, Giuffrè, Milano, 2007, 105).

¹⁸ Sembra essere questo il caso della tradizione dei codici civili latinoamericani, che accoglie la tesi dell'inizio della vita coincidente con il concepimento. Vedi, a tal proposito, F. D. BUSNELLI, *L'inizio della vita umana*, cit., 539 e s.: l'A. ricorda il modello più risalente, costituito dal codice argentino del 1871, e il modello recente del codice peruviano del 1984, constatando che tale tradizione si rispecchia nella Convenzione americana sui diritti dell'uomo, il cui art. 4 sancisce "the right to life from the moment of conception". Tuttavia, si segnala anche una decisione della Corte interamericana dei diritti umani, che ha precisato che il termine "concepimento" va interpretato nel senso che esso deve essere ritenuto sussistente al momento dell'impianto nel corpo della donna, e non prima, con la mera fecondazione (vedi H. MIRANDA, *Corte interamericana dei diritti dell'uomo, sentenza Artavia Murillo y otros ("Fecundación in vitro") c. Costa Rica, del 28 novembre 2012, serie C. n. 257*, in *DPCE online*, 2013-2, 8).

¹⁹ Tra i casi importanti degli ultimi anni, in cui il giudice ha rilevato la problematicità della questione, si può citare Corte EDU, *A, B, C. v. Ireland*, n. 25579/05 (*Grand Chamber*): la decisione è fortemente criticata da Susanna Mancini per il riconoscimento di un ampio margine di apprezzamento da parte della Corte di Strasburgo (vedi S. MANCINI, *Un affare di donne*, cit., 121 ss).

²⁰ *Roe v. Wade* – 410 U.S. 113 (1973).

teologia non sono in grado di raggiungere un accordo, il potere giudiziario, al punto odierno dello sviluppo delle conoscenze umane, non è in condizione di speculare intorno alla risposta».

In realtà, bisogna osservare che il dibattito relativo alla liceità o meno della soppressione dell'embrione o del feto non si riduca al mero confronto di posizioni diverse circa il momento di inizio della vita umana²¹. Il dibattito è più complesso, perché vede al suo interno anche delle posizioni che, pur essendo divergenti, non mettono in discussione il momento di inizio della vita umana. Esiste un terreno di scontro morale, in tema di fasi dello sviluppo prenatale, che si pone su un altro piano.

Per esempio, una corrente di pensiero che ha avuto particolare diffusione nella cultura americana è quella che nega l'esistenza, prima della nascita, di una persona, e non di una vita umana.

Per esempio, si consideri la posizione di Peter Singer, filosofo morale. In un suo volume degli anni Novanta²², Singer affrontava, tra i vari temi, anche quello dell'inizio della vita umana, e quindi anche i problemi, collegati, dell'aborto, delle nuove tecnologie riproduttive, della sperimentazione sull'embrione²³. Singer fa una sua proposta per superare «il punto morto del dibattito sull'aborto»²⁴, ma prima, evidentemente, deve ricostruire i termini usuali del dibattito fino a quel punto. Il filosofo australiano riassume così la posizione anti-abortista²⁵:

Prima premessa è moralmente sbagliato sopprimere una vita umana innocente.

Seconda premessa: dal concepimento in poi, l'embrione o il feto è umano, vivente e innocente.

Conclusione: sopprimere la vita dell'embrione o del feto è moralmente sbagliato.

Come osservava Singer, «dal punto di vista della logica formale, il ragionamento è valido»²⁶, perché «se accettiamo le premesse, dobbiamo accettare la conclusione»²⁷. Pertanto, la posizione favorevole all'aborto può trovare un fondamento solo nella contestazione di una di queste premesse. Solitamente - affermava Singer - la premessa che veniva attaccata era la seconda: una nuova vita umana verrebbe al mondo in qualche altro momento diverso dal concepimento, la nascita o un momento anteriore alla nascita. In effetti, anche la sentenza *Roe v. Wade*²⁸ sembra fondare l'ammissibilità dell'aborto su una risposta alla domanda sull'inizio della vita, sebbene, come si è ricordato prima, la Corte Suprema avesse dichiarato in quella stessa decisione che una risposta a un tale quesito non si può dare²⁹. Infatti, quando la Corte dà rilievo all'interesse dello Stato per la "vita

²¹ A tal riguardo, è utile richiamare il [report](#) del *Subcommittee on Separation of Powers of the Committee on the Judiciary (United States Senate, 97th Congress, on S. 158 – The human life bill, 1981, in [Hathi Trust Digital Library](#))*, dove si effettua una chiara distinzione tra la questione scientifica e la questione di valore e si può leggere che «*rare scientific evidence points to a clear conclusion: the life of a human being begins at conception, the time when the process of fertilization is complete [...] There is overwhelming agreement on this point in countless medical, biological and scientific writings*» ([report cit.](#), 7). Tuttavia, secondo il *report*, la risposta al quesito scientifico non basta per rispondere all'altro quesito (di tipo etico) sulla necessità o meno di considerare tutte le vite umane in modo uguale ([ibid.](#), 13).

²² P. SINGER, *Ripensare la vita. Tecnologia e bioetica: una nuova morale per il mondo moderno*, 2a ed., Milano, 2000.

²³ Da questo punto di vista, le riflessioni elaborate nel dibattito sull'aborto sono da prendere in considerazione pure in riferimento alla ricerca sugli embrioni, nella misura in cui si tratta della possibilità di sopprimere un embrione.

²⁴ P. SINGER, *Ripensare la vita*, cit., 115.

²⁵ Com'è noto, è anti-abortista la posizione ufficiale della Chiesa cattolica, di cui si può rinvenire espressione nell'enciclica *Evangelium Vitae* (25 marzo 1995) di Papa Giovanni Paolo II: «Ogni uomo sinceramente aperto alla verità e al bene, con la luce della ragione e non senza il segreto influsso della grazia, può arrivare a riconoscere nella legge naturale scritta nel cuore il valore sacro della vita umana dal primo inizio fino al suo termine, e ad affermare il diritto di ogni essere umano a vedere sommamente rispettato questo suo bene primario. Sul riconoscimento di tale diritto si fonda l'umana convivenza e la stessa comunità politica» (n. 2). Vedi anche CONGREGAZIONE PER LA DOTTRINA DELLA FEDE, *Istruzione "Donum vitae"* (22 febbraio 1987), I, 1: AAS 80 (1988), 79: «l'essere umano va rispettato e trattato come una persona fin dal suo concepimento e, pertanto, da quello stesso momento gli si devono riconoscere i diritti della persona, tra i quali anzitutto il diritto inviolabile di ogni essere umano innocente alla vita» (il passo è citato anche nella *Evangelium vitae*, al punto 60).

²⁶ P. SINGER, *Ripensare la vita*, cit., 111.

²⁷ *Op. et loc. ult. cit.*

²⁸ Sulla giurisprudenza della Corte Suprema degli Stati Uniti sull'aborto, vedi S. MANCINI, *Un affare di donne*, cit., 41 ss.

²⁹ Da questo punto di vista, la decisione pare mostrare una incongruenza interna.

potenziale”, e afferma che rispetto a questa il momento decisivo è segnato dall’insorgenza della vitalità del feto³⁰, in un certo senso sta avallando una sorta di risposta alla domanda sull’inizio della vita³¹. Notava Singer, però, «che lo sviluppo umano è un processo graduale e non è facile capire perché un particolare momento debba considerarsi *il* momento in cui comincia una vita umana»³². Su questa considerazione si innesta la proposta (di enorme e traumatica portata) di Singer, consistente nel mettere in discussione la prima premessa del ragionamento degli anti-abortisti, al fine di affermare la sacrificabilità di certe vite umane³³. Alquanto assimilabile pare la concezione di H. Tristram Engelhardt, per il quale «i feti...costituiscono esempi di non-persone umane»³⁴. Il cuore di questo tipo di pensiero risiede nel super-principio di autonomia, che conduce a qualificare come persone “in senso stretto” solo gli individui autonomi³⁵. Eleggendo a fondamento tale principio, peraltro, si deve convenire che la soglia della tutela giuridica non è più rappresentata dalla nascita, perché neanche l’infante è autonomo (come, del resto, non lo sono individui con gravi handicap mentali). Perciò, coerentemente, Singer ritiene ammissibile l’infanticidio³⁶.

Al di là delle teorie filosofiche, non mancano, pure nell’ambito delle persone caratterizzate da un certo impegno civile, sociale e politico, posizioni favorevoli alla soppressione delle “entità” prenatali che non si fondano sulla negazione dell’inizio di una vita umana.

Si può ascrivere a questo orientamento anche una storica esponente del femminismo USA, Naomi Wolf, come può evincersi da questa sua dichiarazione che, pur riferita al feto e non all’embrione, rende esplicita l’idea per cui non si tratta di stabilire quando inizi la vita, ma di stabilire di poter sacrificare una vita: «aggrappati ad una retorica sull’aborto dichiarando che non c’è vita e non c’è morte noi ci incastriamo in una serie di auto-inganni, bugie e sotterfugi. [...] Abbiamo bisogno di contestualizzare la lotta per difendere il diritto all’aborto entro un quadro etico che ammette il fatto che la morte di un feto è una vera morte»³⁷. Un’altra dichiarazione che sostanzialmente ha lo stesso tenore è stata resa nel 1997 da Faye Wattleton, ex presidentessa del *Planned Parenthood*, un’organizzazione non-profit americana, tra le cui attività principali rientra la prestazione di servizi volti all’effettuazione di aborti: «io penso che ci stiamo illudendo se crediamo che la gente non sappia che l’aborto è uccidere. Quindi, qualsiasi pretesa di dire che l’aborto non uccide è sempre un segno di una nostra ambivalenza. L’aborto uccide il feto, ma il corpo è della donna. È lei che decide»³⁸. Anche quest’ultima dichiarazione si riferisce espressamente al feto, ma è rilevante nella misura in cui

³⁰ Si tratterebbe del momento in cui il feto diventa capace di vita “significativa” fuori dell’utero della madre.

³¹ Anche SINGER nota che in *Roe v. Wade* la Corte identifica l’inizio della vita umana non con la nascita, ma con la vitalità del feto (P. SINGER, *Ripensare la vita*, cit., 111). L’A. sembra sottolineare l’arbitrarietà di questa impostazione, affermando che il feto non raggiunge la vitalità in un preciso *punctum temporis* e che i progressi nel trattamento dei nati prematuri anticipano la vitalità del feto (e pertanto, secondo il ragionamento avallato in *Roe v. Wade*, dovrebbero anticipare pure l’inizio della vita umana) (*ivi*, 112).

³² P. SINGER, *Ripensare la vita*, cit., 111. La stessa fecondazione appare non tanto come un evento puntuale, ma come un processo in cui sono distinguibili diverse fasi. Per quanto concerne le fasi della fecondazione, si rimanda, nell’ambito della letteratura giuridica, a S. AGOSTA, *Bioetica e Costituzione*, Tomo I, *Le scelte esistenziali di inizio-vita*, Giuffrè, Milano, 2012, 54 e s.

³³ «Perché è moralmente sbagliato sopprimere una vita umana?» (P. SINGER, *Ripensare la vita*, cit., 115).

³⁴ H. T. ENGELHARDT, *The Foundations of Bioethics*, II ed., New York-Oxford, 1996, 135.

³⁵ «[...] le persone sono artefici delle proprie leggi. Così non è nel caso degli infanti, dei ritardati mentali gravi e degli altri individui incapaci di determinare la propria gerarchia dei costi e dei benefici. Per loro devono scegliere le persone» (H. T. ENGELHARDT, *Manuale di bioetica*, Il Saggiatore, Milano, 1999, 162, tr. it di *The Foundations of Bioethics*, a cura di S. RINI).

³⁶ Vedi la ricostruzione di F. D. BUSNELLI, *L’inizio della vita umana*, in *Rivista di diritto civile*, 2004, 540 e s. L’A. sottolinea l’ambiguità del concetto di “persona in senso pieno”, affermando che se con questo si allude «a uno *status* che valga a distinguere, per così dire ontologicamente, gli individui consapevoli della propria esistenza e capaci di svolgere la loro personalità da quanti non hanno ancora (concepiti, neonati), non hanno (handicappati gravi) o non hanno più (pazienti in stato vegetativo permanente, malati terminali) tale capacità, si rischia di riproporre un concetto primitivo di (piena) personalità, che relegava a un livello di minore protezione proprio quegli individui che non sono in grado di difendersi da soli» (*ivi*, 541).

³⁷ N. WOLF, “*Our bodies, our Souls*”, in *The New Republic*, 16/10/1995 ([Mary Coats Burnett Library](#)).

³⁸ F. WATTLETON, *Speaking Frankly*, *Ms. Magazine*, May/June 1997, Volume VII, Number 6, 67.

sposta i termini del dibattito: non si tratta di affermare che non ci sia vita, si tratta di legittimare un'uccisione. Nel momento in cui si riconosce, come fa Singer, che lo sviluppo umano è un processo graduale e l'operazione di fissare un momento di inizio rischia di essere arbitraria, allora l'approccio appena delineato potrebbe estendersi anche all'embrione. Per la precisione, Singer non presenta come sicura l'affermazione secondo cui l'inizio della vita umana si ha con il concepimento³⁹, ma la mantiene come seconda premessa del ragionamento, attaccando piuttosto l'altra premessa, consistente nel divieto di uccidere una vita umana innocente.

Provando a fare una operazione di sintesi, si potrebbe dire, con una forte dose di semplificazione e ai limitati fini dell'aspetto che si vuole sottolineare in questa sede, che nel dibattito che ruota attorno ai temi dell'inizio-vita si possono distinguere almeno due impostazioni diverse⁴⁰.

La prima impostazione registra le divergenze in relazione all'individuazione del punto di inizio della vita: gli argomenti che si confrontano sono volti a sostenere che la vita umana abbia inizio in un certo momento piuttosto che in un altro e, a seconda dell'individuazione del momento, derivano certe conseguenze etiche. Tuttavia, come è stato osservato, l'individuazione del momento di inizio è un'operazione arbitraria e sempre discutibile. La seconda impostazione prende atto di questo e propone di prendere la decisione etica sul presupposto che si tratti di vita umana, non perché sicuramente lo sia, ma perché bisogna decidere *come se* lo fosse. Se non ci fosse questa possibilità, non vi sarebbe alcun problema etico. Il problema etico nasce proprio perché c'è questa possibilità, e pertanto la decisione etica deve confrontarsi con l'ipotesi che questa corrisponda allo stato reale delle cose: ciò che è in discussione, quindi, è se sia legittimo o meno sacrificare un certo tipo di vita umana.

4. Alcune importanti indicazioni sullo "statuto" dell'embrione nell'ordinamento italiano

Come si è visto, la [sentenza n. 84 del 2016](#) della Corte costituzionale è caratterizzata da una incertezza terminologica e definitoria. Del resto, la problematicità della dimensione definitoria ha segnato, già in tempi ormai non più vicini, la giurisprudenza costituzionale. Nella [sentenza n. 27 del 1975](#), la Corte si esprimeva in questi termini: «Il prodotto del concepimento fu alternativamente ritenuto semplice parte dei visceri della donna, speranza d'uomo, soggetto animato fin dall'inizio, o dopo un periodo più o meno lungo di gestazione»⁴¹. In quella decisione, la Corte ravvisò l'incostituzionalità dell'art. 546 c.p. nella parte in cui puniva chi cagionava l'aborto di donna consenziente, e la donna stessa, anche nei casi in cui fosse accertata la pericolosità della gravidanza per il benessere fisico e l'equilibrio psichico della gestante, ma in mancanza degli estremi dello stato di necessità (art. 54 c.p.). Per sostenere la sua conclusione, la Corte affermava che «non esiste equivalenza fra il diritto non solo alla vita ma anche alla salute proprio di chi è già persona, come la madre, e la salvaguardia dell'embrione che persona deve ancora diventare»⁴². Si deve tenere presente, comunque, che per molto tempo gli interpreti del codice civile avevano ravvisato nell'acquisto della capacità giuridica l'inizio della vita umana, dal punto di vista della tutela giuridica. Tuttavia, questo

³⁹ Infatti, mostra un certo favore, piuttosto, verso la tesi per cui la vita inizi il quattordicesimo giorno dal concepimento (P. SINGER, *Ripensare la vita*, cit., 114).

⁴⁰ In realtà, il dibattito è molto complesso ed articolato, tale da non poter essere ridotto ad una contrapposizione binaria tra due impostazioni. A tal proposito, si può ricordare l'esistenza di tesi che sono state definite "transattive", in quanto sembrano porsi in una via di mezzo tra quelle che sostengono l'attribuzione al concepito della tutela garantita alle persone, e quelle che sostengono l'inesistenza di una persona prima della nascita (o, addirittura, prima di un momento successivo alla nascita). Tra le tesi cosiddette "transattive", vi è quella che propone una distinzione dell'embrione dal pre-embrione. Un'altra posizione molto interessante che è doveroso richiamare è quella di Habermas, che distingue tra l'"indisponibilità" della vita umana prepersonale e l'"inviolabilità" della dignità dell'uomo: per il filosofo, al fine di sostenere l'indisponibilità della vita umana prenatale non occorre includere nella dignità dell'uomo gli inizi della vita umana, ma basterebbe la "nostra autocomprensione etica in quanto esseri-di-genere", da cui discenderebbe un'autolimitazione normativa nel trattamento della vita embrionale (per una ricostruzione approfondita del dibattito, vedi F. D. BUSNELLI, *L'inizio della vita umana*, cit., 539 ss.).

⁴¹ [C. cost., n. 27/1975](#), *Considerato in diritto*.

⁴² *Op. et loc. ult. cit.*

dato va letto ricordando che il campo privilegiato di riferimento dell'art. 1 c.c. era costituito dai diritti patrimoniali e che il problema dei diritti fondamentali del concepito non era emerso, per ragioni storiche⁴³.

In verità, successivamente sono state fornite indicazioni importanti sulla natura dell'embrione, come è già stato rilevato⁴⁴. La legge n. 40 del 2004, all'art. 1, afferma di assicurare «i diritti di tutti i soggetti coinvolti, compreso il concepito». Dalla formulazione testuale, si dovrebbe evincere che il concepito è un soggetto. Quindi, sulla base di questa previsione legislativa, si potrebbe trarre, addirittura, la conclusione che l'inizio della vita umana non costituisca più un problema per il diritto italiano, o, più precisamente, che si tratti di «un problema legislativamente risolto»⁴⁵. In realtà, non bisogna cadere nella tentazione di conclusioni affrettate⁴⁶. Infatti, da un punto di vista metodologico, pare valida l'osservazione secondo cui «la soggettività giuridica attribuita dal legislatore al concepito non può essere assunta come un dogma autoritariamente imposto all'interprete, ma va piuttosto intesa, qualora se ne riscontrino i ragionevoli presupposti, quale sintesi espressiva [...] di una realtà ontologica che si tratta, appunto, di individuare affrontando in concreto il problema della tutela giuridica dell'inizio della vita umana»⁴⁷. L'indicazione proveniente dalla legge n. 40 del 2004 deve confrontarsi, da un lato, con l'impostazione del codice civile, dall'altro, con i principi costituzionali. Per quanto riguarda la prima, il concetto di capacità giuridica, su cui fa perno un impianto concettuale che ha di mira soprattutto i rapporti patrimoniali, ostacola la visualizzazione dell'immagine naturale del concepito; i secondi, invece, esigendo il riconoscimento dei diritti inviolabili dell'uomo, consentono di visualizzare quell'immagine, offrendo una protezione funzionale allo svolgimento della personalità e al pieno sviluppo della persona umana⁴⁸. Non è certo la disciplina codicistica che può restringere la portata dei principi costituzionali, ma sono piuttosto questi che impongono comunque di riconoscere l'uomo, quand'anche la legge ordinaria neghi o limiti la capacità giuridica (o la soggettività)⁴⁹. Secondo Busnelli, data la collocazione dell'art. 1 della legge n. 40/2004 all'interno di un contesto normativo in cui campeggiano, in rapporto di equiordinazione, il codice civile, ed in rapporto di sovraordinazione la Costituzione, l'interprete si trova dinanzi all'alternativa tra due percorsi possibili: «egli può cercare di sostenere che, grazie all'art. 1 di detta legge, la nozione di “capacità giuridica” si dilata fino ad estendersi alla vita prenatale; oppure, invece, può cercare di desumere dalla norma appena citata una conferma, al livello di legislazione ordinaria, della esistenza, nel nostro ordinamento giuridico, di soggetti non misurabili in termini di capacità giuridica, la cui nozione conseguentemente si ridimensiona»⁵⁰. Scegliendo il primo percorso, si cerca di soddisfare un'esigenza di eguaglianza, di parità di trattamento; scegliendo il secondo, si persegue la tutela necessaria minima dei diritti inviolabili dell'uomo, nella misura del possibile, sul presupposto che la nozione codicistica di capacità giuridica non sia sovrapponibile a quella di soggettività e tracci un perimetro più ristretto di quello corrispondente alla cerchia di individui protetti dai principi costituzionali⁵¹. La seconda chiave di lettura non pare modificare *in melius* l'ambito di tutela del concepito, rispetto a quanto consegue direttamente dai principi costituzionali, ma sembra poter conseguire «effetti di consolidamento e di possibile messa in opera di tale tutela»⁵²: da un lato, essa esclude la possibilità di qualificare il concepito come “cosa” (o come “cosa vivente”), ed ostacola la segmentazione della vita prenatale; dall'altro, può consentire di predisporre altre misure di tutela,

⁴³ F. D. BUSNELLI, *L'inizio della vita umana*, in *Rivista di diritto civile*, 2004, 539.

⁴⁴ Vedi C. CASINI, M. CASINI, *Lo statuto dell'embrione umano: riflessioni dopo la sentenza costituzionale n. 229 del 2015*, in *Il Diritto di famiglia e delle Persone*, fasc. 1, 2016, 200 ss.

⁴⁵ F. D. BUSNELLI, *L'inizio della vita umana*, cit., 533.

⁴⁶ Lo stesso BUSNELLI avvertiva che il problema permaneva intatto (*op. et loc. ult. cit.*).

⁴⁷ F. D. BUSNELLI, *L'inizio della vita umana*, cit., 534.

⁴⁸ F. D. BUSNELLI, *L'inizio della vita umana*, cit., 562.

⁴⁹ *Op. et loc. ult. cit.*

⁵⁰ F. D. BUSNELLI, *L'inizio della vita umana*, cit., 563.

⁵¹ F. D. BUSNELLI, *L'inizio della vita umana*, cit., 564. L'A. palesa il suo favore nei confronti della seconda chiave di lettura (vedi *ivi*, 566).

⁵² F. D. BUSNELLI, *L'inizio della vita umana*, cit., 566.

specialmente preventiva⁵³. Il saggio di Busnelli del 2004 si chiudeva osservando come la matrice della qualificazione del concepito in termini di soggettività fosse indubbiamente legislativa, e che se ne sarebbe dovuta verificare la trasfusione nella dottrina e nella giurisprudenza⁵⁴.

Limitando la verifica, in questa sede, alla giurisprudenza costituzionale, sembra di potersi riscontrare un recepimento della qualificazione in termini di soggettività. Come si è notato prima, nella [sentenza n. 84](#) la Corte ha immesso il dubbio che l'embrione sia soltanto mero materiale biologico all'interno della prospettazione del confronto tra i vari argomenti contrapposti, quasi come se la questione fosse davvero in discussione. In verità, però, nella (di poco precedente) [sentenza n. 229 del 2015](#), la Corte aveva affermato che l'embrione, «quale che ne sia il, più o meno ampio, riconoscibile grado di soggettività correlato alla genesi della vita, non è certamente riducibile a mero materiale biologico»⁵⁵. E, poco dopo, aggiungeva che non trovava giustificazione «il *vulnus* alla tutela della dignità dell'embrione (ancorché) malato, quale deriverebbe dalla sua soppressione *tamquam res*»⁵⁶. Dunque, l'embrione non è una cosa, secondo la Corte costituzionale. Essa, poi, non si ferma qui (come ha fatto, invece, la Corte di Strasburgo), e dice anche che è un soggetto (del resto, la configurazione di un *tertium genus* tra l'oggetto e il soggetto appare alquanto problematica). Ciò su cui verte il dubbio è il “grado di soggettività”. Quindi, implicitamente, si dice che l'embrione ha “un certo grado di soggettività”. Tra l'altro, occorre quanto meno accostare al riferimento alla giurisprudenza costituzionale l'orientamento assunto negli ultimi anni dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea, che, come è noto, assume un rilievo importantissimo nell'ordinamento nazionale. La Corte di Lussemburgo, in determinate occasioni, ha operato un significativo riconoscimento della dignità umana dell'embrione⁵⁷.

Tornando alla dimensione domestica, dunque, occorre prendere atto che, nell'impostazione della Corte costituzionale, il punto nevralgico della controversia attorno alla soppressione dell'embrione non pare essere la questione dell'inizio della vita, ma piuttosto il grado di soggettività che deve essere riconosciuto all'embrione. Si è pure tentato, in verità, di confutare questa conclusione, attraverso una

⁵³ *Op. et loc. ult. cit.*

⁵⁴ F. D. BUSNELLI, *L'inizio della vita umana*, cit., 568. L'A. notava la singolarità della vicenda, contrassegnata dalla matrice legislativa della qualificazione in termini di soggetto, soprattutto confrontandola con il caso precedente costituito dalle associazioni non riconosciute, la cui soggettività rappresentò un approdo cui si pervenne grazie agli sforzi di dottrina e giurisprudenza (*ivi*, 567).

⁵⁵ Par. 3, *Considerato in diritto*, sent. 229/2015, C. cost.

⁵⁶ Par. 3, *Considerato in diritto*, sent. 229/2015, C. cost..

⁵⁷ Nel procedimento C-34/10, [Oliver Brüstle contro Greenpeace eV](#), conclusosi con la sentenza della Corte di Giustizia (Grande sezione) del 18 ottobre 2011, veniva in gioco la normativa in materia di brevetti. Dal momento che l'art. 6, n. 2 lett. c) della direttiva 98/44/CE fissava la non brevettabilità delle “utilizzazioni di embrioni umani a fini industriali o commerciali”, un giudice tedesco ha deciso di sottoporre alla Corte di Giustizia alcune questioni pregiudiziali, anche in relazione alla nozione di embrione. La Corte di Giustizia ricava dal contesto e dallo scopo della direttiva che l'ottenimento del brevetto non può pregiudicare la dignità umana, e da ciò consegue che «la nozione di “embrione umano” ai sensi e per gli effetti dell'art. 6, n. 2, lett. c) della direttiva deve essere intesa in senso ampio» (par. 34). Pertanto, la Corte conclude che «costituisce un “embrione umano” qualunque ovulo umano fin dalla fecondazione» (par. 38). Dalla sentenza, non è chiarissimo se la definizione di embrione fornita valga soltanto entro i confini del diritto dei brevetti, oppure abbia una portata generale. Gli indici testuali in proposito non sono univoci. Infatti, da un lato la Corte ricorda che non è chiamata ad affrontare questioni di natura medica o etica, ma deve limitarsi ad una interpretazione giuridica della direttiva (par. 30), e che l'individuazione del significato dei termini va operata tenendo conto del contesto in cui sono utilizzati e degli scopi perseguiti dalla normativa in cui sono inseriti (par. 31). Queste precisazioni sembrerebbero far propendere per l'ipotesi che la Corte abbia dato una definizione tecnico-giuridica, la cui portata è circoscritta alla normativa che veniva in esame; in questo senso si può leggere anche il richiamo alle esigenze di uniformità e del buon funzionamento del mercato interno (parr. 27-28). Tuttavia, al par. 32, la Corte stessa, richiamando il *Considerando* n. 16 della direttiva, rammenta che il diritto dei brevetti deve essere esercitato nel rispetto dei principi fondamentali che garantiscono la dignità e l'integrità dell'uomo. Questa sottolineatura va in una direzione diversa, in quanto, nel momento in cui segnala che il diritto dei brevetti non può che essere collocato all'interno della cornice ermeneutica e valoriale dei diritti fondamentali e della dignità umana, costituisce un argomento per sostenere che la definizione fissata dalla Corte ha una portata generale. L'impostazione del caso *Brüstle* pare confermata nella sentenza della Corte (Grande sezione) *International Stem Cell Corporation contro Comptroller General of Patents, Design and Trade Marks*, C-364/13, del 18 dicembre 2014).

interpretazione “correttiva” delle parole della Corte. Infatti, si è argomentato sulla base di altri passaggi della [sent. n. 229/2015](#) che la graduazione si riferirebbe non tanto alla soggettività, ma alla tutela. Ritenere graduabile la soggettività equivarrebbe a ritenere graduabile la dignità, esito che sarebbe contrastante con la cultura giuridica moderna⁵⁸. Del resto, nell’ottica dell’equiparazione della dignità dell’embrione a quella della persona sembrava porsi anche il parere del 1996 su “Identità e statuto dell’embrione umano” del Comitato Nazionale per la Bioetica: «il Comitato è pervenuto unanimemente a riconoscere il dovere morale di trattare l’embrione umano fin dalla fecondazione, secondo criteri di rispetto e tutela che si devono adottare nei confronti degli individui umani a cui si attribuisce comunemente la caratteristica di persone, e ciò a prescindere dal fatto che all’embrione venga attribuita sin dall’inizio con certezza la caratteristica di persona nel suo senso tecnicamente filosofico, oppure che tale caratteristica sia ritenuta attribuibile soltanto con un elevato grado di plausibilità, oppure che si preferisca non utilizzare il concetto tecnico di persona e riferirsi soltanto a quell’appartenenza alla specie umana che non può essere contestata all’embrione sin dai primi istanti e non subisce alterazioni durante il suo successivo sviluppo»⁵⁹. Tuttavia, il passaggio della [sent. n. 229 del 2015](#) relativo all’incertezza sul grado di soggettività è stato richiamato anche nella [sent. n. 84](#), e non sembra essere suscettibile di una manipolazione ermeneutica.

Dunque, la Corte costituzionale ha già detto qualcosa di importante circa la natura dell’embrione, ma non abbastanza per poter entrare nel merito della questione relativa alla soppressione degli embrioni per ricerca scientifica. Il problema è particolarmente delicato e spinoso. Da un lato, infatti, se si aderisse alla tesi per cui la dignità dell’embrione è del tutto equivalente a quella di un essere umano dopo la nascita, parrebbe molto difficile consentire che l’embrione possa essere soppresso per effettuare ricerche e sperimentazioni, e quindi per tutelare l’interesse alla salute altrui solo in via indiretta ed eventuale⁶⁰. Dall’altro, avallare la tesi per cui è possibile graduare la dignità umana⁶¹, e quindi individuare vite umane più o meno degne di altre, aprirebbe scenari futuri assai complessi e inquietanti⁶².

5. Una lettura kelseniana della [sentenza n. 84 del 2016](#)?

⁵⁸ Vedi C. CASINI, M. CASINI, *Lo statuto dell’embrione umano*, cit., 206 e s.

⁵⁹ Parere “Identità e statuto dell’embrione umano” del Comitato Nazionale per la Bioetica, 1996, 25. Occorre ricordare, però, che il parere è il frutto di una pluralità di voci diverse, per cui, per una visione completa e approfondita, si rimanda al testo completo, disponibile su <http://presidenza.governo.it/bioetica/pdf/25.pdf>, 25.

⁶⁰ In particolare, se si parte dal presupposto di una piena equiparazione tra la dignità dell’embrione e quella di un essere umano dopo la nascita, la soppressione dell’embrione a fini di sperimentazione e ricerca scientifica pare difficilmente conciliabile con la seconda formula dell’imperativo categorico kantiano: «agisci in modo da considerare l’umanità, sia nella tua persona, sia nella persona di ogni altro, sempre anche al tempo stesso come scopo, e mai come semplice mezzo» (I. KANT, *Fondazione della metafisica dei costumi* (a cura di V. MATHIEU) .Rusconi, Milano, 1988, 126).

⁶¹ Sembra sostenere una differenza di dignità tra l’embrione e la persona TIGANO: «l’embrione, anche se entità biologica sicuramente riconducibile al genere umano, è uomo in potenza, ma non in atto; è dotato del DNA umano, ma è attualmente privo di tutti gli attributi morali e giuridici che spettano, invece, a una persona; gli si può riconoscere una sua dignità, ma questa non può dipanarsi in tutte le articolazioni concrete che invece contrassegnano la dignità della persona. Con riferimento a quest’ultimo aspetto, va rimarcato che la dignità della persona in atto è identificabile, *inter alios*, nella qualità della vita, nella libertà morale, nell’eguaglianza sociale, mentre sarebbe difficile sviluppare concretamente la dignità di un embrione attraverso proiezioni giuridiche più complesse del basilare diritto alla vita, in sé e per sé considerato» (V. TIGANO, [De dignitate non disputandum est?](#), cit., 14 e s.).

⁶² È stato ricordato che, anche nei delicati temi di bioetica, la dignità è pensabile secondo le due solite categorie della dignità per natura e della dignità per prestazione. A tal riguardo, si osserva che «gli interrogativi che scuotono la prima prospettiva – bioconservativa – sono tipicamente quelli che chiedono quale vita valga la pena di vivere e quelli che chiedono, nel caso esemplare di un malato tenuto in vita artificialmente, perché la tecnica possa tenere in vita una persona, ma non possa decretarne anche la morte. Gli interrogativi che invece revocano in dubbio la seconda prospettiva – prestazionale – sono quelli che chiedono se – come in tempi non sospetti scriveva Hobbes – una vita valga tanto quanto ciò che è in grado di fare» (C. CROSATO, [Pensare la dignità oggi. Una rassegna filosofica](#), 11, in [MicroMega, Il rasoio di Occam](#) del 1° agosto 2014).

Evidentemente, la questione che la Corte doveva affrontare nella [sentenza n. 84](#) è particolarmente divisiva. Proprio per questo, del resto, essa ha “deciso di non decidere”. Tale vicenda evoca direttamente il grande tema della legittimazione del giudice costituzionale e del suo rapporto con il legislatore. Come è stato osservato, è stata sviluppata una ingente riflessione teorica atta a ricondurre la giurisdizione costituzionale entro le categorie della legittimazione democratica, al fine di evitare che questa giurisdizione divenga una minaccia per la struttura costituzionale democratica⁶³. Non mancano, poi, nella riflessione teorica, correnti di pensiero che arrivano a concludere che la giustizia costituzionale ha una natura essenzialmente antidemocratica, ma risulta necessaria per tutelare i principi del costituzionalismo. Secondo la prospettiva nordamericana c.d. antidemocratica, nella sua variante originalista, per esempio, occorre evitare il più possibile la *counter-majoritarian difficulty*: adottando questa prospettiva, il giudice deve dichiarare invalide le leggi nella misura minima possibile, e solo se contrastano con una specifica norma costituzionale; altrimenti, si determina un *vulnus* al principio democratico (concepito come fondato essenzialmente sul principio maggioritario)⁶⁴.

In quest'ultima parte dello scritto, ci si chiederà se sia possibile interpretare la [sentenza n. 84](#) mediante le categorie “kelseniane”. Il rapporto tra giustizia costituzionale e democrazia assume in Kelsen un significato peculiare, e richiamarlo potrebbe offrire una chiave di lettura interessante per la decisione da cui ha preso spunto la riflessione. Un caposaldo del pensiero di Kelsen⁶⁵ è la scissione tra la ragione e la giustizia⁶⁶. Nelle procedure parlamentari, da cui scaturisce la legge positiva di Kelsen, si attua una frantumazione dell'idea di giustizia. Il posto dell'antico connubio di volontà e ragione è occupato, nelle forme del governo parlamentare, dalla sola volontà, che sembra poter imporre un dominio cieco. L'unica garanzia esterna di salvaguardia della ragione è data dalla Corte costituzionale⁶⁷. Dal momento che è ben possibile che la Corte costituzionale tradisca il suo compito di servire la sola ragione, e subisca un processo di ideologizzazione, Kelsen individua il rimedio contro questo pericolo nella “deideologizzazione della costituzione”. La costituzione deve limitarsi a fissare le regole della democrazia rappresentativa, e in particolare quelle del procedimento legislativo. Il parametro di riferimento della Corte è, dunque, “neutro” e chiaro; in questo modo, la Corte può rimanere indifferente ai valori, estranea ai moti di volontà, e limitarsi ad una conoscenza oggettiva ed imparziale⁶⁸. Come è stato sottolineato da Mezzanotte, il costituzionalismo italiano sembra

⁶³ Vedi L. MEZZETTI, *Teorie della giustizia costituzionale e legittimazione degli organi di giustizia costituzionale*, in *Estudios Constitucionales*, Año 8, n. 1, 2010, *Centro de Estudios Constitucionales de Chile Universidad de Talca*, 307.

⁶⁴ L. MEZZETTI, *Teorie della giustizia costituzionale*, cit., 335 e s.

⁶⁵ Com'è noto, il pensiero di Kelsen è estremamente complesso, ed ha conosciuto evoluzioni e trasformazioni. Eppure –secondo Mezzanotte, almeno – si può individuare, nel suo pensiero, una sola proposta veramente organica e compiuta di giudizio di costituzionalità delle leggi: quella della «Corte neutrale, custode del parlamentarismo, innestata in una costituzione adiafora, indifferente ai valori, agli interessi materiali, ai contenuti reali» (C. MEZZANOTTE, *Corte costituzionale e legittimazione politica*, Editoriale scientifica, Napoli, 2014, 69; in copertina: 1984).

⁶⁶ Com'è noto, questa scissione è stata, da parte di alcuni, oggetto di critica. Per esempio, dice SPADARO: «[...] seguendo Kelsen fino in fondo, a ben vedere, si degiuridicizza la stessa aspirazione – a parer nostro, invece, essenzialmente “giuridica” – alla giustizia. [...] L'incidenza, pratica e teorica, dell'aspirazione umana alla giustizia sul diritto positivo è invece incommensurabile, a meno appunto di non concepire il diritto soltanto in senso puro e normativistico, intendendolo paradossalmente come una sorta di scienza divina, del tutto autosufficiente e indifferente all'uomo concreto. Ma si tratterebbe di una costruzione onirica, anzi di un vero e proprio incubo, che comunque nulla ha a che vedere con la realtà» (A. SPADARO, *Contributo per una teoria della Costituzione*, I, *Fra democrazia relativista e assolutismo etico*, Giuffrè, Milano, 1994, 309).

⁶⁷ C. MEZZANOTTE, *Corte costituzionale e legittimazione politica*, cit., 31 e s..

⁶⁸ C. MEZZANOTTE, *Corte costituzionale e legittimazione politica*, cit., 32 e s. «Tutto infatti dipende, per Kelsen, dalla estensione del dominio costituzionale. Ad un ambito materiale di costituzione notevolmente ampio corrisponde un'accentuazione del carattere politico del sindacato di costituzionalità; carattere che può divenire del tutto assorbente nel caso di valori costituzionali non gerarchizzati o d'impiego massiccio di concetti indeterminati. Ad ambiti più circoscritti corrisponde, viceversa, una crescita del tasso di positività e una relativa prevalenza del carattere di neutralità: relativa, appunto, poiché il dominio della tecnica giuridica, anche nell'ipotesi di compressione massima della materia costituzionale (come quando la costituzione si limita a regolare il procedimento legislativo) non può mai essere assoluto, e ci sarà sempre un margine per un'attività “creativa”» (*ivi*, 56).

lontanissimo dal modello kelseniano appena delineato⁶⁹. In particolare, quello che per Kelsen è il rimedio contro il pericolo di ideologizzazione della Corte, ovvero la costituzione breve, limitata alle sole forme della democrazia rappresentativa, non è dato nell'esperienza costituzionale repubblicana, caratterizzata da una Costituzione lunga, intrisa di connotazioni valoriali⁷⁰.

A proposito della [sentenza n. 84 del 2016](#), si avanza l'ipotesi che la Corte costituzionale italiana si sia comportata, in un certo senso, *come se* il modello kelseniano della corte neutrale operasse. Questa affermazione necessita di spiegazioni e precisazioni. Come è stato già detto, la Costituzione italiana non può essere inquadrata all'interno del modello kelseniano. Si tratta, infatti, di una costituzione lunga. Inoltre, se si considera il caso di specie, si può notare che non mancano certo i parametri costituzionali suscettibili di essere invocati: tra quelli che sono stati utilizzati per sostenere le ragioni della ricerca scientifica, si possono ricordare l'art. 9 e l'art. 33, primo comma, nonché l'art. 32 (visto che la ricerca scientifica è comunque finalizzata al contrasto di certe malattie); per quanto riguarda, invece, la tutela dell'embrione, si può ricordare almeno l'art. 2⁷¹. Però, i richiamati valori di rango costituzionale sono, in qualche modo, "neutralizzati", inibiti dalla condizione di "ignoranza", relativamente all'embrione, che coinvolge anche il giudice costituzionale. Infatti, il punto nevralgico del ragionamento della Corte pare essere proprio questo: *non si sa* di preciso che cosa sia l'embrione. Se, infatti, all'embrione si dovesse riconoscere la piena tutela spettante alla persona umana, si dovrebbe concludere che è preclusa la possibilità di sopprimerlo per effettuare ricerca scientifica. Infatti, l'indagine scientifica non può condurre alla soppressione di una persona umana, al fine di provare a salvarne altre. Come ricorda la Corte, ciò che – da un punto di vista giuridico – "si sa" dell'embrione (ovvero, in relazione al suo statuto giuridico) è che rappresenta un valore di rilievo costituzionale in base all'art. 2, suscettibile di bilanciamento con altri valori, come quello della salute della donna. Non vengono fornite, invece, nozioni più precise per poter valutare se tale valore possa essere recessivo rispetto a quello della ricerca scientifica (e, solo indirettamente, pure rispetto a quello della salute, a cui la ricerca è finalizzata). La Corte registra la contrapposizione tra (almeno) due orientamenti di fondo e riconosce di trovarsi in una posizione oggettivamente agnostica. Da ciò trae la conclusione che la valutazione esula dal suo sindacato⁷². Dinanzi ad una questione rispetto alla quale il tasso di incertezza è particolarmente elevato, la Corte costituzionale sembra appropriarsi del ruolo "kelseniano" di depositaria della conoscenza oggettiva, estranea all'espressione di opzioni etiche e valoriali. Pertanto, ciò che "neutralizza" i valori costituzionali, in questo caso, e fa sì che la Corte agisca *come se* vigesse il modello kelseniano è l'assenza di una conoscenza oggettiva e sicura.

Il progresso scientifico apre sfide nuove e nuovi interrogativi, probabilmente non immaginabili quando la Costituzione fu concepita. A questi interrogativi spesso non viene data risposta, o tutt'al più si danno tante risposte, in conflitto insanabile tra di loro. Questo spazio abitato dall'ignoranza e dall'incertezza induce il giudice costituzionale ad operare in modo consentaneo al modello kelseniano. Si potrebbe pensare che, quando il grado di conflittualità esistente tra le diverse concezioni dei problemi e le diverse opzioni etiche è molto elevato, dalla mancata adozione di una sorta di "indifferenza" rispetto alle varie posizioni in campo possa derivare un pregiudizio per la legittimazione del giudice costituzionale: la sua decisione potrebbe essere percepita come espressione

⁶⁹ C. MEZZANOTTE, *Corte costituzionale e legittimazione politica*, cit., 69.

⁷⁰ «La straordinaria "scommessa" del moderno costituzionalismo ci sembra per l'appunto quella di provare a razionalizzare positivamente – sul piano giuridico/politico – non certo la verità, ma almeno alcuni essenziali valori (in particolare: i diritti dell'uomo)» (A. SPADARO, *Contributo per una teoria della Costituzione*, I, *Fra democrazia relativista e assolutismo etico*, Giuffrè, Milano, 1994, 175). Aggiunge, poi, SPADARO che tali valori hanno un fondamento aletico-ontologico (*ibid.*).

⁷¹ La Corte stessa, richiamando la [sentenza n. 229 del 2015](#), afferma che la dignità dell'embrione costituisce un valore di rilievo costituzionale riconducibile al precetto generale di cui all'art. 2 Cost.

⁷² Facendo derivare dall'assenza di consenso l'impossibilità di entrare nel merito della questione, la corte costituzionale sembra oscurare (almeno in questo caso) quella caratterizzazione "aristocratica" che è stata ravvisata in essa. Per esempio, nella prospettiva di SPADARO, i giudici costituzionali sono «maieuti di istanze (oltre che popolari) anche aletiche, che solo in ben misera porzione il testo costituzionale è in grado di contenere [...]» (A. SPADARO, *Contributo per una teoria della Costituzione*, cit., 179). Da qui deriverebbe, per l'A., l'introduzione di una componente "aristocratica" nel moderno Stato costituzionale "democratico" (vedi *ibid.*).

di una delle tante opzioni presenti nel dibattito, che arbitrariamente prevarrebbe sulle altre. Questa metamorfosi del giudice costituzionale potrebbe avere il merito di salvarlo da accuse di partigianeria, ma si espone ad almeno due possibili obiezioni: la prima è che rischia di neutralizzare completamente lo scrutinio di costituzionalità, e di lasciare campo libero al solo legislatore, in moltissime questioni di bioetica (o forse tutte); la seconda è che di questo tipo di impostazione il giudice costituzionale può fare abuso, sottraendosi alla responsabilità di decidere pure quando una decisione nel merito può essere supportata da un ragionevole fondamento ermeneutico.

Carlo Padula
La Corte Edu e i giudici comuni
nella prospettiva della recente giurisprudenza costituzionale*

SOMMARIO: 1. *Considerazioni introduttive.* - 2. *Gli effetti delle sentenze della Corte Edu con riferimento allo stesso caso deciso a Strasburgo.* - 2.1 *Il giudizio a Strasburgo come giudizio con rinvio senza cassazione?* - 2.2 *La sentenza della Corte Edu e il dovere di “neutralizzare” il giudicato penale. Disapplicazione della legge o deroga ad opera di una norma speciale?* - 2.3 *Effetti della sentenza della Corte Edu sul giudicato civile e amministrativo.* - 2.4 *Effetti della sentenza della Corte Edu prima del giudicato.* - 3. *Gli effetti delle sentenze della Corte Edu con riferimento a casi analoghi a quello deciso a Strasburgo.* - 4. *Gli effetti vincolanti delle sentenze della Corte Edu e l’art. 11 della Costituzione.*

1. *Considerazioni introduttive*

In un lavoro abbastanza recente, ho esaminato la questione dell’eventuale vincolo derivante da una pronuncia della Corte Edu (che abbia censurato una legge italiana) a carico della Corte costituzionale (che si debba pronunciare sulla stessa legge ai sensi dell’art. 117, primo comma, Cost.)¹; in questo mi propongo di approfondire il tema degli effetti derivanti dalle sentenze della Corte Edu a carico dei giudici comuni, con riferimento allo stesso caso deciso a Strasburgo o a casi analoghi. In particolare, si analizzerà ciò che sul punto in questione ha statuito la Corte costituzionale, che negli ultimi anni ha emesso pronunce particolarmente significative per la “sistemazione” dei rapporti fra Corte Edu e giudici comuni ([sentt. 113/2011](#), [210/2013](#) e [49/2015](#)).

2. *Gli effetti delle sentenze della Corte Edu con riferimento allo stesso caso deciso a Strasburgo.*

2.1. *Il giudizio a Strasburgo come giudizio con rinvio senza cassazione?*

“Certamente, il giudice comune non potrà negare di dar corso alla decisione promanante dalla Corte di Strasburgo che abbia definito la causa di cui tale giudice torna ad occuparsi, quando necessario, perché cessino, doverosamente, gli effetti lesivi della violazione accertata ([sentenza n. 210 del 2013](#)). In tale ipotesi «la pronuncia giudiziaria si mantiene sotto l’impero della legge anche se questa dispone che il giudice formi il suo convincimento avendo riguardo a ciò che ha deciso altra sentenza emessa nella stessa causa» ([sentenza n. 50 del 1970](#))” ([sentenza Corte cost. n. 49 del 2015](#))².

La [sent. 49/2015](#) (caso *Varvara*) riguarda il valore vincolante, per i giudici interni, della *giurisprudenza* della Corte Edu (cioè, dell’interpretazione da essa data alla Cedu), ma – ai fini di questo lavoro - mi pare particolarmente significativo questo *obiter* dedicato agli effetti che la sentenza europea produce in vista della decisione del giudice comune sulla stessa causa. Si tratta, in definitiva, del significato dell’art. 46, par. 1, Cedu³ e del correlato art. 41 Cedu⁴.

* Il presente articolo è destinato anche alla pubblicazione in C. PADULA (a cura di), *La Corte europea dei diritti dell’uomo: quarto grado di giudizio o seconda Corte costituzionale?*, Napoli, 2016.

¹ C. PADULA, *La Corte costituzionale ed i “controlimiti” alle sentenze della Corte europea dei diritti dell’uomo: riflessioni sul bilanciamento dell’art. 117, co. 1, Cost.*, in [Federalismi.it](#), 10.12.2014.

² Punto 7 del *Diritto*.

³ L’art. 46, intitolato *Forza vincolante ed esecuzione delle sentenze*, stabilisce al par. 1: «Le Alte Parti contraenti si impegnano a conformarsi alle sentenze definitive della Corte sulle controversie nelle quali sono parti».

⁴ Art. 41, *Equa soddisfazione*: «Se la Corte dichiara che vi è stata violazione della Convenzione o dei suoi Protocolli e se il diritto interno dell’Alta Parte contraente non permette se non in modo imperfetto di rimuovere le conseguenze di tale violazione, la Corte accorda, se del caso, un’equa soddisfazione alla parte lesa»

Tale brano, infatti, oltre a ribadire alcuni punti ormai quasi pacifici (la sentenza della Corte Edu produce direttamente un effetto di vincolo all'interno del nostro ordinamento⁵, a carico di *tutti* gli organi pubblici, compresi i giudici⁶), configura il rapporto tra il giudizio a Strasburgo ed il successivo giudizio comune in modo tale da ricordare il rapporto tra giudizio di cassazione e giudizio di rinvio⁷.

La Corte costituzionale presenta il giudizio comune, il ricorso alla Corte Edu e la successiva ripresa del giudizio comune come se fossero diverse fasi della stessa causa⁸. Questa impostazione pare anticipata dalla [sent. 210/2013](#) della Corte costituzionale, leggendo la quale sembra quasi che il giudicato non si formi nel caso in cui il privato ricorra a Strasburgo⁹:

⁵ Dico «quasi pacifici» perché talora ci si dimentica che l'art. 46 Cedu è una norma recepita con la legge di esecuzione 848/1955 e si rileva come «le decisioni della Corte europea dei diritti dell'uomo creino vincoli sul solo piano internazionale»: v. sent. Cons. St., IV sez., n. 2866/2015, che imputa tale affermazione alla [sent. 129/2008](#) della Corte costituzionale, che, in realtà, non nega l'effetto vincolante *interno* ma constata solo la mancanza di uno strumento processuale per farlo valere. Sugli effetti vincolanti “interni” delle decisioni della Corte europea v., ad es., la sent. Cass., sez. I, 25 gennaio 2007, n. 2800 (caso *Dorigo*), la sent. Cass., sez. V, 28 aprile 2010, n. 16507 (caso *Scoppola*), e l'ordinanza di rimessione Cass., sez. unite penali, 10 settembre 2012, n. 34472 (caso *Ercolano*). Sull'art. 46 Cedu v., fra i tanti, A. BULTRINI, *La questione (cruciale) dell'attuazione delle sentenze della Corte nella prospettiva del futuro del sistema convenzionale*, in S. SONELLI (a cura di), *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e l'ordinamento italiano*, Torino, 2015, 119 ss.; B. RANDAZZO, *Giustizia costituzionale sovranazionale*, Milano, 2012, 105 ss. e 169 ss.; P. PIRRONE, *L'obbligo di conformarsi alle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo*, Milano, 2004; P. PIRRONE, *Art. 46*, in S. BARTOLE – P. DE SENA – V. ZAGREBELSKY (a cura di), *Commentario breve alla CEDU*, Padova, 2012, 744 ss.; B. RANDAZZO, *Le pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo: effetti ed esecuzione nell'ordinamento italiano*, in N. ZANON (a cura di), *Le Corti dell'integrazione europea e la Corte costituzionale italiana: avvicinamenti, dialoghi, dissonanze*, Napoli, 2006, 295 ss.; E. LUPO, *La vincolatività delle sentenze della Corte europea per il giudice interno e la svolta recente della Cassazione civile e penale*, in *Cass. pen.*, 2007, 2247; E. LAMARQUE, *Gli effetti delle sentenze della Corte di Strasburgo secondo la Corte costituzionale italiana*, in *Corr. giur.*, 2010, 955 ss.; M. CARTABIA, *La Cedu e l'ordinamento italiano: rapporti tra fonti, rapporti tra giurisdizioni*, in R. BIN – G. BRUNELLI – A. PUGIOTTO – P. VERONESI (a cura di), *All'incrocio tra Costituzione e Cedu*, Torino, 2007, 12 ss.; A. DRZEMCZEWSKI, *Art. 46*, in S. BARTOLE – B. CONFORTI – G. RAIMONDI (a cura di), *Commentario alla Cedu*, Padova, 2001, 685 ss.; P. PUSTORINO, *L'esecuzione delle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo alla luce della recente giurisprudenza italiana*, in F. SALERNO – R. SAPIENZA (a cura di), *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il giudice italiano*, Torino, 2011, 159 ss.; F. SALERNO, *Vincolo costituzionale all'attuazione dell'obbligo di riparazione stabilito dalla Corte Edu*, in R. BIN – G. BRUNELLI – A. PUGIOTTO – P. VERONESI, *op. cit.*, 231 ss.

⁶ V. la sent. Cass., sez. I, 12 luglio 2006, n. 32678 (caso *Somogyi*) e anche la [sent. Corte cost. 210/2013](#): «è fatto obbligo ai poteri dello Stato, ciascuno nel rigoroso rispetto delle proprie attribuzioni, di adoperarsi affinché gli effetti normativi lesivi della CEDU cessino» (punto 7.2). In dottrina v. S. SONELLI, *La CEDU nel quadro di una tutela multilivello dei diritti e il suo impatto sul diritto italiano: direttrici di un dibattito*, in S. SONELLI (a cura di), *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e l'ordinamento italiano*, cit., 18, nt. 3; F. VIGANÒ, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e resistenze nazionalistiche. Corte costituzionale italiana e Corte europea tra “guerra” e “dialogo”*, in S. SONELLI (a cura di), *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, cit., 239; E. LAMARQUE, *Gli effetti delle sentenze della Corte di Strasburgo*, cit., 958; M. CARTABIA, *La Cedu e l'ordinamento italiano*, cit., 20; C. PINELLI, *Sul trattamento giurisdizionale della Cedu e delle leggi con essa confliggenti*, in *Giur. cost.*, 2007, 3524; G. CATALDI, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e ordinamento italiano. Una storia infinita?*, in AA. VV., *Diritti individuali e giustizia internazionale*, Milano, 2009, 184 ss.; F. SALERNO, *La garanzia costituzionale della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. dir. intern.*, 2010, 646 e 661; C. PITEA, *Della disapplicazione delle leggi contrarie alla Cedu: alla ricerca di un fondamento giuridico nel diritto interno e nel sistema convenzionale*, in R. BIN – G. BRUNELLI – A. PUGIOTTO – P. VERONESI, *op. cit.*, 186 s.; D. AMOROSO – P. PUSTORINO, *Aspetti problematici in tema di controllo sull'esecuzione delle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento italiano*, in *Giur. it.*, 2014, 293; F. VIGANÒ, *“Sistema Cedu” e ordinamento interno: qualche spunto di riflessione in attesa delle decisioni della Corte costituzionale*, in R. BIN – G. BRUNELLI – A. PUGIOTTO – P. VERONESI, *op. cit.*, 266; F. SORRENTINO, *Apologia delle “sentenze gemelle” (brevi note a margine delle sentenze nn. 348 e 349/2007 della Corte costituzionale)*, in *Diritto e società*, 2/2009, 219; G. PARODI, *Le sentenze della Corte Edu come fonte di diritto. La giurisprudenza costituzionale successiva alle sentenze n. 348 e n. 349 del 2007*, in [Diritti Comparati](#), 2012. Uno spunto dissonante si trova nella [sent. 349/2007](#), in base alla quale le sentenze della Corte Edu «si rivolgono allo Stato membro legislatore».

⁷ Nel citato articolo del 2014 avevo osservato che «il vincolo derivante dalla sentenza della Corte Edu ricorda quello che risulta dal “principio di diritto” fissato dalla Cassazione, a carico del giudice del rinvio»: C. PADULA, *La Corte costituzionale ed i “controlimiti”*, cit., 9.

⁸ «[...] Corte di Strasburgo che abbia definito *la causa di cui tale giudice torna ad occuparsi*»; il giudice forma «il suo convincimento avendo riguardo a ciò che ha deciso altra sentenza emessa nella stessa causa» (enfasi aggiunta).

⁹ V. C. PADULA, *La Corte costituzionale ed i “controlimiti”*, cit., 9, nt. 22.

“Spetta anzitutto al legislatore rilevare il conflitto verificatosi tra l’ordinamento nazionale e il sistema della Convenzione e rimuovere le disposizioni che lo hanno generato, privandole di effetti; se però il legislatore non interviene, sorge il problema relativo alla eliminazione degli effetti già definitivamente prodotti in fattispecie uguali a quella in cui è stata riscontrata l’illegittimità convenzionale ma che non sono state denunciate innanzi alla Corte EDU, *diventando così inoppugnabili*. Esiste infatti una radicale differenza tra coloro che, una volta esauriti i ricorsi interni, si sono rivolti al sistema di giustizia della CEDU e coloro che, al contrario, non si sono avvalsi di tale facoltà, con la conseguenza che *la loro vicenda processuale, definita ormai con la formazione del giudicato, non è più suscettibile del rimedio convenzionale*”¹⁰ (enfasi aggiunta).

Poiché la pronuncia della Corte Edu non ha effetti cassatori, ma solo di accertamento, conformativi e, eventualmente, di condanna, si potrebbe definire il giudizio a Strasburgo come *giudizio con rinvio senza cassazione*.

Il parallelismo è reso evidente dalla citazione (contenuta nel brano citato della [sent. 49/2015](#)) della sent. 50/1970, che ha dichiarato infondata la questione di costituzionalità sollevata, con riferimento all’art. 101, secondo comma, Cost., in relazione all’obbligo del giudice di rinvio di rispettare il principio di diritto fissato dalla Cassazione. Peraltro, il riferimento della [sent. 49/2015](#) alla sent. 50/1970 è efficace al fine di attestare l’obbligo, per i giudici comuni, di dare esecuzione alle pronunce emesse a Strasburgo ma non convince del tutto quanto all’asserito rispetto dell’art. 101, secondo comma, Cost., in quanto la sentenza della Corte Edu non viene emessa propriamente «nella stessa causa». Comunque, anche accogliendo l’impostazione della [sent. 49/2015](#), resterebbe la limitazione della sovranità interna, perché la funzione giurisdizionale, che la Costituzione attribuisce ai giudici interni, sarebbe condizionata dalla Corte Edu, che è un giudice internazionale (su ciò si tornerà nel § 4).

Poiché alla Corte Edu si ricorre, di regola, dopo aver esaurito i rimedi interni, le considerazioni sopra svolte rendono plausibile la presentazione del giudizio europeo come “quarto grado di giudizio”. Formalmente con il ricorso a Strasburgo non si impugna la sentenza della Cassazione, ma si chiede l’accertamento della violazione di un diritto “convenzionale”, ma sostanzialmente si contesta la decisione interna di ultimo grado, al fine di ricavare un diritto al mutamento degli effetti da essa prodotti, per cui il giudizio della Corte Edu mi pare assimilabile ad un quarto grado di giudizio¹¹.

Dunque, la Corte Edu non è una corte suprema in senso tecnico ma è qualcosa di simile, perché ha il potere di riesaminare il caso e di dettare una regola vincolante per il giudice interno. È da ricordare che, in base al principio dell’esaurimento “orizzontale sostanziale” delle vie di ricorso interne, «il ricorrente deve avere sollevato davanti agli organi nazionali la violazione in seguito lamentata in sede internazionale»¹²: dunque, l’effetto devolutivo non è estraneo al ricorso alla Corte Edu.

¹⁰ Punto 7.3 del *Diritto*. La sent. Cass. sez. unite penali, 7 maggio 2014, n. 18821 (caso *Ercolano*), distingue la situazione di chi ha fatto ricorso alla Corte Edu (contro una condanna penale) e di chi non l’ha fatto, osservando che «[i]n questo secondo caso viene in gioco il tema della vulnerabilità del giudicato» (punto 7, enfasi aggiunta).

¹¹ Con riferimento al caso *Dorigo*, E. MALFATTI, *Quando perseverare non è diabolico. Dalla vicenda Dorigo un fondamentale stimolo alla possibile “revisione” del giudicato interno*, in AA. VV., *Alle frontiere del diritto costituzionale. Scritti in onore di Valerio Onida*, Milano, 2011, ha osservato che la decisione della Cassazione corre “sul sottile crinale tra disapplicazione del diritto interno e sua interpretazione convenzionalmente orientata, [...] assumendo *de facto* il ruolo della Corte di Strasburgo come quello di una sorta di giurisdizione di quarto grado, integrata nell’ordinamento nazionale”. Invece, G. SORRENTI, *Crisi e tenuta del mito del giudicato nell’impatto con le condanne emesse a Strasburgo*, in [Federalismi.it](#), 28 gennaio 2015, 11, esprime «grande perplessità [...] sulla possibilità di parlare di un quarto grado di giurisdizione [...] posto che davanti al giudice europeo non si impugna la sentenza definitiva del giudizio per censurarne vizi processuali, ma si invocano diritti che si presumono lesi, rispetto ai quali il processo rileva nella sua interessezza».

¹² V. C. PITEA, *Art. 35*, in S. BARTOLE – P. DE SENA – V. ZAGREBELSKY, *op. cit.*, 662. Sull’art. 35, § 1, Cedu v., anche per ulteriori citazioni, R. PISILLO MAZZESCHI, *Art. 35, I*, in S. BARTOLE – B. CONFORTI – G. RAIMONDI, *op. cit.*, 579 ss.; B. RANDAZZO, *Giudici comuni e Corte europea dei diritti*, in P. FALZEA – A. SPADARO – L. VENTURA, *La Corte*

In dottrina si è osservato, da un lato, che la configurazione della Corte Edu come Cassazione *sui generis* contrasterebbe con il «regime tendenzialmente dualistico» dei rapporti tra ordinamento italiano e sistema Cedu, dall'altro che «la crisi del paradigma internazionalistico ha [...] consacrato la definitiva inservibilità del canone monismo/dualismo come chiave ricostruttiva» per «un'analisi comparata degli effetti delle sue [della Corte Edu] pronunce nel diritto interno»¹³.

Mi sento più vicino alla seconda posizione, nel senso di non dare eccessiva importanza all'inquadramento monistico o dualistico dei rapporti tra sistema Cedu e ordinamento italiano. Innanzi tutto, mi pare necessario distinguere il piano delle fonti da quello delle corti. Quanto alla Cedu, è chiaro che il rapporto è monistico, perché essa è stata «nazionalizzata» come diritto interno, tramite la legge di esecuzione n. 848 del 1955¹⁴. Occorre ribadire, perché qualche ambiguità emerge anche nella giurisprudenza costituzionale e comune¹⁵, che i trattati eseguiti con legge interna non sono *qualcosa di meno* delle leggi italiane, dal punto di vista dell'efficacia, ma *qualcosa di più*, perché sono leggi interne vincolanti per le altre leggi.

Quanto alle corti, sicuramente la Corte Edu è un giudice internazionale (il che spiega la sussidiarietà di cui all'art. 35 Cedu e il contenuto non costitutivo delle sentenze, ai sensi dei citati artt. 41 e 46 Cedu¹⁶), ma decisamente *sui generis*, visto che può essere adito direttamente dai privati e le sue pronunce fanno sorgere, a carico dello Stato soccombente, obblighi che il ricorrente può far valere davanti ai giudici interni (se esistono strumenti giurisdizionali utilizzabili all'uopo)¹⁷. Con riferimento al Consiglio d'Europa, la Corte Edu è l'organo che fa prevalere, nel contraddittorio

costituzionale e le corti d'Europa, Torino 2003, 219 ss. Sulla sussidiarietà nel diritto internazionale v., ad es., P.G. CAROZZA, *Subsidiarity as a Structural Principle of International Human Rights Law*, in 97 *Am. Jour. Int. Law* 38.

¹³ V., rispettivamente, F. CORVAJA, *Corte Edu, giudici comuni e superamento del giudicato*, e G. REPETTO, *Ruolo ed effetti delle decisioni della Corte EDU negli altri ordinamenti*, entrambi in corso di pubblicazione in C. PADULA (a cura di), *La Corte europea dei diritti dell'uomo: quarto grado di giudizio o seconda Corte costituzionale?*, Napoli, 2016.

¹⁴ V. la sent. Cass., sez. unite civili, 23 dicembre 2005, n. 28507 (caso *Centurione*): «La L. 4 agosto 1955, n. 648, provvedendo a ratificare e rendere esecutiva la Convenzione, ha introdotto nell'ordinamento interno i diritti fondamentali, aventi natura di diritti soggettivi pubblici, previsti dal titolo primo della Convenzione». V. anche la sent. Cass., sez. I, 25 gennaio 2007, n. 2800 (caso *Dorigo*): «deve considerarsi ormai acquisito il principio della immediata precettività delle norme della Convenzione europea dei diritti dell'uomo».

¹⁵ V. la sent. Corte cost. 96/2015 («la Convenzione europea dei diritti dell'uomo non crea un ordinamento giuridico sovranazionale ma costituisce un modello di diritto internazionale pattizio, idoneo a vincolare lo Stato, ma *improduttivo di effetti diretti nell'ordinamento interno*»; enfasi aggiunta); affermazioni simili si ritrovano anche nella sent. Corte cost. 348/2007 (ripresa su questo punto dalla citata - nella nota 5 - sent. Cons. St., IV sez., n. 2866/2015) e, con riferimento alla Carta europea dell'autonomia locale, nella sent. Corte cost. 50/2015 (che definisce la Carta «documento di mero indirizzo», inidoneo ad attivare la violazione dell'art. 117, primo comma, Cost.: punto 3.4.3 del *Diritto*). Invece, la [sent. 49/2015](#) dà atto che le norme della CEDU «hanno ricevuto ingresso nell'ordinamento giuridico interno grazie a una legge ordinaria di adattamento». Sulla distinzione tra l'efficacia interna della fonte «esterna», la sua diretta applicabilità e la possibilità di disapplicazione della legge interna con essa contrastante, sia consentito il rinvio a C. PADULA, *L'autonomia: un principio di scarso valore? La Carta europea dell'autonomia locale e le recenti riforme degli enti locali (legge "Delrio" e d.l. 95/2012)*, in B. PEZZINI – S. TROILO (a cura di), *Il valore delle autonomie: territorio, potere, democrazia*, Napoli 2015, 109 s.; v. anche E. LAMARQUE, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Istruzioni per l'uso*, in S. SONELLI (a cura di), *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e l'ordinamento italiano*, cit., 195.

¹⁶ V. G. REPETTO, *op. cit.*, § 1.

¹⁷ V. sent. Cass., sez. I, 25 gennaio 2007, n. 2800 (caso *Dorigo*), secondo la quale le sentenze della Corte Edu «sono direttamente produttive di diritti ed obblighi nei confronti delle parti, vale a dire sia rispetto allo Stato, che è tenuto a conformarsi al dictum della stessa Corte e ad eliminare tempestivamente le conseguenze pregiudizievoli della verificata violazione, sia rispetto al cittadino, al quale non può negarsi il diritto alla riparazione, nella forma pecuniaria ovvero nella forma specifica della "restitutio in integrum" mediante la rinnovazione del giudizio»; sent. Cass., sez. VI, 11 dicembre 2008, n. 45807 (caso *Drassich*): «il definitivo accertamento di una violazione fa sorgere il diritto della persona di essere posta in condizione di avvalersi di uno strumento giuridico interno volto a ottenere la restitutio in integrum»; sent. Cass., sez. V, 28 aprile 2010, n. 16507 (caso *Scoppola*): «Nel caso in esame, quindi, sussiste, da un lato, per lo S. il diritto a una modifica della pena, da determinare secondo la legalità della Convenzione; dall'altro, per lo Stato e, specificamente, per gli organi investiti del potere giudiziario, l'obbligo positivo di determinare una pena rispondente alla legalità sancita dalla Convenzione».

concetto di *organizzazione internazionale*¹⁸, il profilo organizzativo rispetto a quello internazionalistico, nel senso che la Corte Edu adotta a maggioranza decisioni vincolanti per i singoli Stati a prescindere dal loro accordo. Dunque, volendo applicare il “canone” monismo-dualismo, sceglierei un’ibridazione fra i due per descrivere i rapporti tra Corte Edu e ordinamento italiano.

Contro la configurazione della Corte Edu come una Cassazione *sui generis* si è sollevata un’obiezione legata alla presunta scarsa legittimazione della Corte Edu¹⁹. I giudici della Corte Edu sono eletti dall’Assemblea parlamentare sulla base di una lista di tre candidati presentata dai governi statali (art. 22 Cedu). Dunque, non mi pare che i giudici della Corte Edu abbiano minore legittimazione democratica rispetto ai giudici comuni statali.

Quanto al fondamento normativo dei rispettivi poteri, la Corte Edu si basa su una decisione politico-democratica di *tanti Stati* (quanto all’Italia, su una legge del Parlamento avente rango “superprimario”); si tratta di una decisione politica meno “fondamentale” dal punto di vista della gerarchia delle fonti (rispetto alla Costituzione, che legittima i poteri dei giudici comuni) ma, in un certo senso, più “fondamentale”, perché con la Cedu gli Stati hanno deciso di garantire collettivamente a *tutti* gli individui alcuni diritti fondamentali sul cui necessario rispetto *tutti* gli Stati concordavano²⁰.

2.2 La sentenza della Corte Edu e il dovere di “neutralizzare” il giudicato penale. Disapplicazione della legge o deroga ad opera di una norma speciale?

«si è [...] rimarcato [...] come la Corte di Strasburgo ritenga, con giurisprudenza ormai costante, che l’obbligo di conformarsi alle proprie sentenze definitive, sancito a carico delle Parti contraenti dall’art. 46, paragrafo 1, della CEDU, comporti anche l’impegno degli Stati contraenti a permettere la riapertura dei processi, su richiesta dell’interessato, quante volte essa appaia necessaria ai fini della *restitutio in integrum* in favore del medesimo, nel caso di violazione delle garanzie riconosciute dalla Convenzione, particolarmente in tema di equo processo» ([sentenza n. 113 del 2011](#)²¹).

«al fine di assicurare la *restitutio in integrum* della vittima della violazione, nei sensi indicati dalla Corte europea, occorre poter rimettere in discussione il giudicato già formatosi sulla vicenda giudiziaria sanzionata. L’avvenuto esaurimento dei rimedi interni rappresenta, infatti, condizione imprescindibile di legittimazione per il ricorso alla Corte di Strasburgo (art. 35, paragrafo 1, della CEDU): con la conseguenza che quest’ultima si pronuncia, in via di principio, su vicende già definite a livello interno con decisione irrevocabile. [...] Nel caso di accertamento, da parte della Corte di Strasburgo, della violazione dell’art. 6 della CEDU [...] [s]i tratta [...] di porre rimedio, oltre i limiti del giudicato (considerati tradizionalmente comunque insuperabili con riguardo agli *errores in procedendo*), a un “vizio” interno al processo, tramite una riapertura del medesimo

¹⁸ V., ad es., B. CONFORTI, *Organizzazione internazionale* ([http://www.treccani.it/enciclopedia/organizzazione-internazionale_\(Enciclopedia-del-Novecento\)/](http://www.treccani.it/enciclopedia/organizzazione-internazionale_(Enciclopedia-del-Novecento)/)) 1979, § 2): «È chiaro che un’azione collettiva internazionale può essere tanto più efficace quanto più c’è un effettivo trasferimento di poteri decisionali dai singoli Stati agli organi cui il trattato istitutivo dell’organizzazione ha dato vita e le cui deliberazioni siano prese a maggioranza, quanto più si supera, anche se in specifici settori, il principio dell’accordo come unico e rigido strumento disponibile per la composizione di interessi a livello internazionale, quanto più si limita insomma la sovranità del singolo Stato. Si è giustamente osservato che è contraddittorio parlare di organizzazione internazionale, costituendo il processo organizzativo nient’altro che il superamento della fase inter-nazionalistica dei rapporti fra Stati».

¹⁹ A. GUAZZAROTTI, *La parabola della costituzionalizzazione delle tutele della CEDU: rapida ma anche inarrestabile?*, in C. PADULA (a cura di), *La Corte europea dei diritti dell’uomo*, cit., osserva che «la base di legittimazione così fornita alla Corte EDU, rispetto a una Corte costituzionale nazionale o alla stessa Corte di giustizia dell’UE, è troppo fragile perché della Corte di Strasburgo possa parlarsi in termini di una Corte costituzionale o di una Cassazione»; «[s]econdo una nota dicotomia, la giustizia nell’ordinamento nazionale (compresa quella costituzionale) è esercitata “in nome del popolo”, mentre la giustizia internazionale nel nome degli Stati», il che «si rispecchia, in modo evidente, nelle modalità di nomina degli stessi giudici internazionali (uno per ogni Stato, su indicazione dei governi nazionali)». La Corte Edu sarebbe «priva di legittimazione democratica» per F. VIGANÒ, *Convenzione europea dei diritti dell’uomo e resistenze nazionalistiche*, cit., 213.

²⁰ Su questo punto mi sono soffermato già in *La Corte costituzionale ed i “controlimiti”*, cit., 6.

²¹ Punto 8 del *Diritto*.

che ponga l'interessato nelle condizioni in cui si sarebbe trovato in assenza della lesione» ([sentenza n. 113 del 2011](#)²²).

Se una sentenza della Corte Edu accerta che una sentenza di condanna penale passata in giudicato contrasta con la Cedu, è ormai pacifico che il giudicato deve “cedere”, se ciò è necessario per rimediare alla violazione²³. Ciò risulta da una consolidata giurisprudenza della Corte Edu, della Cassazione²⁴ e della Corte costituzionale ([sentt. 113/2011](#) e [210/2013](#)), che affermano la necessità della *restitutio in integrum* sulla base dei citati artt. 41 e 46 Cedu²⁵.

Tali norme costituiscono il fondamento dell'obbligo statale di “neutralizzare” il giudicato e del corrispondente diritto del condannato. Esse prevalgono sulle norme processuali relative al giudicato in base al criterio di *specialità* in quanto, dopo la sentenza della Corte Edu, sorge un obbligo degli organi statali di conformarsi ad essa con riferimento, appunto, allo speciale caso discusso a Strasburgo²⁶. Questo effetto derogatorio “occasionale” (in quanto deriva di volta in volta dalla sentenza europea che accerta l'illegittimità convenzionale di un processo italiano) dell'art. 46 Cedu ricalca quello “stabile” dell'art. 630 c.p.p., come modificato dalla [sent. 113/2011](#) della Corte costituzionale²⁷.

Poiché il giudicato tutela esigenze di livello costituzionale, la Corte si è interrogata sulla compatibilità dell'art. 46 Cedu (là dove incrina la stabilità del giudicato) con la Costituzione, rispondendosi positivamente, seppur con considerazioni “calibrate” sul processo penale²⁸. Analogo

²² Punto 5 del *Diritto*. V. anche il passo della [sent. 49/2015](#), citato all'inizio del § 2.1.

²³ [Sent. 113/2011](#), punto 8: «La necessità della riapertura andrà apprezzata – oltre che in rapporto alla natura oggettiva della violazione accertata (è di tutta evidenza, così, ad esempio, che non darà comunque luogo a riapertura l'inosservanza del principio di ragionevole durata del processo, di cui all'art. 6, paragrafo 1, CEDU, dato che la ripresa delle attività processuali approfondirebbe l'offesa) – tenendo naturalmente conto delle indicazioni contenute nella sentenza della cui esecuzione si tratta». V. anche F. CORVAJA, *op. cit.*

²⁴ V. sent. Cass., sez. I, 25 gennaio 2007, n. 2800 (caso *Dorigo*): «il giudice italiano è tenuto a conformarsi alle sentenze pronunciate dalla stessa Corte [Edu] e, per conseguenza, deve riconoscere il diritto al nuovo processo, anche se ciò comporta la necessità di mettere in discussione, attraverso il riesame o la riapertura del procedimento penale, l'intangibilità del giudicato (Cass., Sez. I, 12 luglio 2006, n. 32678, Somogyi). [...] E se è innegabile che gli effetti della sentenza della Corte hanno una incidenza non limitata alla sfera sovranazionale, ma sono costitutivi di diritti e di obblighi operanti anche all'interno dell'ordinamento nazionale, è consequenziale riconoscere che il diritto alla rinnovazione del giudizio, sorto per effetto di quella sentenza, è concettualmente incompatibile con la persistente efficacia del giudicato, che resta, dunque, neutralizzato sino a quando non si forma un'altra decisione irrevocabile a conclusione del nuovo processo». V. anche la sent. Cass., VI sez., 11 dicembre 2008, n. 45807 (caso *Drassich*): «vi è una parziale "rimozione" del giudicato, nella parte in cui esso si è formato nel giudizio di legittimità mediante un vulnus al diritto di difesa, che si è tradotto in una "iniquità" della sentenza, "iniquità" che non è scaturita da preclusioni processuali addebitabili al ricorrente, bensì dal "governo" del processo da parte del giudice». La sent. Cass., sez. V, 28 aprile 2010, n. 16507 (caso *Scoppola*), parla di «ineseguità del giudicato per il fatto nuovo costituito dalla sentenza della Corte dei diritti dell'uomo, pronunciata il 17 settembre 2009». Un'ampia illustrazione del progressivo superamento del “mito” del giudicato penale si trova nella sent. Cass., sez. unite penali, 14 ottobre 2014, n. 42858 (caso *Gatto*).

²⁵ Sul tema v., fra i tanti, G. SORRENTI, *Crisi e tenuta del mito del giudicato*, cit.; V. SCIARABBA, *Il giudicato e la CEDU*, Padova, 2013; F. CORVAJA, *op. cit.*; A. CARDONE, *Corte Edu, giudici comuni e disapplicazione della legge: spunti per la comprensione delle trasformazioni della forma di stato*, in C. PADULA (a cura di), *La Corte europea dei diritti dell'uomo*, cit., e l'approfondita analisi di A.O. COZZI, *L'impatto delle sentenze della Corte di Strasburgo sulle situazioni giuridiche interne definite da sentenze passate in giudicato: la configurabilità di un obbligo di riapertura o di revisione del processo*, in F. SPITALERI (a cura di), *L'incidenza del diritto comunitario e della Cedu sugli atti nazionali definitivi*, Milano, 2009, 159 ss.

²⁶ Invece, con riferimento al caso *Dorigo*, F. VIGANÒ, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e resistenze nazionalistiche*, cit., 218, parla di «disapplicazione» dell'art. 650 c.p.p.

²⁷ [Sent. 113/2011](#), punto 8: «l'ipotesi di revisione in parola comporta, nella sostanza, una deroga – imposta dall'esigenza di rispetto di obblighi internazionali – al ricordato principio per cui i vizi processuali restano coperti dal giudicato».

²⁸ V. la [sent. 113/2011](#), punto 8: «Tale interpretazione non può ritenersi contrastante con le conferenti tutele offerte dalla Costituzione. In particolare – pur nella indubbia rilevanza dei valori della certezza e della stabilità della cosa giudicata – non può ritenersi contraria a Costituzione la previsione del venir meno dei relativi effetti preclusivi in presenza di compromissioni di particolare pregnanza – quali quelle accertate dalla Corte di Strasburgo, avendo riguardo alla vicenda giudiziaria nel suo complesso – delle garanzie attinenti a diritti fondamentali della persona: garanzie che, con

ragionamento è stato fatto dalla Cassazione, che ha bilanciato l'interesse costituzionale del giudicato con il diritto al processo equo²⁹ e quello alla libertà personale³⁰, facendo prevalere questi ultimi.

L'esistenza dell'obbligo di superamento del giudicato è una cosa diversa rispetto alla possibilità di adempimento dell'obbligo³¹. Poiché i giudici devono agire sempre in attuazione di norme legislative, essi devono utilizzare strumenti processuali esistenti nell'ordinamento per "neutralizzare" il giudicato: strumenti che potrebbero mancare (l'eventualità di un impedimento normativo all'attuazione della sentenza della Corte Edu è espressamente contemplata dall'art. 41 Cedu³²).

Nel campo penalistico, dunque, i dubbi riguardano solo le *modalità* di superamento del giudicato, modalità che dipendono da diverse variabili: principalmente, se il vizio sta nella legge applicata o negli atti adottati dal giudice, se la legge "inconvenzionale" è processuale o sostanziale, se la Corte Edu ha indicato specifici rimedi o ha lasciato spazio alla discrezionalità dello Stato³³.

Se si è verificato un vizio processuale condizionante la decisione, occorre riaprire il giudizio³⁴ tramite la "revisione europea" introdotta dalla [sent. Corte cost. 113/2011](#)³⁵. Se invece si è verificato un vizio sostanziale, può essere sufficiente modificare la pena, senza riapertura del processo di cognizione (come nel [caso Scoppola](#)³⁶ e nel caso Ercolano, che si trovava nella stessa situazione di Scoppola ma non aveva proposto ricorso alla Corte Edu³⁷).

particolare riguardo alle previsioni dell'art. 6 della Convenzione, trovano del resto ampio riscontro nel vigente testo dell'art. 111 Cost.».

²⁹ Sent. Cass., VI sez., 11 dicembre 2008, n. 45807 (caso *Drassich*): «nel bilanciamento di valori costituzionali, da un lato, quello della funzione costituzionale del giudicato e, dall'altro, quello del diritto a un processo "equo" e a una decisione resa nel rispetto di principi fondamentali e costituzionali posti a presidio del diritto a interloquire sull'accusa, non può che prevalere quest'ultimo; e proprio la prevalenza di quest'ultimo valore ha determinato il legislatore a introdurre il ricorso straordinario ex art. 625 bis c.p.p. contro le sentenze della Corte di cassazione».

³⁰ Sent. Cass. sez. unite penali, 7 maggio 2014, n. 18821 (caso *Ercolano*), punto 7.

³¹ La sent. Corte cost. 129/2008 attesta la mancanza dello strumento processuale necessario, non l'inesistenza dell'obbligo (come invece pare ritenere la sent. Cons. St., sez. IV, n. 2866/2015). Similmente, la l. 89/2001 «andrebbe considerata non già costitutiva del diritto all'equa riparazione per la non ragionevole durata del processo, bensì unicamente istitutiva della via di ricorso interno, prima inesistente»: così la citata sent. Cass., sezioni unite, 23 dicembre 2005, n. 28507.

³² V. *supra*, nota 4.

³³ V., ad es., la sent. Corte Edu "Scoppola": «la Corte ritiene dunque che sia lo Stato convenuto a dover assicurare che la pena dell'ergastolo inflitta al ricorrente sia sostituita con una pena conforme ai principi enunciati nella presente sentenza, ossia una pena non superiore a quella della reclusione di anni trenta» (§ 154).

³⁴ La Corte parla di «riapertura del processo – intesa, quest'ultima, come concetto di genere, funzionale anche alla rinnovazione di attività già espletate, e, se del caso, di quella integrale del giudizio» ([sent. 113/2011](#), punto 8). Per la distinzione fra riapertura e rinnovazione del processo v. G. SORRENTI, *op. cit.*, 9 s.

³⁵ Prima della [sent. 113/2011](#), la Cassazione ha "neutralizzato" il giudicato seguendo strade alternative: nel caso *Dorigo* (rapporto del 9 settembre 1998 della Commissione europea dei diritti dell'uomo, recepito dal Comitato dei ministri con decisione del 15 aprile 1999) ha dichiarato ineseguibile il giudicato in sede di incidente di esecuzione, sulla base dell'art. 670 c.p.p. (Cass., sez. I, 25 gennaio 2007, n. 2800); nel caso *Drassich* (sent. Corte Edu 11 dicembre 2007) ha ritenuto applicabile per analogia l'art. 625-bis c.p.p. (*Ricorso straordinario per errore materiale o di fatto*), disponendo la «revoca [del]la sentenza della Corte di cassazione del 4 febbraio 2004 n. 23024 nei confronti di D.M., limitatamente ai fatti corruttivi qualificati come reati di corruzione in atti giudiziari ex art. 319 ter c.p.p.», e «una nuova trattazione del ricorso proposto da D. M. contro la sentenza 12 giugno 2002 della Corte d'appello di Venezia, limitatamente al punto della diversa definizione giuridica data al fatto corruttivo rispetto a quella enunciata nell'imputazione e poi ritenuta dai giudici di merito» (sentenza Cass., VI sez., 11 dicembre 2008, n. 45807); in senso critico su tali soluzioni v. la [sent. Corte cost. 113/2011](#), punto 5 del *Diritto*; R. KOSTORIS, *La revisione del giudicato iniquo e i rapporti tra violazioni convenzionali e regole interne*, in *Rivistaaic*, 2/2011, § 2; G. SORRENTI, *op. cit.*, 7.

³⁶ [Sentenza](#) Corte Edu, Grande Camera, 17 settembre 2009, seguita dalla sentenza Cass., V sez., 11 febbraio 2010, n. 16507, che, a seguito di ricorso straordinario di Scoppola ex art. 625-bis c.p.p., «revoca la sentenza di questa Corte n. 2592/03 del 25.9.2002» e «annulla senza rinvio la sentenza della corte di assise di appello di Roma in data 10.1.2002, limitatamente al trattamento sanzionatorio nei confronti di S.F., che determina in anni trenta di reclusione».

³⁷ V. l'ordinanza di rimessione Cass., sez. unite penali, 10 settembre 2012, n. 34472, seguita dalla [sent. Corte 210/2013](#) e dalla sent. Cass. sez. unite penali, 7 maggio 2014, n. 18821, che ha annullato senza rinvio l'ordinanza del Tribunale di Spoleto, quale giudice dell'esecuzione (che rigettava l'istanza del condannato ai sensi degli *artt. 666 e 670 c.p.p.*), e «dispone che la pena dell'ergastolo inflitta ad E.S., con sentenza della Corte di assise d'appello di Catania in data 10/07/2001 (irrevocabile il 14/11/2003), sia sostituita con quella della reclusione di anni trenta».

In dottrina si è sostenuto che, nel [caso Scoppola](#), la Cassazione ha dato esecuzione alla sentenza della Corte Edu (sostituendo la pena dell'ergastolo con quella di trenta anni) *disapplicando* l'art. 7, comma 1, d.l. 341/2000³⁸. In realtà, se la disapplicazione si verifica quando un giudice decide una causa considerando una norma illegittima *tamquam non esset* (in virtù della sua illegittimità), non pare che la Cassazione abbia disapplicato la norma citata. Essa ha applicato l'art. 46 Cedu, come "concretizzato" dalla sentenza della Corte Edu sul [caso Scoppola](#)³⁹. La vicenda potrebbe, dunque, essere inquadrata (non come una disapplicazione ma) come una *deroga* operata da una norma speciale.

Il divieto di applicazione diretta della Cedu *in luogo* della legge interna contrastante, affermato più volte dalla Corte costituzionale, vale fino a quando l'incompatibilità della legge con la Cedu non sia riconosciuta dalla Corte Edu: dopo la condanna europea, al criterio gerarchico (che regola i rapporti fra Cedu e leggi interne, in base all'art. 117, primo comma, Cost. e che si avvale dello strumento della questione incidentale di costituzionalità, non della disapplicazione) subentra il criterio della specialità, perché il vincolo derivante dalla Cedu (a questo punto, non solo dalla norma Cedu "sostanziale" ma anche dall'art. 46) riguarda una specifica vicenda.

2.3 Effetti della sentenza della Corte Edu sul giudicato civile e amministrativo

È pacifico che l'art. 46 Cedu ha portata generale, non limitata alle sentenze della Corte Edu che fanno seguito ad un processo penale svoltosi nello Stato membro. Similmente, nella *Raccomandazione* del Comitato dei ministri R (2000) 2 del 19 gennaio 2000 "on the re-examination or reopening of certain cases at domestic level following judgments of the European Court of Human Rights" (che ha influenzato in modo rilevante la giurisprudenza della Corte Edu quanto all'interpretazione dell'art. 46 Cedu) si legge quanto segue:

«The practice of the Convention organs has demonstrated that it is primarily in the field of criminal law that the re-examination of a case, including the reopening of proceedings, is of the greatest importance. The recommendation is, however, not limited to criminal law, but covers any category of cases, in particular those satisfying the criteria enumerated in sub-paragraphs (i) and (ii)⁴⁰. The purpose of these additional criteria is to identify those exceptional situations in which the objectives of securing the rights of the individual and the effective implementation of the Court's judgments prevail over the principles underlying the doctrine of *res judicata*, in particular that of legal certainty, notwithstanding the undoubted importance of these principles»⁴¹.

³⁸ V. E. LAMARQUE, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, cit., 202; S. SONELLI, *La CEDU nel quadro di una tutela multilivello dei diritti*, cit., 17 ss.; E. LAMARQUE - F. VIGANÒ, *Sulle ricadute interne della sentenza Scoppola* in [Diritto Penale Contemporaneo](#), 31.3.2014, § 6; A. GUAZZAROTTI, *Novità nei rapporti tra giudici nazionali e Corte Edu: la dottrina del "doppio binario" alla prova dei casi (e dei conflitti) concreti*, in *Giur. cost.*, 2014, 2033 ss.; G. REPETTO, *L'effetto di vincolo delle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo nel diritto interno: dalla riserva di bilanciamento al 'doppio binario'*, in *Dir. pubbl.*, 2014, 1075 ss. L'art. 7, comma 1, d.l. 341/2000 (poi annullato dalla [sent. 210/2013](#)) prevedeva: «Nell'articolo 442, comma 2, ultimo periodo, del codice di procedura penale, l'espressione "pena dell'ergastolo" deve intendersi riferita all'ergastolo senza isolamento diurno».

³⁹ V. F. CORVAJA, *op. cit.* Anche M. BIGNAMI, *Il giudicato e le libertà fondamentali: le Sezioni unite concludono la vicenda Scoppola-Ercolano*, in [Diritto Penale Contemporaneo](#), ritiene che nel caso Ercolano non sia «del tutto proprio» disquisire di disapplicazione della norma interna.

⁴⁰ «The Committee of Ministers [...] [e]ncourages the Contracting Parties, in particular, to examine their national legal systems with a view to ensuring that there exist adequate possibilities of re-examination of the case, including reopening of proceedings, in instances where the Court has found a violation of the Convention, especially where: i. the injured party continues to suffer very serious negative consequences because of the outcome of the domestic decision at issue, which are not adequately remedied by the just satisfaction and cannot be rectified except by re-examination or reopening, and ii. the judgement of the Court leads to the conclusion that a. the impugned domestic decision is on the merits contrary to the Convention, or b. the violation found is based on procedural errors or shortcomings of such gravity that a serious doubt is cast on the outcome of the domestic proceedings complained of».

⁴¹ Nel *Review of the implementation of Recommendation (2000) 2* si legge quanto segue: «17. Thus, it is today possible to reopen criminal proceedings in the majority of member States. Around twenty member States allow for the possibility of reopening of civil proceedings following an individual application or the application of a public authority. For a

Ciò implica che la pronuncia europea determina un obbligo statale di superamento del giudicato civile (e un corrispondente diritto del ricorrente vittorioso a Strasburgo), come per il giudicato penale?

Vertendo la questione sull'esistenza dell'obbligo e non sulle modalità di adempimento (v. *supra*, § 2.2), il problema non sta nella mancanza di uno strumento corrispondente alla "revisione europea" introdotta dalla [sent. Corte cost. 113/2011](#).

Né mi porrei il problema se il bilanciamento compiuto dalla Corte costituzionale (nella stessa [sent. 113/2011](#)) e dalla Cassazione (v. *supra*, § 2.2) possa condurre ad un esito diverso di fronte al giudicato civile, per il diverso peso che assumono gli interessi in gioco. Chiedersi se gli interessi costituzionali alla base del giudicato possano prevalere sugli interessi alla base dell'art. 46 Cedu (cioè, in definitiva, sui diritti protetti dalla Cedu) equivale, mi pare, a chiedersi se è costituzionale l'intero sistema Cedu, perché esso è costruito, come noto, proprio sull'intervento della Corte Edu *dopo* il giudicato interno⁴². È vero che l'art. 41 Cedu presuppone che le norme interne non consentano la *restitutio in integrum*, ma ciò attiene alla possibilità "normativa" di adempimento dell'obbligo di superamento del giudicato, non alla sua esistenza. Dall'art. 46 discende un obbligo conformativo "di risultato", il cui adempimento dipende dall'ordinamento degli Stati membri.

Il vero problema che pone il superamento del giudicato civile, come giustamente osservato in dottrina⁴³, riguarda il diritto di difesa della controparte: mentre il giudicato penale si è formato tra le stesse parti contendenti a Strasburgo (lo Stato e il condannato), il giudicato civile si è formato, di norma, tra due privati, uno dei quali è del tutto estraneo al giudizio davanti alla Corte Edu.

Dunque, qualora il privato vittorioso a Strasburgo chiedesse al giudice civile la riapertura del processo, mi pare che il giudice dovrebbe sollevare la questione di costituzionalità sulla legge di esecuzione della Cedu, per violazione dell'art. 24 Cost., qualora l'art. 46 Cedu obbligasse a conformarsi ad una decisione (che mette in discussione un giudicato interno) assunta senza la partecipazione del controinteressato. Fatte le debite differenze, il caso ricorderebbe quello che ha portato alla [sent. 238/2014](#), che ha dichiarato, fra l'altro, per violazione degli artt. 2 e 24 Cost., «l'illegittimità costituzionale dell'art. 1 della legge di adattamento n. 848 del 1957, limitatamente all'esecuzione data all'art. 94 della Carta delle Nazioni Unite, esclusivamente nella parte in cui obbliga il giudice italiano ad adeguarsi alla pronuncia della CIG del 3 febbraio 2012»⁴⁴.

L'eventuale accoglimento della questione relativa all'art. 46 Cedu impedirebbe la *restitutio in integrum*, per cui il ricorrente vittorioso a Strasburgo dovrebbe eventualmente far valere il proprio diritto ad un indennizzo ai sensi dell'art. 41 Cedu.

Tale ostacolo al superamento del giudicato potrebbe venir meno qualora esso non abbia tutelato gli interessi di un terzo: si pensi ad una sentenza che abbia inciso sulla capacità d'agire, sulla capacità elettorale, sui rapporti di un minore con i propri genitori, alle procedure fallimentari, alle procedure d'espulsione. Se la Corte Edu accerta che tali giudizi hanno violato la Cedu, pare che l'art. 46 Cedu imponga la riapertura del giudizio civile (e, in mancanza dello strumento idoneo, l'instaurazione della questione di costituzionalità, sulla falsariga della vicenda "Dorigo").

minority of these, legislation does not contain a clear and specific example of the reopening of proceedings after the finding of a violation by the Court but existing general legislation or case-law might seem sufficiently "open" to allow this possibility. Around twenty member States allow for the possibility of reopening administrative proceedings, whether following an individual application or on the application of a public authority. It was underlined, in the first phase of the review, that when States have not given effect to the recommendation to allow for reopening of proceedings in the fields of civil and administrative law; major concerns expressed in this connection relate to the need for legal certainty and the need to protect the interests of good faith third parties».

⁴² Che l'art. 46 implichi il superamento del giudicato è un'eventualità "fisiologica": l'art. 13 Cedu richiede che gli Stati predispongano rimedi giurisdizionali a difesa dei diritti Cedu (purché si tratti di un *arguable claim*): v., ad es., *Leander v. Sweden*, 26 marzo 1987, par. 77) e l'art. 35 Cedu richiede che a Strasburgo si ricorra dopo aver esperito i rimedi interni, dunque, di norma, dopo la formazione del giudicato (però, diverse sono le eccezioni a questa regola: v. il § 2.4).

⁴³ V. F. CORVAJA, *op. cit.*

⁴⁴ Su tale importante pronuncia v., oltre ai vari commenti, P. FARAGUNA, *Ai confini della Costituzione. Principi Supremi e identità costituzionale*, Milano, 2015, 12 ss.

Infine, è da riferire che l'*Explanatory memorandum* allegato alla *Raccomandazione* sopra citata affronta il problema della tutela dei terzi e lo risolve in questo modo:

«it was recognised that reopening or re-examination could pose problems for third parties, in particular when these have acquired rights in good faith. This problem exists, however, already in the application of the ordinary domestic rules for re-examination of cases or reopening of the proceedings. The solutions applied in these cases ought to be applicable, at least *mutatis mutandis*, also to cases where re-examination or reopening was ordered in order to give effect to judgments of the Court».

Non mi pare che il criterio suggerito dal *Memorandum* sia soddisfacente. Il problema sta nell'inopponibilità della decisione europea a chi non ha partecipato a quel giudizio ed esso non può essere risolto dalle «ordinary domestic rules for re-examination of cases».

Il problema della tutela del “controinteressato” al mantenimento del giudicato non si pone per il giudizio amministrativo, dato che lo Stato (presente a Strasburgo) comprende, nei rapporti internazionali, tutte le pubbliche amministrazioni. Dunque, anche qualora la Corte europea sia stata adita dal privato, la decisione europea è opponibile all'ente pubblico interessato al mantenimento del giudicato amministrativo.

Attualmente, è pendente davanti alla Corte costituzionale una questione di legittimità costituzionale sollevata dall'adunanza plenaria del Consiglio di Stato, con riferimento alla mancata previsione (da parte degli artt. 106 c.p.a. e 395 e 396 c.p.c.) di un «diverso caso di revocazione della sentenza quando ciò sia necessario, ai sensi dell'art. 46, par. 1, [Cedu][...], per conformarsi ad una sentenza definitiva della Corte europea dei diritti dell'uomo»⁴⁵.

2.4 Effetti della sentenza della Corte Edu prima del giudicato

Come noto, l'art. 35 Cedu non viene applicato in modo rigido dalla Corte Edu. Questa non pretende che il soggetto leso proponga tutti i ricorsi se questi non sono *accessibili ed efficaci*. Quindi, la non accessibilità o l'inefficacia dei rimedi interni esonera dal loro necessario esaurimento. I ricorsi sono efficaci quando sono idonei a portare rimedio alle doglianze del ricorrente e quando hanno “una ragionevole prospettiva di successo”, che va valutata “in funzione della giurisprudenza nazionale e dell'opinione generale della dottrina”⁴⁶.

È dunque possibile che la pronuncia della Corte Edu arrivi durante lo svolgimento del giudizio comune (civile o amministrativo) o che addirittura lo preceda. In questo caso, è ancora più calzante il passo della [sent. 49/2015](#) citato all'inizio del § 2.1 ed è *a fortiori* confermato quanto ivi si è detto sul parallelismo tra la sentenza della Corte Edu e la sentenza della Cassazione che fissa il principio di diritto. L'art. 46 Cedu impone al giudice comune di conformarsi alla sentenza europea emessa sulla stessa questione, ragion per cui – se la Corte Edu si pronuncia durante o prima del giudizio comune – il giudice interno dovrà conformarsi al punto di diritto da essa fissato (a meno che tale vincolo produca una lesione del diritto di difesa della controparte: nel qual caso, come visto nel § 2.3, occorrerà sollevare questione di costituzionalità sulla legge di esecuzione della Cedu, con riferimento all'art. 46 Cedu *in parte qua*).

Ciò è capitato sia nel caso [De Jorio](#) sia nel caso [Costa-Pavan](#). [Nel primo](#), la sent. 30 settembre 2011, n. 19985, della Cassazione civile, III sez., ha ritenuto vincolante, sulla questione dell'applicabilità dell'art. 68 Cost. alle dichiarazioni lesive dell'onore di De Jorio, la sent. della Corte europea del 3 giugno 2004 (emessa pendente il giudizio d'appello civile), dichiarando che «dalla sentenza di Strasburgo deriva sostanzialmente l'effetto di giudicato soltanto sul punto... circa la

⁴⁵ V. l'ordin. 4 marzo 2015, n. 2 (iscritta al n. 190 del 2015 reg. ord. C.c. e non assegnata alla data del 21 luglio 2016).

⁴⁶ V. R. PISILLO MAZZESCHI, *op. cit.*, 591 s., per il quale “un ricorso è inefficace ed insufficiente se, considerando la giurisprudenza ben consolidata, esso non offre alcuna possibilità di successo”; se “esiste un dubbio circa l'efficacia e la sufficienza di un ricorso interno, tale ricorso deve essere tentato”. V. anche C. PITEA, *op. cit.*, 660 s.

mancata operatività anche nel giudizio civile dell'art. 68 Cost.», e che «questa Corte non può ignorare la statuizione, essendo chiamata a decidere proprio sulla stessa questione»⁴⁷.

Con riferimento a tale decisione della Cassazione, si è osservato che, mentre la sentenza europea può essere idonea, «nel caso concreto, a superare la valutazione di insindacabilità della Camera e quindi a riaprire il processo, non è accettabile che l'inapplicabilità dell'art. 68 Cost. nel nuovo giudizio sia considerato punto coperto da giudicato, visto che il parlamentare convenuto non ha partecipato al giudizio»⁴⁸. Pare difficile, però, separare i due profili, perché la riapertura del processo sarebbe imposta proprio sulla base dell'inapplicabilità dell'art. 68, primo comma, Cost. Certamente, il vincolo imposto dall'art. 46 Cedu alla Cassazione si scontra con l'art. 24 Cost., perché il parlamentare non ha partecipato al giudizio europeo, e, dunque, la Cassazione avrebbe dovuto sollevare questione di costituzionalità sulla legge di esecuzione della Cedu, con riferimento all'art. 46 Cedu *in parte qua*.

Si può anche notare che questa anticipazione della tutela europea (cioè, l'instaurazione del giudizio europeo durante la pendenza del giudizio interno) finisce per produrre effetti assimilabili a quelli del rinvio pregiudiziale previsto nell'ambito dell'Unione europea ma mancante nel sistema Cedu: infatti, il ricorso alla Corte europea porta ad accertare l'illegittimità di atti interni con effetti vincolanti per i giudici interni, così come il rinvio pregiudiziale può condurre ad accertare che le norme europee «ostano» ad una fattispecie nazionale⁴⁹.

Nel [secondo caso](#) i ricorrenti Costa e Pavan avevano adito la Corte Edu prima ancora di instaurare il giudizio interno; dopo la sentenza favorevole a Strasburgo del 28 agosto 2012, il Tribunale di Roma ha applicato direttamente la regola da essa risultante, ordinando alla Asl di Roma di procedere alla procreazione assistita previo esame degli embrioni fecondati *in vitro*. Il Tribunale ha attribuito alla decisione europea «valore di giudicato formale».

A differenza del caso [De Jorio](#), dunque, nel caso [Costa-Pavan](#) si ripropone la questione della (presunta) disapplicazione della legge (nel caso di specie, l'art. 4 l. 40/2004), già esaminata a proposito del [caso Scoppola](#). Anche in questo caso, si può ritenere che non si sia trattato della disapplicazione (in senso proprio) vietata dalla giurisprudenza costituzionale, ma dell'applicazione dell'art. 46 Cedu come «concretizzato» dalla sentenza della Corte Edu, cioè dell'applicazione di una regola *speciale* in deroga all'art. 4 l. 40/2004⁵⁰.

Nel caso [Costa-Pavan](#), poi, essendo la controparte un ente pubblico (la Asl di Roma), la sentenza della Corte Edu risultava ad essa opponibile.

3. Gli effetti delle sentenze della Corte Edu con riferimento a casi analoghi a quello deciso a Strasburgo

«le modalità attraverso le quali lo Stato membro si adegua con misure strutturali alle sentenze della Corte di Strasburgo non sempre sono puntualmente determinate nel loro contenuto da tali pronunce, ma ben possono essere individuate con un ragionevole margine di apprezzamento. Perciò non è necessario che le sentenze della Corte EDU specificino le «misure generali» da adottare per ritenere che esse, pur discrezionalmente configurabili, costituiscono comunque una necessaria conseguenza della violazione strutturale della CEDU da parte della legge nazionale.

Quando ciò accade è fatto obbligo ai poteri dello Stato, ciascuno nel rigoroso rispetto delle proprie attribuzioni, di adoperarsi affinché gli effetti normativi lesivi della CEDU cessino. Deve quindi ritenersi che il cosiddetto contenuto rilevante della sentenza Scoppola, vale a dire la parte di essa rispetto alla quale si forma

⁴⁷ Punto 6.2 del *Diritto*. Su tale vicenda sia consentito rinviare a C. PADULA, *La giurisprudenza della Corte europea sull'insindacabilità parlamentare italiana: profili sostanziali e processuali*, in AA. VV., *Dialogo tra le Corti e principio di proporzionalità*, Padova, 2013, 450 s.; v. anche G. CAMPEIS – A. DE PAULI, *Carte e corti europee. Diritti fondamentali e giustizia italiana*, Torino, 2014, 168 s.

⁴⁸ F. CORVAJA, *op. cit.*

⁴⁹ V. già C. PADULA, *La giurisprudenza della Corte europea*, cit., 450.

⁵⁰ Il Tribunale evidenzia come la «regola ricavabile dalla sentenza CEDU sia sufficientemente precisa ed incondizionata da sostituirsi [...] a quella interna riconosciuta contraria alla Convenzione».

l'obbligo posto dall'art. 46, paragrafo 1, della CEDU, e, più in generale, si individuano quegli aspetti dei quali lo Stato responsabile della violazione deve tenere conto per determinare le misure da adottare per conformarsi ad esse, ha una portata più ampia di quella che, per quanto concerne specificamente la violazione riscontrata, emerge dal dispositivo, nel quale la Corte EDU si limita a dichiarare che è «lo Stato convenuto a dover assicurare che la pena dell'ergastolo inflitta al ricorrente sia sostituita con una pena conforme ai principi enunciati nella presente sentenza», cioè con la pena di trenta anni di reclusione. [...] fondatamente la Corte di cassazione ha ritenuto che la sentenza Scoppola non consenta all'Italia di limitarsi a sostituire la pena dell'ergastolo applicata in quel caso, ma la obblighi a porre riparo alla violazione riscontrata a livello normativo e a rimuoverne gli effetti nei confronti di tutti i condannati che si trovano nelle medesime condizioni di Scoppola» ([sentenza n. 210 del 2013](#)⁵¹).

Se la sentenza della Corte Edu non accerta un vizio inerente al singolo processo ma un vizio di carattere generale (sia sostanziale, come nel [caso Scoppola](#), sia processuale), ne risulta che si pongono in contrasto con la Cedu tutte le sentenze (anche passate in giudicato) affette da quel vizio.

Dalla citata [sent. 210/2013](#) risulta che lo Stato *deve* rimuovere la «violazione riscontrata a livello normativo», o con una nuova legge o con l'intervento della Corte costituzionale (come accaduto, appunto, nel [caso Scoppola](#), con la [sent. 210/2013](#)).

In attesa dell'adozione della misura strutturale, come devono comportarsi i giudici? I condannati che non hanno fatto ricorso a Strasburgo, pur avendo subito una condanna contrastante con la Cedu (come accertato dalla Corte Edu), non hanno diritto di invocare la pronuncia europea, perché non è stata emessa nei loro confronti. Per la medesima ragione, i giudici comuni non possono applicare la regola risultante dalla sentenza della Corte Edu (cioè, l'art. 46 Cedu come “concretizzato” dalla sentenza) in luogo della legge inconvenzionale, perché attiene ad altro caso. La sentenza europea non produce un obbligo conformativo che riguarda specificamente i non ricorrenti, ma un obbligo conformativo “di sistema”, volto all'eliminazione della violazione strutturale. I giudici, anch'essi destinatari di quest'obbligo, lo possono adempiere solo sollevando la questione incidentale di costituzionalità.

La rimessione deve essere operata anche qualora si sia già formato il giudicato interno? La [sent. 210/2013](#) risponde anche su tale punto:

«Esiste infatti una radicale differenza tra coloro che, una volta esauriti i ricorsi interni, si sono rivolti al sistema di giustizia della CEDU e coloro che, al contrario, non si sono avvalsi di tale facoltà, con la conseguenza che la loro vicenda processuale, definita ormai con la formazione del giudicato, non è più suscettibile del rimedio convenzionale.

Il valore del giudicato, attraverso il quale si esprimono preminenti ragioni di certezza del diritto e di stabilità nell'assetto dei rapporti giuridici, del resto, non è estraneo alla Convenzione, al punto che la stessa sentenza Scoppola vi ha ravvisato un limite all'espansione della legge penale più favorevole, come questa Corte ha già avuto occasione di porre in evidenza ([sentenza n. 236 del 2011](#)). Perciò è da ritenere che, in linea di principio, l'obbligo di adeguamento alla Convenzione, nel significato attribuitole dalla Corte di Strasburgo, non concerne i casi, diversi da quello oggetto della pronuncia, nei quali per l'ordinamento interno si è formato il giudicato, e che le deroghe a tale limite vanno ricavate, non dalla CEDU, che non le esige, ma nell'ambito dell'ordinamento nazionale. [...] nell'ambito del diritto penale sostanziale, è proprio l'ordinamento interno a reputare recessivo il valore del giudicato, in presenza di alcune sopravvenienze relative alla punibilità e al trattamento punitivo del condannato [...] Nel caso in esame le sezioni unite rimettenti [...] hanno argomentato che, in base all'art. 30, quarto comma, della legge n. 87 del 1953, il giudicato penale non impedisce al giudice di intervenire sul titolo esecutivo per modificare la pena, quando la misura di questa è prevista da una norma di cui è stata riconosciuta l'illegittimità convenzionale, e quando tale riconoscimento sorregge un giudizio altamente probabile di illegittimità costituzionale della norma per violazione dell'art. 117, primo comma, Cost. Nell'ambito dell'odierno incidente di legittimità costituzionale, tale rilievo è sufficiente per concludere che, con riferimento al procedimento di adeguamento dell'ordinamento interno alla CEDU, originato dalla pronuncia della Grande Camera della Corte EDU nel [caso Scoppola](#), il giudicato non costituisce un ostacolo insuperabile che, come invece accade di regola, limiti gli effetti dell'obbligo conformativo ai soli casi

⁵¹ Punto 7.2.

ancora *sub iudice*.

Nella prospettiva adottata dalle sezioni unite rimettenti, non vi sono perciò ostacoli che si frappongano alla estensione degli effetti della Convenzione in fattispecie uguali a quella relativa a Scoppola, sulle quali si sia già formato il giudicato»⁵².

«Se la sentenza della Corte EDU cui occorre conformarsi implica l'illegittimità costituzionale di una norma nazionale ci si deve anche chiedere se la sua esecuzione da parte del giudice nazionale debba passare o meno attraverso la pronuncia di tale illegittimità.

Nei confronti di Scoppola si è data, da parte della Corte di cassazione, direttamente esecuzione alla sentenza della Corte europea con la procedura del ricorso straordinario *ex art. 625-bis* cod. proc. pen., ma nel caso in esame, in cui rispetto al ricorrente manca una pronuncia specifica della Corte EDU, è da ritenere che occorra sollevare una questione di legittimità costituzionale della norma convenzionalmente illegittima, come appunto hanno fatto le sezioni unite della Corte di cassazione»⁵³.

Dunque, mentre la logica della Cedu (come si ricava dalla lettura in sequenza degli artt. 13, 35, 41 e 46) implica il diritto del ricorrente vittorioso al superamento del giudicato interno (in qualsiasi settore dell'ordinamento), salvi i diritti dei terzi, essa non implica il venir meno del giudicato emesso a danno dei "non ricorrenti in situazione analoga", benché esso si sia formato sulla base di una legge censurata dalla Corte Edu.

Se però è l'ordinamento interno a dare rilievo, come nel caso del diritto penale sostanziale, alle modifiche normative successive al giudicato, allora anche la sentenza della Corte Edu può giustificare l'instaurazione dell'incidente di costituzionalità. La [sent. 210/2013](#) avalla l'impostazione della Cassazione, introducendo una deroga all'irrelevanza della questione di costituzionalità sollevata in sede di esecuzione con riferimento ad una norma applicata nel giudizio di cognizione, qualora sia necessario conformarsi ad una sentenza della Corte Edu in materia sostanziale, in fattispecie che non richieda la riapertura del processo. La [sent. 210/2013](#) è stata confermata, su questo punto, dalle sentenze 100/2015⁵⁴ e 57/2016⁵⁵.

4. Gli effetti vincolanti delle sentenze della Corte Edu e l'art. 11 della Costituzione

«Questa Corte ha già avuto, infatti, occasione di chiarire che «dalla qualificazione dei diritti fondamentali oggetto di disposizioni della CEDU come principi generali del diritto comunitario non può farsi discendere la riferibilità alla CEDU del parametro di cui all'art. 11 Cost., né, correlativamente, la spettanza al giudice comune del potere-dovere di non applicare le norme interne contrastanti con la predetta Convenzione» ([sentenze n. 303 del 2011](#) e [n. 349 del 2007](#))» ([sentenza n. 96 del 2015](#))⁵⁶.

Questo passo della [sent. 96/2015](#) ribadisce l'orientamento della Corte che nega che la Cedu rientri nell'"orbita" dell'art. 11 Cost., al fine di differenziare il sistema Cedu dalla UE e scongiurare il rischio di disapplicazione diretta delle leggi contrastanti con la Cedu.

In realtà, pare innegabile che il vincolo promanante dalla decisione di una corte internazionale implichi una limitazione di sovranità⁵⁷, intendendo per sovranità, naturalmente, non quella "vera e propria" dell'ordinamento complessivo, ma quella di cui all'art. 1 Cost., cioè la titolarità dei poteri

⁵² Punto 7.3.

⁵³ Punto 8.

⁵⁴ Punto 4: «non è consentito sollevare nel procedimento di esecuzione un incidente di legittimità costituzionale concernente una norma applicata nel giudizio di cognizione (la questione avrebbe dovuto essere, infatti, proposta nell'ambito di quest'ultimo). L'unica eccezione è rappresentata dall'ipotesi in cui venga in discussione, in riferimento all'art. 117, primo comma, Cost., la necessità di conformarsi ad una sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo in materia sostanziale, in fattispecie che non richieda la riapertura del processo, ma possa trovare direttamente rimedio in sede esecutiva ([sentenza n. 210 del 2013](#))».

⁵⁵ V. i punti 6 e 7.

⁵⁶ Punto 7.

⁵⁷ La sent. Cass., sez. I, 12 luglio 2006, n. 32678 (caso *Somogyi*), parla di «limitazione di sovranità per gli Stati contraenti, riconducibile a un obbligo giuridico di conformarsi alle decisioni della Corte di Strasburgo» (punto 9).

pubblici. Del resto, la Corte costituzionale ha affermato l'opposto con riferimento all'art. 94 dello Statuto Onu, formulato in modo del tutto analogo all'art. 46 Cedu. La sent. 238/2014 ha riconosciuto che il vincolo derivante dall'art. 94 Statuto Onu («Ciascun Membro delle Nazioni Unite si impegna a conformarsi alla decisione della Corte Internazionale di Giustizia in ogni controversia di cui esso sia parte») «spiega i suoi effetti nell'ordinamento interno tramite la legge di adattamento speciale (autorizzazione alla ratifica e ordine di esecuzione)» e «costituisce una delle ipotesi di limitazione di sovranità alle quali lo Stato italiano ha consentito [...] ai sensi dell'art. 11 Cost.»⁵⁸. In effetti, se a norme come l'art. 46 Cedu e l'art. 94 Statuto Onu non si dà esecuzione con legge costituzionale, pare difficile sfuggire alla necessità di “agganciarle” all'art. 11 Cost.⁵⁹.

In dottrina si è di recente osservato che il dubbio sulla distinzione (operata dalla Corte costituzionale) tra Cedu e UE, quanto al collegamento con l'art. 11 Cost., «ben corposo sul piano logico, [...] pare superabile su quello pratico», considerando «l'ambito di competenza»: mentre l'UE «opera nelle sole materie che gli sono attribuite, [...] la Convenzione non conosce limite di sorta [...], come è naturale che sia a fronte di diritti fondamentali dell'essere umano»; dunque, «se la Corte costituzionale avesse avallato meccanismi di penetrazione della Convenzione analoghi a quelli fondati sull'art. 11 Cost., essa avrebbe cessato di essere una Corte dei diritti, per divenire esclusivamente una Corte dei conflitti»⁶⁰.

In realtà, mi pare che sia proprio la competenza settoriale dell'UE e generale della Cedu a inficiare la giurisprudenza costituzionale che nega l'applicabilità dell'art. 11 Cost. alla Cedu. Infatti, è il rapporto di competenza tra ordinamento UE e ordinamento interno che fonda il potere di non applicazione della legge interna contrastante con la fonte europea *self-executing*; mancando tale rapporto rispetto al sistema Cedu, non potrebbe comunque configurarsi quel potere. Dunque, pare che si potrebbe ammettere l'applicazione dell'art. 11 Cost alla Cedu, senza timore di legittimare il sindacato diffuso di convenzionalità. In sostanza, mi pare che l'equivoco stia nel collegamento tra art. 11 Cost. e potere di disapplicazione⁶¹.

Neppure vedo un nesso automatico tra inquadramento della Cedu nell'art. 11 Cost. e idoneità a derogare alle norme costituzionali (salvi i principi supremi). Tale inquadramento è condizione *necessaria*⁶² ma non sufficiente per la capacità di deroga, dovendo essere accertato caso per caso il contenuto concreto delle limitazioni di sovranità fondate sull'art. 11 Cost. La Corte costituzionale ha riconosciuto tale capacità all'ordinamento UE ma ciò non implica necessariamente analoga conclusione per la Cedu.

Perciò sembra auspicabile la riconduzione della Cedu all'“orbita” dell'art. 11 Cost., che darebbe – senza i temuti effetti collaterali – una migliore collocazione concettuale al vincolo che la Corte Edu può produrre a carico dei giudici comuni (con conseguente obbligo, se del caso, di “neutralizzare” il giudicato: v. sopra), vincolo che, d'altro canto, non deve destare preoccupazioni relative ad una possibile superiorità “gerarchica” della Corte Edu⁶³.

⁵⁸ Punto 4.1 del *Diritto*.

⁵⁹ Sulle critiche rivolte all'orientamento della Corte costituzionale che nega l'applicabilità dell'art. 11 Cost. alla Cedu v., anche per ulteriori citazioni, C. PADULA, *La Corte costituzionale ed i “controlimiti”*, cit., 12; ivi si è osservato che «[i]l dubbio relativo alla compatibilità dell'art. 46 Cedu con gli artt. 1 e 101, co. 2, Cost. non può essere risolto invocando l'art. 117, co. 1, Cost. perché questa norma rinvia alle norme dei trattati *conformi a Costituzione*» (p. 9).

⁶⁰ V. M. BIGNAMI, *Ordinamento nazionale e CEDU. Impressioni al sole che è sorto*, in [Questione Giustizia](#), 14 luglio 2016.

⁶¹ V. il «correlativamente» del passo citato della sent. 96/2015.

⁶² Accogliendo la tesi secondo la quale, per abilitare una fonte a derogare alla Costituzione, non è sufficiente una norma costituzionale “ordinaria” (come l'art. 117, primo comma, Cost.), ma serve un principio fondamentale: su ciò v. G. SORRENTI, *La Cedu tra vecchie (sostanziali) e nuove (formali) ipotesi di copertura*, in R. BIN – G. BRUNELLI – A. PUGIOTTO – P. VERONESI, *op. cit.*, 242.

⁶³ Sulla opinabilità della visione di tipo gerarchico dei rapporti tra Corti nazionali e sovranazionali v. M. CARTABIA, *Corte costituzionale e Corte europea: alla ricerca di nuovi vettori giurisdizionali*, in C. PADULA (a cura di), *La Corte europea dei diritti dell'uomo*, cit.

A parte ciò, mi pare che la Corte costituzionale, sulla scia della giurisprudenza della Corte Edu e della Cassazione, abbia dato un contributo rilevante nel definire i rapporti tra Corte Edu e giudici comuni, riconoscendo all'art. 46 Cedu la giusta portata e dando, quindi, effettività ai diritti garantiti dalla Convenzione.

Paolo Passaglia

Privacy e nuove tecnologie, un rapporto difficile.

Il caso emblematico dei *social media*, tra regole generali e ricerca di una specificità*

SOMMARIO: 1. *Considerazioni generali, sul contesto (e sulla delimitazione del tema)*. – 2. (Segue:) *un sistema di protezione fluido*. – 3. *Il nuovo regolamento euro-unitario*. – 4. *Regolamento euro-unitario e social media: un rapporto complesso*. – 4.1. *L'ambito di applicazione: la conferma delle vecchie incertezze*. – 4.2. *L'estensione ai social media delle norme generali sul diritto della rete: la specificità trascurata*. – 5. *Il parallelismo tra social media e mondo reale: l'omogeneizzazione forzata*. – 6. *Utens faber ipsius fortunae: liberalismo o Far West?*. – 7. *Qualche riflessione conclusiva su un possibile intervento della normativa di hard law*.

1. *Considerazioni generali, sul contesto (e sulla delimitazione del tema)*

Trattare della *privacy* in rapporto alle nuove tecnologie è esercizio quanto mai arduo. Per molteplici motivi. In primo luogo, si pone una difficoltà quasi di ordine psicologico, legata alla sensazione di un progressivo, ma inesorabile ridimensionamento della sfera entro cui gli strumenti giuridici possono valere a proteggere diritti individuali: non pare improprio, infatti, assumere che l'introduzione di nuove forme di comunicazione costituisca una costante ipoteca sulla inviolabilità della propria sfera privata e – soprattutto – sulla controllabilità della circolazione dei propri dati¹.

In secondo luogo, caratteristica connaturata alla ricerca è la sua provvisorietà, legata all'impossibilità di proporre una pur minima ipostatizzazione: se ne ha una dimostrazione patente pensando a quanto il quadro di riferimento tecnologico vada assumendo contorni semplicemente impensabili anche solo pochi anni fa; ma l'evoluzione tecnico-scientifica è, in realtà, solo una componente del dinamismo che anima il contesto, giacché processi sociali affatto diversi incidono in maniera decisiva sulla *privacy*: un riferimento paradigmatico è, in proposito, quello alle esigenze di sicurezza collettiva, che sempre più marcatamente si intrecciano con l'utilizzo delle nuove tecnologie.

Una terza ragione di difficoltà risiede nella proliferazione di frontiere operative su cui la tematica della *privacy* si misura: la crescente pervasività delle tecnologie, ed in specie delle tecnologie della comunicazione, all'interno della società contemporanea moltiplica inevitabilmente le sedi nelle quali la *privacy* viene in gioco, sedi che sovente richiedono di impostare il bilanciamento con contrapposte esigenze in termini differenziati. A complicare ulteriormente la ricerca si pone l'onere per lo studioso di verificare se e quanto il progresso tecnologico e le nuove forme di comunicazione richiedano effettivamente l'elaborazione di regole nuove ovvero se le nuove esigenze possano essere decrittate alla luce di regole e principi già enucleati in relazione ad ambiti più tradizionali nei quali la *privacy* viene in gioco: per fare solo uno dei molteplici esempi che potrebbero prospettarsi, si pensi al temperamento tra *privacy* ed attività giornalistica, per il quale un compiuto schema giuridico è venuto costruendosi nel corso degli anni, ma che non sembra pianamente applicabile in via estensiva al *web-journalism*².

Sullo sfondo di queste problematiche si stagliano, tuttavia, questioni che trascendono la *privacy*, ma che sulla *privacy* hanno un impatto troppo marcato per essere taciute. Problematiche che attengono, in generale, all'inquadramento giuridico delle nuove tecnologie, a proposito delle quali è con sempre maggiore affanno che gli strumenti regolativi tradizionalmente propri delle liberal-democrazie riescono a rispondere agli *inputs* sociali. Su questo punto specifico, poi, la panoramica inerente alle nuove tecnologie mostra assetti normativi sempre più frastagliati, sia per l'aumento dei livelli di governo chiamati ad

* Relazione svolta nel corso delle IX Jornadas italiana-española-brasileña, dedicate a «El Derecho a la Intimidad», svoltesi a Madrid nei giorni 22 e 23 settembre 2016.

¹ L'evoluzione del concetto di «*privacy*», e segnatamente il passaggio dal *right to be let alone* alla controllabilità del trattamento dei propri dati, è tema troppo ampio per poter essere anche solo sinteticamente analizzato in queste pagine. Ci si limiterà, quindi, a darlo per presupposto, rinviando a molti degli altri contributi che sono presentati nel presente incontro.

² Sul tema, per una analisi insieme teorica e casistica, v., in part., M. PAISSAN (a cura di), *Privacy e giornalismo. Libertà di informazione e dignità della persona*, 3^a ed., Roma, ed. Garante per la protezione dei dati personali, 2012.

intervenire (si pensi all'influenza della normativa sovranazionale, in particolare di matrice euro-unitaria, sui regimi nazionali) sia, soprattutto, per la disseminazione di centri produttivi di norme, centri dai quali promanano regole che si ha sovente non poche riserve finanche a qualificare come riconducibili al fenomeno giuridico (al punto di premettere l'aggettivo «*soft*» proprio per rimarcare le peculiarità di questo «*law*»), ferma restando l'opportunità non di rado riscontrabile di esprimersi nei più vaghi termini di «modelli di comportamento»). E, come in un sistema perfettamente osmotico, ciò che vale per le nuove tecnologie si ripropone, in termini sostanzialmente identici, anche per la *privacy*, quanto meno (sebbene non solo) nella misura in cui la relativa disciplina si associo alle nuove tecnologie.

Tanto dirimpenti sono le questioni connesse a questi ultimi rilievi che il parlare oggi di *privacy* e nuove tecnologie suggerisce di prestare attenzione, in primo e decisivo luogo, a come si compone il mosaico normativo (e para-normativo) destinato a sorreggere le soluzioni da apportare di volta in volta, in relazione a tale o a tal'altra frontiera operativa. Questa, almeno, è la sensazione di chi scrive; una sensazione che si riverbera sulle scelte che hanno improntato il presente lavoro: senza che possa darsi un inventario di ragioni che fondino scientificamente le scelte operate, il riferimento a quanto si è venuti dicendo permette di cercare di tratteggiare qualche giustificazione, atta – lo si auspica – a dar conto della non arbitrarietà dell'approccio che si è inteso seguire.

Due sono, in particolare, le giustificazioni che si avvertono come più solide.

Innanzitutto, il prospettare un'analisi anche blandamente organica dell'intreccio tra tutela della *privacy* ed uso delle nuove tecnologie sarebbe un obiettivo davvero troppo ambizioso, almeno per le competenze di chi dovrebbe qui perseguirlo, giacché la multiformità degli ambiti interessati sarebbe tale da richiedere un esame grandangolare della disciplina della *privacy*, presumibilmente da estendere, almeno in fase di premessa, anche agli ambiti più tradizionali, dai quali i principi e le regole potrebbero e/o dovrebbero in parte dedursi. Con il che, peraltro, si andrebbe pure a produrre una inopportuna sovrapposizione con gli altri contributi programmati.

Inoltre, la compenetrazione sempre più inestricabile tra diritto nazionale (ai vari livelli) e diritto sovranazionale ingenera il rischio che una analisi organica basata sui contenuti concreti della disciplina risulti, in buona misura, sovrapponibile con quella che potrebbe essere proposta dal versante spagnolo, il che forse potrebbe essere riguardato alla stregua di una inutile iterazione.

In definitiva, l'approccio che pare più proficuo è quello di verificare, non già il risultato – in termini di disciplina concreta – del mosaico di norme e modelli di comportamento, bensì la trama del mosaico che si compone in relazione alle singole tematiche in cui la *privacy* viene in gioco nel quadro delle nuove tecnologie. E, nello spirito di un intervento evocativo, più che descrittivo, ad essere trattate saranno alcune fattispecie, che, al di là del loro interesse intrinseco (non maggiore, probabilmente, di quello di alcune tematiche oggetto di pretermissione), si appalesano significative, vuoi per la loro peculiarità vuoi per la loro esemplarità. Il tutto privilegiando aprioristicamente le tecnologie che possono dirsi più «nuove», con conseguente sacrificio per altre, magari ancora di maggiore impatto sociale (solo per citare un esempio emblematico, le intercettazioni telefoniche), che vengono più facilmente associate a fenomeni ormai consolidati.

Nella – probabilmente vana – ricerca di un filo conduttore che offra alla trattazione un grado minimo di unitarietà, si è ritenuto di poter filtrare le considerazioni che verranno proposte attraverso la lente dei *social media*, che presentano il duplice vantaggio di aprire una serie di problematiche che possono dirsi comuni all'intera rete³ e, al contempo, di stimolare l'enucleazione di talune particolarità rispetto al più generale diritto dell'*Internet*⁴.

³ Per una ricostruzione della nascita e dell'evoluzione dei *social media*, v. M. MASSAROTTO, *Social Network*, Milano, Apogeo, 2011; G. RIVA, *I social network*, Bologna, il Mulino, 2^a ed., 2016.

⁴ L'impatto dei *social media* sul diritto è oggetto di sempre maggiore attenzione da parte della dottrina giuridica, generalmente oscillante tra una riconduzione della tematica al diritto generale della rete, da un lato, e la formulazione di una serie di precisazioni e l'individuazione di una serie di specificità, dall'altro. Oltre ai contributi focalizzati su aspetti determinati, possono segnalarsi lavori rivolti ad una analisi del fenomeno a più ampio spettro: cfr. R. CAFARI PANICO ET AL., *Da Internet ai Social Network. Il diritto di ricevere e comunicare informazioni e idee*, Rimini, Maggioli, 2013; S. LANDINI – M. MARRAFINO, *Social Media e Diritto, ebook*, Altalex, 2015; per una sintesi, v. A.R. POPOLI, *Social network e concreta protezione dei dati sensibili: luci ed ombre di una difficile convivenza*, in *Dir. informazione e informatica*, 2014, 981 ss.

2. (Segue:) un sistema di protezione fluido

La scelta qui operata di concentrarsi sul sistema regolativo delle forme (e dei limiti) entro cui si prospetta la tutela della *privacy* in connessione con l'utilizzo delle nuove tecnologie (e con i *social media* in ispecie) non può non partire dalla constatazione della grande fluidità del sistema, percorso da una serie composita di tendenze, tra le quali, in particolare, spiccano: il moto ascendente – verso l'Unione europea – della regolamentazione, soprattutto per ciò che attiene alla individuazione dei principi conformativi della materia; una certa «fuga» dal formante legislativo⁵, corollario della difficoltà per quest'ultimo di rispondere efficacemente alle costantemente rinnovate sfide poste dalla tecnologia; la crescita numerica, ma soprattutto di importanza dei provvedimenti generali e para-giurisdizionali di organi deputati ad assicurare il rispetto della *privacy* nella concreta dinamica dei rapporti sociali, organi che, nell'ordinamento italiano, trovano la propria massima espressione nell'Autorità Garante per la protezione dei dati personali.

Dalle tematiche che possono evocarsi, e che di seguito verranno in parte prese in esame, emerge il coesistere di queste tendenze ed il loro diverso calibrarsi di volta in volta. Ne discende un quadro assai poco sistematico, fatto di soluzioni divergenti in punto di logica del sistema delle fonti: a fronte di questa disorganicità, resta da valutare il grado di efficacia che questo mosaico riesce a spiegare in concreto per la protezione della *privacy*. Anche in proposito, il caso dei *social media* offrirà spunti che non appaiono privi di interesse.

Prima di soffermarsi sull'ambito prescelto, qualche ulteriore considerazione si impone, però, sul panorama normativo che va delineandosi concretamente. Da esso si prenderanno le mosse, anche per l'individuazione delle problematiche, all'interno dei *social media*, su cui converrà appuntare precipuamente l'attenzione.

3. Il nuovo regolamento euro-unitario

Per parlare di *privacy* e di nuove tecnologie è forse opportuno partire dalla fine. Anzi, dal futuro prossimo, e cioè dal 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)», entrato in vigore nel maggio di quest'anno, ma applicabile – ai termini del suo art. 99, comma 2 – a partire dal 25 maggio 2018.

L'adozione di questo regolamento⁶ segna una tappa quanto mai significativa, sia per la forma che per il contesto. La forma, innanzi tutto: il passaggio prodottosi da una direttiva ad un regolamento indica chiaramente l'avvertita esigenza di predisporre un quadro normativo il più possibile uniforme in tutta l'Unione, a testimonianza della ormai matura consapevolezza della insufficienza di un inquadramento che sia essenzialmente nazionale della protezione della *privacy*. Proprio al riguardo emerge l'importanza del contesto, che il progresso tecnologico ha semplicemente *rivoluzionato* rispetto a quello nel quale la direttiva del 1995⁷ si muoveva, ma anche rispetto a quello che era stato tenuto presente al momento dell'adozione delle direttive 2002/21/CE⁸ e 2002/58/CE⁹, e successive modifiche, le quali, con la direttiva

⁵ Il riferimento va, ovviamente, alla teoria dei formanti elaborata da Rodolfo Sacco, su cui v., ora, R. SACCO, *Legal Formants: A Dynamic Approach to Comparative Law*, in *American Journal of Comparative Law*, 1991, n. 1, 1 ss., e n. 2, 343 ss.

⁶ Sul quale, v., per un primo commento, M. IASELLI, *Privacy: cosa cambia con il nuovo regolamento europeo*, ebook, Altalex, 2016.

⁷ Direttiva 95/46/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 24 ottobre 1995, relativa alla tutela delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati

⁸ Direttiva 2002/21/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 7 marzo 2002, che istituisce un quadro normativo comune per le reti ed i servizi di comunicazione elettronica (direttiva quadro).

⁹ Direttiva 2002/58/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 luglio 2002, relativa al trattamento dei dati personali e alla tutela della vita privata nel settore delle comunicazioni elettroniche (direttiva relativa alla vita privata e alle comunicazioni elettroniche).

del 1995, hanno formato per molto (troppo?) tempo il tessuto connettivo della protezione dei dati personali con riguardo alle comunicazioni elettroniche. Il recentissimo regolamento vuole essere la risposta normativa, organica e – per quanto possibile – compiuta, a quella massa di *inputs* sociali moltiplicatisi ed articolatisi in ragione dello sviluppo delle potenzialità della *Information and communications technology*.

Come è chiaro, il regolamento è destinato ad avere un impatto notevole sulla concreta disciplina del trattamento dei dati personali. Sarebbe difficile, del resto, non riconoscere la portata delle novità introdotte. In questa sede, tuttavia, più che soffermarsi su singoli profili dell'impianto normativo del regolamento, si ritiene che possa essere utile rimarcare il significato di questo atto, il quale, se è vero che risponde all'esigenza di strutturare uno *jus commune* europeo, è anche vero che non segna un cambiamento radicale per ciò che attiene al *quantum* di autenticamente normativo si trova nei modelli di comportamento che conformano la prassi del trattamento dei dati personali.

Proprio quest'ultimo aspetto merita di essere evidenziato, nella misura in cui è indice di una tendenza che appare ormai ineluttabile al progressivo abbandono dei paradigmi normativi tradizionali in favore di modelli di comportamento che sono annoverabili, al più, nello schema del *soft law*. In tal senso, non può non rilevarsi l'elevato numero di rinvii che il regolamento reca a codici di condotta, il che non suona certo come una novità, né in riferimento ai pregressi interventi delle istituzioni euro-unitarie né avendo riguardo alla disciplina interna¹⁰. Ma non si tratta di una semplice conferma: il *quid pluris* rispetto a questi precedenti è costituito dal fatto che il regolamento è stato concepito proprio in chiave di normativizzazione di un contesto in cui si avvertivano lacune regolative; da ciò si deduce che, se questa normativizzazione a livello europeo non ha prodotto una significativa contrazione degli spazi per l'autodisciplina, l'immagine che viene alla mente è quella di un gioco a somma zero tra livelli di regolamentazione (nel senso che l'attrazione a livello sovranazionale del «giuridicamente disciplinabile» produce, in definitiva, quasi solo l'effetto di essiccare i margini di manovra dei poteri normativi nazionali), assortita dalla sanzione della (definitiva?) abdicazione dell'*hard law* in relazione ad una serie di ambiti connessi alla *privacy* nello spettro delle nuove tecnologie.

I modi e l'entità di una tale abdicazione variano, ovviamente, a seconda delle tematiche specifiche che si affrontano. Anche solo scorrendo il regolamento, in effetti, emerge come l'impatto della normativa approntata presenti un grado sensibile di mutevolezza, oscillando dalla ricerca di una quasi-codificazione¹¹ all'abbandono espresso, passando per un silenzio che lascia, sì, impregiudicata la possibilità di un intervento conformativo, ma che, allo stato, finisce per produrre i risultati di una acquiescenza nei confronti di una regolamentazione proveniente da fonti diverse. Con riferimento ai *social media*, le velleità di codificazione non sono evidentemente state sollecitate; l'articolazione e la complessità del tema rendono, comunque, impossibile ricondurre ad unità l'impostazione adottata: complessivamente, pare di poter dire che il regolamento, pur non restando del tutto inerte, non è riuscito a penetrare in maniera compiuta nella materia, lasciando così sussistere, in larga misura, vecchie incertezze.

4. Regolamento euro-unitario e social media: un rapporto complesso

Se è fin troppo scontato affermare che uno dei canali principali nei quali si estrinseca l'utilizzo delle

¹⁰ Con riguardo a «la “giuridicizzazione” delle regole deontologiche nella legislazione», in particolare ad opera del Codice della *privacy*, v., di recente, A. BELLELLI, *Il problema della giuridicità delle regole deontologiche delle professioni*, in M. NUZZO (a cura di), *Il principio di sussidiarietà nel diritto privato*, vol. I, Torino, Giappichelli, 2014, spec. 84 ss.

¹¹ Un esempio tra i più indicativi di questa dimensione è dato dalla ricerca di una regolamentazione del diritto all'oblio, espressamente contemplato dall'art. 17 del regolamento euro-unitario, il cui tessuto normativo evidenzia lo sforzo di fornire un quadro giuridico sufficientemente preciso da indirizzare una prassi, che si è finora orientata sulla base di quanto la Corte di giustizia ha avuto modo di affermare, segnatamente nella sentenza *Google Spain*, causa C-131/12, del 13 maggio 2014, come attuata attraverso le *Guidelines on the Implementation of the Court of Justice of the European Union Judgment on “Google Spain and Inc. v. Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) and Mario Costeja González” C-131/12*, adottate, il 26 novembre 2014, dal Gruppo di lavoro ex Articolo 29, e come concretizzata a livello nazionale (in special modo da parte dell'Autorità Garante, stante la pressoché totale assenza di decisioni rese di recente da parte di giudici italiani).

nuove tecnologie è quello dei *social media*, già questo rilievo pare sufficiente per dar conto dell'importanza di un sistema di tutela della *privacy* che coinvolga anche questi strumenti. Non può dunque non sorprendere che il regolamento euro-unitario, non solo non affronti espressamente la questione, ma anzi tenda ad escluderla dal suo ambito di applicazione. Il *considerando* 18, testualmente ripreso poi dall'art. 2, par. 2, lett. c), è, al riguardo, quanto mai esplicito: «il presente regolamento non si applica al trattamento di dati personali effettuato da una persona fisica nell'ambito di attività a carattere esclusivamente personale o domestico e quindi senza una connessione con un'attività commerciale o professionale». Nel medesimo *considerando* si precisa ulteriormente che «le attività a carattere personale o domestico potrebbero comprendere la corrispondenza e gli indirizzari, o l'uso dei *social network* e attività *online* intraprese nel quadro di tali attività».

Si fa salva comunque l'applicazione del regolamento «ai titolari del trattamento o ai responsabili del trattamento che forniscono i mezzi per trattare dati personali nell'ambito di tali attività a carattere personale o domestico».

La normativa che ne risulta è, per quanto attiene all'ambito di applicazione, sostanzialmente coincidente con gli approdi cui è giunta la prassi nella vigenza della direttiva del 1995. Si ha, in sostanza, un forte elemento di continuità, a proposito del quale non è ozioso interrogarsi in termini di effettiva opportunità rispetto alle problematiche che sono emerse e, soprattutto, che potrebbero venire in essere in futuro. Sul piano teorico, pare difficile contestare che si sia persa un'occasione importante: la rivisitazione *ab imis* della normativa euro-unitaria sulla *privacy* si prestava senz'altro a diventare un momento atto a chiarire i contorni dell'applicabilità della stessa ad un settore, quale quello dei *social media*, già molto sviluppato, ma soprattutto in grande espansione. Sul piano concreto, poi, la mancata definizione dell'ambito di applicabilità lascia aperti interrogativi non trascurabili sulla protezione della *privacy* in relazione alle attività poste in essere sui *social*, in special modo per quanto concerne la disciplina da applicare effettivamente alle singole attività, imponendosi sovente una scelta, quasi *caso per caso*, legata all'individuazione delle attività che possono farsi rientrare tra gli oggetti disciplinati dal regolamento, di quelle che, pur nella loro peculiarità, possono conoscere una sorta di applicazione analogica, anche *pro parte*, del regolamento e di quelle per le quali, invece, la disciplina è da individuarsi al di fuori, sovente per il tramite di una tendenziale equiparazione tra attività poste in essere nel mondo virtuale e corrispondenti attività del mondo reale.

4.1. *L'ambito di applicazione: la conferma delle vecchie incertezze*

Onde chiarire l'impatto che il regolamento ha sui *social media*, è da rimarcare, innanzi tutto, la pressoché completa sovrapposibilità con la direttiva del 1995 delle definizioni di alcuni concetti-chiave. Il riferimento va, in primo luogo, al «trattamento» dei dati personali¹², ma alle medesime conclusioni deve giungersi con riguardo alla nozione di «titolare del trattamento», in tutto equivalente al precedente «responsabile del trattamento»¹³, ed a quella di «responsabile del trattamento», corrispondente al

¹² Le differenze tra il testo dell'art. 4, n. 2), del regolamento e l'art. 2, lett. b), della direttiva sono, almeno ai presenti fini, assolutamente di dettaglio, come si evince dalle indicazioni che si riportano in corsivo all'interno del testo attualmente vigente: «qualsiasi operazione o insieme di operazioni, compiute con o senza l'ausilio di processi automatizzati e applicate a dati personali o *insiemi di dati personali* [aggiunto], come la raccolta, la registrazione, l'organizzazione, la *strutturazione* [aggiunto], la conservazione, l'*adattamento* [in precedenza: "l'elaborazione"] o la modifica, l'estrazione, la consultazione, l'*uso* [in precedenza: "l'impiego"], la comunicazione mediante trasmissione, diffusione o qualsiasi altra forma di messa a disposizione, il raffronto o l'interconnessione, la *limitazione* [in precedenza: "il congelamento"], la cancellazione o la distruzione».

¹³ V. il raffronto (nei modi di cui alla nota precedente) tra l'art. 4, n. 7), del regolamento e l'art. 2, lett. d), della direttiva: «la persona fisica o giuridica, l'autorità pubblica, il servizio o altro organismo che, *singolarmente* [in precedenza: "da solo"] o insieme ad altri, determina le finalità e i mezzi [in precedenza: "gli strumenti"] del trattamento di dati personali; [in precedenza la cesura tra i periodi consistenza in un punto] quando le finalità e i mezzi di *tale* [in precedenza: "del"] trattamento sono determinati *dal diritto dell'Unione o degli Stati membri* [in precedenza: "da disposizioni legislative o regolamentari nazionali o comunitarie"], il *titolare* [in precedenza: "responsabile"] del trattamento o i criteri specifici applicabili *alla* [in precedenza: "per la"] sua designazione possono essere *stabiliti dal diritto dell'Unione o degli Stati membri* [in precedenza: "fissati dal diritto nazionale o comunitario"]».

precedente «incaricato del trattamento»¹⁴.

Se a questa congruenza si aggiunge quella inerente alla sopra accennata *household exemption*¹⁵, il quadro che emerge è quello di una conferma del regime precedente, e dunque un implicito avallo di quelle letture dell'ambito di applicazione che erano state fatte in riferimento ai *social media*. Tra tutte, la più chiara era anche quella probabilmente più autorevole, per quanto priva di carattere autoritativo, tratteggiata nel parere 5/2009 – WP 163 «sui *social network on-line*», adottato il 12 giugno 2009 dal Gruppo di lavoro per la tutela dei dati *ex art.* 29¹⁶.

Nel documento si sono individuate tre categorie di «responsabili» (nella terminologia più recente, «titolari») del trattamento. La prima corrisponde ai fornitori di *social network services*, i quali, per un verso, «mettono a disposizione i mezzi per l'elaborazione dei dati degli utenti e forniscono tutti i servizi di base relativi alla gestione degli utenti (per esempio, la registrazione e la cancellazione degli account)», e per l'altro «determinano [...] il modo in cui i dati degli utenti possono essere usati a fini pubblicitari e commerciali» (ivi inclusa la pubblicità fornita da terzi)¹⁷. La seconda categoria comprende i fornitori di applicazioni «che funzionano in aggiunta a quelle degli SNS e se gli utenti decidono di servirsene»¹⁸.

Tanto la prima quanto la seconda categoria possono dirsi delimitate in misura soddisfacente, in ragione della loro individuazione mediante criteri essenzialmente formali, ma – soprattutto – *ex ante* identificabili. Il discorso si complica non poco con la terza categoria. Recita il parere: «la direttiva [oggi: il regolamento] non estende gli obblighi del responsabile [oggi: del titolare] del trattamento a chi elabora dati personali “per l'esercizio di attività a carattere esclusivamente personale o domestico” – la cosiddetta “esenzione domestica”»; ciò posto come regola generale, tuttavia, si aggiunge che, «in alcuni casi, è possibile che queste attività non siano più coperte dall'esenzione e si può allora ritenere che all'utente dell'SNS incombono alcuni obblighi del responsabile [*id est*, del titolare] del trattamento»¹⁹.

L'apertura ad eccezioni rispetto alla regola implica, ovviamente, possibili incertezze, cui lo stesso parere ha cercato di far fronte riportando «qualche esempio», a titolo, presumibilmente, soltanto indicativo, lungi dunque da ogni pretesa di esaustività.

Il primo esempio è quello dell'utilizzo del *social network* «come piattaforma di collaborazione per un'associazione o una società»: la limitazione dell'esenzione domestica alle sole persone fisiche rende qui incontestabile la sussistenza di una eccezione alla regola²⁰. Come incontestabile, almeno in linea di principio, è anche l'esempio successivo, inerente all'uso del servizio di *social network* «soprattutto come piattaforma a fini commerciali, politici o filantropici»²¹: la distanza rispetto all'utilizzo «domestico», chiara in teoria, non è detto però che lo sia in concreto, ben potendo certe espressioni «personali» confondersi con attività di uno dei tipi citati. L'incertezza si accresce ulteriormente, e non di poco, con il terzo esempio, relativo al caso in cui «l'accesso ai dati (profilo, messaggi, contenuti, ecc.) inseriti da un utente», anziché essere «limitato ai contatti che l'utente stesso ha scelto», è esteso in ragione del fatto che «l'utente può acquisire molti contatti di soggetti terzi, alcuni dei quali del tutto sconosciuti»: infatti, «un numero elevato di contatti può indicare che l'esenzione domestica non si applica e che l'utente va quindi considerato un responsabile [leggasi, ora, titolare] del trattamento»²². Per grandi linee, il concetto sembra chiaro: se sono molti i soggetti che possono accedere a determinati dati, chi li mette a disposizione non può trincerarsi dietro il carattere «personale o domestico» della sua attività; resta però del tutto impregiudicata una concretizzazione di quei «molti contatti» che fanno scattare l'applicazione della

¹⁴ È quanto emerge dal confronto, nelle forme già sperimentate alle note che precedono, tra l'art. 4, n. 8), del regolamento e l'art. 2, lett. e), della direttiva: «la persona fisica o giuridica, l'autorità pubblica, il servizio o [eliminato: “qualsiasi”] altro organismo che tratta [in precedenza: “elabora”] dati personali per conto del titolare [in precedenza: “responsabile”] del trattamento».

¹⁵ La lettera del precitato art. 2, par. 2, lett. c), del regolamento è identica alla previsione che figurava all'art. 3, par. 2, della direttiva.

¹⁶ Il testo del parere, in italiano, è consultabile *on line* alla pagina www.privacy.it/grupripareri200905.html (tutti i riferimenti ai *links* presenti nello scritto sono aggiornati all'ultimo accesso del 31 luglio 2016).

¹⁷ Cfr. parere 5/2009 – WP 163 «sui *social network on-line*», cit., par. 3.1.

¹⁸ *Ibidem*.

¹⁹ *Ibidem*.

²⁰ *Ivi*, par. 3.1.1.

²¹ *Ibidem*.

²² *Ibidem*.

normativa sul trattamento dei dati. Il rischio di affidare la quantificazione a valutazioni eminentemente soggettive di funzionari amministrativi e/o di organi giurisdizionali è tutt'altro che trascurabile: a seconda del tipo di dati e della persona coinvolta, la definizione dei «molti» può integrarsi anche con un numero non particolarmente elevato di contatti; a rendere la concretizzazione particolarmente insidiosa è, però, soprattutto l'impossibilità di misurare i contatti di «secondo grado», nel senso che nulla esclude che un numero limitato di contatti possa rivelarsi comunque un veicolo di diffusione estremamente efficace, allorché uno dei pochi contatti abbia, a sua volta, un gran numero di collegamenti all'interno del *network*, con il che un dato «domestico» per chi lo immette diviene un dato «di dominio pubblico» per chi si limita all'attività di condivisione.

Né viene in soccorso l'ulteriore esempio menzionato, relativo a «quando l'accesso alle informazioni del profilo non si limita ai contatti scelti, come nel caso in cui tutti gli iscritti all'SNS hanno la possibilità di consultare un profilo o i relativi dati possono essere indicizzati da motori di ricerca»²³: la fattispecie, in realtà, reca due realtà molto diverse, l'una ancorata ad una scelta (il carattere pubblico dell'*account*) riconducibile all'utente, anche se talora indotta da impostazioni di *default* del *service provider*, mentre l'altra del tutto estranea all'utente, in quanto collegata alla struttura del *social network* ed all'interazione da esso stabilita con uno o più motori di ricerca.

In definitiva, ciò che emerge è l'esistenza di un buon numero di zone grigie sulle quali un intervento normativo avrebbe potuto (e probabilmente dovuto) far chiarezza, e non solo nell'ottica di una precisa determinazione delle eccezioni alla *household exemption*, ma anche in riferimento ai contenuti stessi di quest'ultima, la quale, nel disegnare uno spazio di *libertà* (!?) per gli utenti che si avvalgano dei servizi offerti a titolo personale e domestico, non può escludere che fenomeni di triangolazione in sé non illeciti portino a trattare dati sotto la copertura della *household exemption* che finiscono per entrare a far parte del bagaglio informativo di chi poi li disseminerà. Per tacere, tra l'altro, di chi, grazie alla condivisione, sarà nelle condizioni di usarli addirittura per fini commerciali.

Che si tratti di un'occasione persa appare, in definitiva, quanto mai evidente; alcune delle conseguenze di questa omissione potranno forse essere colte anche già nei paragrafi che seguono. In essi, l'analisi dovrà essere condotta costantemente confrontandosi con un'obiezione di fondo, implicita ma ben presente, e soprattutto di forte impatto, in tutta la sua semplicità: se l'attività dei *providers* e quella di matrice commerciale degli utenti sono oggetto di disciplina, attraverso l'applicazione della normativa posta dal regolamento euro-unitario, una regolamentazione specificamente rivolta ai *social networks* è davvero necessaria?

La domanda è certamente insidiosa, potendo far leva sul fatto che un intervento specifico, per un verso, rischierebbe di produrre una inutile duplicazione di norme, se riferito – anche solo in parte – ai soggetti già interessati, e, per altro verso, se si andasse invece a regolamentare l'attività degli utenti «ordinari», il pericolo di comprimere la libertà individuale oltre il lecito non potrebbe essere escluso *a priori*. Nell'affrontare le problematiche che si evocheranno, questa riserva dovrà essere costantemente tenuta in considerazione.

4.2. *L'estensione ai social media delle norme generali sul diritto della rete: la specificità trascurata*

Circoscritto, nelle forme che si sono viste, l'ambito di applicazione ai *social media* del regolamento euro-unitario, il passo successivo per delineare il mosaico normativo pare che debba essere quello di spiegare l'assenza di una disciplina specificamente dedicata ai *social*. E, nella ricerca di una coerenza dell'impianto complessivo, l'ipotesi da formulare è quella della sua inutilità: sul presupposto della inopportunità di infrangere la *household exemption*, l'essenziale della regolamentazione delle attività in essi compiuta, anche in relazione alla tutela della *privacy*, dovrebbe poter essere rintracciato nel tessuto normativo generale, dettato tanto dal regolamento quanto da altre fonti, e segnatamente da quelle

²³ *Ivi*, par. 3.1.2.

richiamate dallo stesso regolamento²⁴. Una tale impostazione è lungi dal potersi dire originale, giacché è andata fortemente caratterizzando la prassi, come dimostra, tra gli altri, lo stesso parere 5/2009 – WP 163 «sui *social network on-line*» del Gruppo di lavoro per la tutela dei dati *ex art.* 29²⁵.

Ora, l'estensione ai *social media* della normativa generale può apparire, per così dire, «rassicurante», nella misura in cui permette agli operatori di orientare le proprie condotte su schemi già consolidati. Il punto è che, per un verso, gli schemi non sempre appaiono così consolidati e, per l'altro, l'idea di trattare i *social media* come il resto della rete assume talvolta (ed in specie proprio per quel che concerne il trattamento dei dati) i contorni di una forzatura.

Per cercare di illustrare le riserve appena espresse, conviene prospettare un confronto tra due decisioni, rese a poche settimane di distanza, relativamente a due fattispecie assai diverse, ma con taluni non secondari punti di intersezione: la sentenza della Corte di giustizia sul caso *Google Spain*²⁶ e la sentenza della Corte di cassazione italiana sul caso *Vivi Down c. Google*²⁷.

Il profilo che qui interessa consiste, segnatamente, nella determinazione dei confini del concetto di trattamento dei dati e nell'individuazione del responsabile (ora, del titolare).

La Corte di giustizia era chiamata, nel quadro di una questione pregiudiziale di interpretazione, a valutare se il motore di ricerca fosse o meno tenuto ad eliminare, dai risultati delle ricerche recanti nella *query* il nome di una persona, risultati concernenti vicende ormai remote.

Nel rendere la propria decisione, la Corte di giustizia ha rilevato che «il gestore di un motore di ricerca “raccolge” dati [personali], che egli “estrae”, “registra” e “organizza” successivamente nell'ambito dei suoi programmi di indicizzazione, “conserva” nei suoi *server* e, eventualmente, “comunica” e “mette a disposizione” dei propri utenti sotto forma di elenchi dei risultati delle loro ricerche»: «tali operazioni [...] devono essere qualificate come “trattamento” [...], senza che rilevi il fatto che il gestore del motore di ricerca applichi le medesime operazioni anche ad altri tipi di informazioni e non distingua tra queste e i dati personali»²⁸. Nessuna rilevanza, in proposito, è stata riconosciuta al fatto «che tali dati abbiano già costituito l'oggetto di una pubblicazione su *Internet* e non vengano modificati dal suddetto motore di ricerca»²⁹; e poiché «è il gestore del motore di ricerca a determinare le finalità e gli strumenti [...] del trattamento di dati personali che egli stesso effettua [...], [...] è di conseguenza lui a dover essere considerato come il “responsabile” [leggasi, ora, “titolare”] di tale trattamento»³⁰.

D'altra parte – ha proseguito la Corte – «è pacifico che tale attività dei motori di ricerca svolge un ruolo decisivo nella diffusione globale dei dati [...], in quanto rende accessibili questi ultimi a qualsiasi utente di *Internet* che effettui una ricerca a partire dal nome della persona interessata, anche a quegli utenti che non avrebbero altrimenti trovato la pagina *web* su cui questi stessi dati sono pubblicati»³¹.

In definitiva, «nella misura in cui l'attività di un motore di ricerca può incidere, in modo significativo e in aggiunta all'attività degli editori di siti *web*, sui diritti fondamentali alla vita privata e alla protezione dei dati personali, il gestore di tale motore di ricerca quale soggetto che determina le finalità e gli strumenti di questa attività deve assicurare, nell'ambito delle sue responsabilità, delle sue competenze e delle sue possibilità, che detta attività soddisfi le prescrizioni [in tema di trattamento dei dati], affinché le garanzie previste [...] possano sviluppare pienamente i loro effetti e possa essere effettivamente realizzata una tutela efficace e completa delle persone interessate, in particolare del loro diritto al rispetto della loro vita

²⁴ Solo per fare un esempio – peraltro non dei più anodini – potrebbe venire in soccorso una citazione dell'art. 2, par. 4: «Il presente regolamento non pregiudica [...] l'applicazione della direttiva 2000/31/CE, in particolare le norme relative alla responsabilità dei prestatori intermediari di servizi di cui agli articoli da 12 a 15 della medesima direttiva».

²⁵ Cfr., in particolare, il par. 5, espressamente dedicato all'«Applicabilità delle direttive CE».

²⁶ Grande Sezione, sentenza 13 maggio 2014, *Google Spain SL e Google Inc. c/ Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) e Mario Costeja González*, causa C-131/12. La sentenza ha da subito catalizzato l'attenzione della dottrina europea. Tra i moltissimi contributi della dottrina italiana, da segnalare è, in particolare, G. RESTA – V. ZENO ZENCOVICH (a cura di), *Il diritto all'oblio su Internet dopo la sentenza Google Spain*, Roma, RomaTrE-Press, 2015.

²⁷ Sezione III penale, sentenza 17 dicembre 2013 – 3 febbraio 2014, n. 5107, consultabile *on line* sul sito *Diritto penale contemporaneo*, alla pagina www.penalecontemporaneo.it/upload/1392109339vividown_Redacted_st.pdf, con il commento di A. INGRASSIA, *La sentenza della Cassazione sul caso Google* (6 febbraio 2014), www.penalecontemporaneo.it/area/3-/19-/2817-la_sentenza_della_cassazione_sul_caso_google/.

²⁸ Grande Sezione, sentenza 13 maggio 2014, causa C-131/12, cit., par. 28.

²⁹ *Ivi*, par. 29.

³⁰ *Ivi*, par. 33.

³¹ *Ivi*, par. 36.

privata»³².

Qualche settimana prima, la Corte di cassazione italiana aveva avuto modo di interrogarsi su problematiche affini. Il caso verteva sul video postato da un utente su *Google Video*, avente ad oggetto uno studente diversamente abile, deriso dai compagni di classe, i quali rivolgevano considerazioni infamanti anche all'associazione *Vivi Down*, associazione che ha come oggetto sociale precipuo quello della tutela dei diritti delle persone affette dalla sindrome di Down. Il video era stato rimosso dopo circa due mesi, durante i quali era però rimasto a disposizione del pubblico. Uno dei procedimenti giudiziari innescati dalla vicenda riguardava i dirigenti della divisione italiana di Google, accusati di aver leso la reputazione del protagonista del video e dell'associazione e di non aver adempiuto agli obblighi imposti dalla normativa sul trattamento dei dati.

In primo grado, i dirigenti erano stati condannati dal Tribunale di Milano³³, sull'assunto che l'indicizzazione dei risultati delle ricerche facesse ricondurre a Google l'identificazione del responsabile (ora: titolare) del trattamento dei dati personali dello studente diversamente abile. La condanna era stata annullata dalla Corte d'appello di Milano³⁴, contro la cui decisione era stato proposto ricorso per cassazione³⁵.

La Corte di cassazione, attraverso un coordinamento tra la normativa europea (e la relativa normativa nazionale di attuazione) in tema di *privacy*³⁶ ed in tema di commercio elettronico³⁷, ha confermato la sentenza della Corte d'appello.

Ad avviso della Suprema Corte, «se non vi è dubbio che il concetto di “trattamento” sia assai ampio, perché comprensivo di ogni operazione che abbia ad oggetto dati personali, indipendentemente dai mezzi e dalle tecniche utilizzati, il concetto di “titolare” è, invece, assai più specifico, perché si incentra sull'esistenza di un potere decisionale in ordine alle finalità, alle modalità del trattamento di dati personali e agli strumenti utilizzati»: «titolare del trattamento non è chiunque materialmente svolga il trattamento stesso, ma solo il soggetto che possa determinarne gli scopi, i modi, i mezzi»³⁸.

Degli obblighi connessi al trattamento dei dati «è destinatario in modo specifico il solo titolare del trattamento e non ogni altro soggetto che si trovi ad avere a che fare con i dati oggetto di trattamento senza essere dotato dei relativi poteri decisionali»³⁹.

Ciò vale anche per «la figura dell'*Internet hosting provider*, perché esso è definito [...] come colui che si limita a prestare un “servizio consistente nella memorizzazione di informazioni fornite da un destinatario del servizio”». Ad avviso della Corte, «il gestore del servizio di *hosting* non ha alcun controllo sui dati memorizzati, né contribuisce in alcun modo alla loro scelta, alla loro ricerca o alla formazione del file che li contiene, essendo tali dati interamente ascrivibili all'utente destinatario del servizio che li carica sulla piattaforma messa a sua disposizione»⁴⁰.

La Cassazione ha quindi desunto, «ai fini della ricostruzione interpretativa della figura del titolare del trattamento dei dati, che il legislatore ha inteso far coincidere il potere decisionale sul trattamento con la capacità di concretamente incidere su tali dati, che non può prescindere dalla conoscenza dei dati stessi», con il che, «finché il dato illecito è sconosciuto al *service provider*, questo non può essere considerato quale titolare del trattamento, perché privo di qualsivoglia potere decisionale sul dato stesso»; «sono, dunque, gli utenti ad essere titolari del trattamento dei dati personali di terzi ospitati nei servizi di *hosting*

³² *Ivi*, par. 38.

³³ Sezione IV penale, sentenza 24 febbraio – 12 aprile 2010, imp. Drummond et al. La sentenza è consultabile *on line* alla pagina www.giurcost.org/casi_scelti/Google.pdf.

³⁴ Sezione I penale, sentenza 21 dicembre 2012 – 27 febbraio 2013, imp. Drummond et al. La sentenza è consultabile *on line* alla pagina www.leggioggi.it/wp-content/uploads/2013/02/sentenza-google.pdf.

³⁵ Sullo sviluppo della controversia, fino al momento antecedente alla decisione della Corte di cassazione, v. E. APA – O. POLLICINO, *Modeling the Liability of Internet Service Providers: Google vs Vivi Down. A Constitutional Perspective*, Milano, Egea, 2013.

³⁶ Il riferimento va, ovviamente, alla precitata direttiva 95/46/CE ed al d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196 (Codice in materia di protezione dei dati personali).

³⁷ Cfr., in particolare, la direttiva 2000/31/CE del Parlamento europeo e del Consiglio dell'8 giugno 2000, relativa a taluni aspetti giuridici dei servizi della società dell'informazione, in particolare il commercio elettronico, nel mercato interno («Direttiva sul commercio elettronico»), recepita con il d.lgs. 9 aprile 2003, n. 70.

³⁸ Corte di cassazione, sez. III pen., sentenza 3 febbraio 2014, n. 5107, cit., par. 7.1.

³⁹ *Ibidem*.

⁴⁰ *Ivi*, par. 7.2.

e non i gestori che si limitano a fornire tali servizi»⁴¹.

I principi posti hanno condotto alla assoluzione degli imputati, giacché «la posizione di Google Italia S.r.l. e dei suoi responsabili [era] quella di mero *Internet host provider*, soggetto che si limita[va] a fornire una piattaforma sulla quale gli utenti [potevano] liberamente caricare i loro video; video del cui contenuto resta[va]no gli esclusivi responsabili»⁴².

Ora, comparando la posizione delineata per il motore di ricerca nelle due sentenze, emerge piuttosto chiaramente una discrasia, sulla scorta della quale, in un caso, al motore di ricerca si è imposto un *facere*, mentre, nell'altro, si è giustificata la sua posizione di neutralità apparente rispetto a contenuti che erano stati comunque trattati.

I due casi erano certamente diversi, lo si è premesso. E lo erano per l'organo giudicante, ma anche per il tipo di giudizio: non può escludersi, in specie, che l'atteggiamento più «liberale» espresso dalla Cassazione sia stato il frutto delle conseguenze su individui che la decisione del processo penale avrebbe potuto avere, conseguenze di sicuro più pesanti rispetto a quelle derivanti dalla statuizione della Corte di giustizia.

Resta il fatto, tuttavia, che una discrepanza si è effettivamente avuta, e che solo procedendo ad una eliminazione logica delle differenze tra le fattispecie si potrebbe addivenire a riconoscere nella sentenza successiva, resa a livello europeo, l'autorità di *leading case* generale per la materia. Un tale esercizio di armonizzazione, peraltro, dovrebbe fronteggiare un ulteriore ostacolo, di per sé idoneo a giustificare ciò che i giudici di *common law* definiscono «*distinguishing*»: nel caso originato in Spagna, i dati trattati provenivano da siti *web* per così dire «strutturati», mentre in quello italiano si trattava di *user generated contents*, cioè dei contenuti tipici dei *social media*.

Per questo aspetto, le due situazioni non appaiono, se non molto superficialmente, assimilabili, almeno sotto il profilo della protezione dei dati: da un lato, la presenza di informazioni personali sul sito di un quotidiano o di qualche altro soggetto implica che al titolare del sito si applichi la normativa sulla *privacy*, laddove un *user generated content* può essere inserito in una piattaforma *social* in cui il titolare dell'*account* agisca come persona fisica, non abbia fini commerciali, politici o filantropici, e magari consenta la condivisione ad un numero limitato o relativamente limitato di utenti, con il che si integrano pianamente le condizioni perché si dia luogo alla *household exemption*. Combinando questa differenza con gli esiti cui sono giunti le due sentenze, si arriva al paradosso per cui il *service provider* è titolare del trattamento di dati che provengono da soggetti a loro volta soggetti alla normativa sulla *privacy*, mentre non è da configurarsi come titolare del trattamento se ospita (ed indicizza) dati provenienti da soggetti non vincolati alla normativa. Si dirà che le tutele esistono comunque (e proprio il caso esaminato lo ha dimostrato⁴³), ma ciò non impedisce di rimarcare l'anomalia degli esiti cui si addiène.

Prendendo spunto dalla difformità riscontrata, qualche traccia di forzatura nell'assimilazione tra regime dei *social media* e diritto della rete in generale non può non essere evidenziata. Quando si pensa ai *social media*, infatti, si pensa soprattutto alla condivisione di contenuti tra soggetti che, nella stragrande maggioranza dei casi, sono persone fisiche cui si applica la *household exemption*: altrimenti detto, la normativa a tutela della *privacy* trova, nei *social*, un'applicazione tutto sommato marginale, potendo imporsi su chi gestisce la struttura (i *providers*), ma non su chi la frequenta (gli utenti). Alla luce di questa constatazione, la sensazione che sia agevole eludere le norme di protezione non può essere meramente epidermica: si pensi, ad esempio, al fatto che un contenuto ben può diventare «virale» semplicemente attraverso una catena di condivisioni fatte da soggetti che possono tutti appellarsi alla *household exemption*, con il che l'ipotetica violazione, anche grave, della *privacy* risulta essere il prodotto di una serie di azioni poste in essere di per sé in maniera legittima⁴⁴. Se così è, allora diviene particolarmente importante la ricerca di forme di tutela che siano assicurate da altre normative: si giunge, per tal via, a doversi interrogare circa la reale efficacia nell'orientamento delle condotte poste in essere sui *social media* che può essere dispiegata dalla normativa generale suscettibile di avere per la *privacy* una portata

⁴¹ *Ibidem*.

⁴² *Ivi*, par. 8.

⁴³ Uno dei procedimenti cui ha dato luogo la vicenda si è, infatti, concluso con la condanna degli studenti autori materiali dei maltrattamenti e del caricamento del video sulla piattaforma di condivisione.

⁴⁴ Non a caso, in riferimento ai *social media*, si è espressamente parlato – in forma probabilmente iperbolica, ma non senza argomenti – de «la fine della *privacy*»: cfr. G. RIVA, *I social network*, cit., 147 ss.

protettiva, diretta o mediata.

5. Il parallelismo tra social media e mondo reale: l'omogeneizzazione forzata

La non perfetta corrispondenza – per usare un eufemismo – tra le norme generali a garanzia della *privacy* in rete e le esigenze che emergono dalle attività svolte nei *social media* evoca la necessità di valutare se, ed eventualmente in quale misura, l'ordinamento giuridico nel suo complesso possa comunque fornire risposte adeguate agli *inputs* di tutela emergenti nei e dai *social*.

La prassi giurisprudenziale degli ultimi anni parrebbe far propendere per una risposta generalmente affermativa: sono ormai cospicue nel numero le statuizioni che, da parte dei più diversi giudici, fanno applicazione, ad esempio, delle fattispecie penalistiche generali o delle tradizionali categorie del diritto privato alle condotte poste in essere *on line* dagli utenti di *social media*⁴⁵.

L'indicazione della prassi è, ovviamente, della massima importanza, tuttavia non pare di potersi escludere *a priori* la percorribilità di una lettura in certa parte diversa. Una lettura che prenda le mosse dall'assunto che la risposta che si richiede non è argomentabile in termini unicamente giuridici. La considerazione da parte del diritto di ciò che avviene sui *social media* dovrebbe, infatti, partire dalla constatazione della torsione che le relazioni *on line* assumono, rispetto allo *standard* rappresentato dalle relazioni del mondo reale, una torsione che si traduce, in estrema sintesi, nel naturale abbassamento delle tradizionali difese individuali nell'ambito delle relazioni sociali: l'espressione – in forma dialogica, di mera esternazione o anche nella versione quasi-meccanica della manifestazione di apprezzamento e/o condivisione di un messaggio⁴⁶ – segue procedimenti diversi a seconda che avvenga nella vita reale, di fronte ad altre persone, ovvero nel mondo virtuale, per il tramite di uno schermo che l'individuo gestisce isolatamente⁴⁷. E questa diversità coinvolge, in primo luogo, proprio i meccanismi di difesa contro l'eccessiva estrinsecazione del proprio io⁴⁸. Come è chiaro, su questo punto specifico la distanza tra mondo reale e mondo virtuale muta in misura assai rilevante a seconda del grado di cultura (informatica, ma non solo), di maturità, di consapevolezza del mezzo e della comunicazione. Le divaricazioni sono tanto marcate da rendere complicata finanche la formulazione di *standards* di attenzione, diligenza, etc. alla luce dei quali valutare i comportamenti tenuti sui *social*.

Questi rilievi hanno pesanti ricadute in termini giuridici, almeno sotto due punti di vista.

Innanzitutto, la «spontaneità schermata» dei *social*, che si traduce nella suddetta discrepanza tra i comportamenti nel mondo reale e nel mondo virtuale, non può non produrre un qualche tipo di incidenza sulla valutazione *sub specie juris* delle condotte poste in essere. O, quanto meno, è presumibile che una qualche incidenza, molto spesso, sia opportuno che venga presa in considerazione. Con ciò si getta un'ombra piuttosto fitta sull'intero impianto normativo che, per come concretizzato dalla giurisprudenza, regge, attualmente, le relazioni sui *social media*. Altrimenti detto, se l'assenza di norme *ad hoc* ha portato *naturalmente* ad estendere ai *social*, per quanto possibile, i precetti che regolano i rapporti nella vita reale, non è dato cogliere da questa estensione *naturale* i segni dell'inevitabilità e, soprattutto, dell'opportunità scontata. Come si diceva, gli esempi che possono prospettarsi sono, ormai, molteplici; e non pochi riguardano, direttamente o in via mediata, proprio la *privacy*. Se si vanno ad analizzare alla luce del diverso approccio qui proposto, si può giungere alla conclusione che si tratta di esempi dai quali non

⁴⁵ Per una recente rassegna di giurisprudenza in materia, v. E. FALLETTI, *I social network: primi orientamenti giurisprudenziali*, in *Corriere giur.*, 2015, 992 ss. Con precipuo riferimento alla giurisprudenza relativa all'impatto dei *social media* sulla tutela della *privacy*, v. E. FERRARI, *I social network: la tutela della privacy nelle piazze virtuali*, in M. FUMAGALLI MERAVIGLIA (a cura di), *Diritto alla riservatezza e progresso tecnologico. Coesistenza pacifica o scontro di civiltà?*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2015, 139 ss.

⁴⁶ «Visto dal lato dell'utente, la semplicità del meccanismo, che richiede nulla più che pigiare un pulsante, consente una partecipazione, in maniera rapida, alla vita sociale sul *social network*. Proprio la banalità del gesto, in molti casi, non consente di coglierne appieno ogni implicazione»: cfr. A.R. POPOLI, *Social network e concreta protezione dei dati sensibili*, cit., par. 3.8.

⁴⁷ Le problematiche sociologiche legate ai *social media* sono esaminate da M. BOCCIA, *Sociologia dei new media*, in D.E. VIGANÒ (a cura di), *Dizionario della comunicazione*, Roma, Carocci, 2009, 652 ss. (ivi anche ulteriori riferimenti).

⁴⁸ In ordine all'impatto dei *social media* sui meccanismi cerebrali che guidano le relazioni sociali, v. G. RIVA, *Nativi digitali. Crescere e apprendere nel mondo nei nuovi media*, Bologna, il Mulino, 2014, spec. 67 ss.

emerge un compiuto parallelismo tra mondo reale e mondo virtuale; anzi, non è dato neppure individuare una corrispondenza in termini di entità del disvalore di certe condotte, poiché, a seconda dei casi, due azioni simili poste in essere l'una nel mondo reale e l'altra nel mondo virtuale possono colorarsi di un disvalore che è maggiore ora per l'una ora per l'altra.

Solo per prospettare un paio di casi, ovviamente senza alcuna pretesa di completezza, dai quali cogliere l'irriducibilità delle problematiche giuridiche sottese all'uso di *social media* da quelle tradizionalmente evocabili nel modo reale, può richiamarsi, in primo luogo, la contestazione del reato di sostituzione di persona, previsto all'art. 494 del Codice penale, a carico di chi crei un *account* su un *social network* utilizzando il nome di altri, inducendo così in errore i conoscenti della vittima, i quali si rapportheranno con il titolare dell'*account* fasullo come se fosse la persona da esso identificata⁴⁹. Ora, il reato in questione, posto a tutela della fede pubblica, nella vita reale ha effetti che appaiono necessariamente più limitati di quelli cui può dar luogo una sostituzione di persona all'interno di un *social network*, e ciò per la semplice ragione che, una volta penetrato e diffuso nella *community*, l'*account*, dietro lo schermo della non verificabilità fisica dell'identità, è potenzialmente idoneo ad incidere su una serie indefinita ed ipoteticamente enorme di rapporti, veicolando informazioni personali (veritiere o false che siano) della vittima, ledendone l'immagine, etc., verso una platea di destinatari che può essere anche molto vasta, ed in ogni caso più vasta di quella che sembra essere suggerita dalla previsione codicistica che punisce «chiunque [...] induce *taluno* in errore».

Un esempio di segno opposto sembra che possa essere la qualificazione di un *post* inserito sulla bacheca di *Facebook* della persona offesa alla stregua di una diffamazione a mezzo stampa ex art. 595, terzo comma, del Codice penale, sulla base della potenzialità, della idoneità e della capacità del mezzo utilizzato di coinvolgere e raggiungere una pluralità di persone, non individuate specificamente⁵⁰. Pur alla luce dell'interpretazione estensiva che della fattispecie incriminatrice è stata fatta, tale da ricomprendervi, tra le altre, le condotte diffamatorie poste in essere nel corso di comizi, non è forse compiutamente prospettabile una equiparazione tra un commento inserito su una bacheca di *Facebook* e quello contenuto – ad esempio – in un quotidiano, non fosse altro perché la diffusione del primo è più «controllabile», ma soprattutto è più facilmente individuabile e fronteggiabile in via autonoma da parte della vittima.

Rispetto al caso da ultimo prospettato, non è estranea la considerazione che proprio la «spontaneità schermata» che dei *social* è tipica può forse, se non giustificare, quanto meno attenuare la gravità, da un punto di vista soggettivo, della condotta posta in essere. Si arriva, in tal modo, al secondo elemento di criticità emergente dall'applicazione estensiva ai *social media* di norme concepite per tutt'altro *milieu*. Un mezzo di comunicazione basato, come sono i *social*, sull'istantaneità e sulla relativamente agevole possibilità di acquisire un *know-how* sufficiente ad un uso (magari nulla più che) rudimentale appare quanto mai insidioso per gli utenti, i quali sono portati a «socializzare» a prescindere dal reale controllo che possano mantenere sui loro dati e sulle loro azioni.

L'immagine ormai di uso comune della «piazza virtuale», oltre che metaforicamente accattivante, descrive in maniera abbastanza fedele l'idea di un aprirsi al pubblico che è insita nella – anzi, che è consustanziale alla – partecipazione ad un *social*. Il fatto è che la metafora regge nella parte in cui viene intesa in senso statico, cioè dello «stare in piazza», mentre appare fuorviante in un contesto dinamico, in cui, cioè, si prenda in considerazione anche l'azione anteriore, quella cioè dell'«andare in piazza»: in senso fisico, l'aprirsi al pubblico presuppone una serie di condotte che procedono da una determinazione in tal senso, si articolano in una serie di azioni materiali (prepararsi per uscire, uscire di casa, etc.), azioni

⁴⁹ Cfr., in part., Corte di cassazione, sezione V penale, 23 aprile – 16 giugno 2014), n. 25774, consultabile *on line* sul sito *Diritto penale contemporaneo* (www.penalecontemporaneo.it/), con il commento di F. SANSOBRIANO, *Creazione di un falso account, abusivo utilizzo dell'immagine di una terza persona e delitto di sostituzione di persona* (30 settembre 2014). Nella specie, l'imputato aveva «creato un profilo sul *social network* Badoo denominato “Naty”, riproducendo l'effigie della persona offesa, con una descrizione tutt'altro che lusinghiera (ad esempio nelle informazioni personali era riportata la dicitura “Mangio solo cibo spazzatura e bevo birra ... quando mi ubriaco vado su di giri”) e con tale falsa identità usufruiva dei servizi del sito, consistenti essenzialmente nella possibilità di comunicazione in rete con gli altri iscritti (indotti in errore sulla sua identità) e di condivisione di contenuti (tra cui la stessa foto ritraente [la vittima del reato])».

⁵⁰ In tal senso, v. Corte di cassazione, sezione I penale, sentenza 12 febbraio – 8 giugno 2015, n. 24431, consultabile *on line* sul sito *Altalex*, alla pagina www.altalex.com/documents/news/2015/06/15/facebook-offesa-su-bacheca-diffamazione-a-mezzo-stampa.

che, non di rado, sono cadenzate da una progressiva apertura (ad esempio, l'uscita dall'appartamento implica i primi potenziali contatti con i condomini, cui seguono quelli con i vicini, fino a quelli con la moltitudine indistinta); l'accesso ai *social media*, invece, risponde a logiche di immediatezza assai più marcate, il che non può essere etichettato soltanto come un vantaggio in termini di risparmio di tempo, ma deve essere valutato anche in relazione alla imposizione di un adattamento repentino del registro comunicativo⁵¹. Un adattamento che non è scontato per alcuno, e che per talune categorie di soggetti (si pensi, in particolare, ai minori) è quanto meno problematico.

Il punto appare estremamente critico, perché revoca in dubbio le fondamenta stesse dell'equazione tra condotte poste in essere nel mondo reale e condotte nel mondo virtuale, non potendosi prescindere per queste ultime, almeno, dalla verifica della concreta capacità del soggetto di calarsi pienamente nel contesto in cui agisce. Ma, allora, l'assenza di una normazione specificamente rivolta alle azioni sui *social media* pone un'alternativa piuttosto netta tra l'ignorare semplicemente la discrasia che inficia l'equazione ed il rifarsi, di volta in volta, alla componente soggettiva che anima la condotta, il che significa, in ultima istanza, appellarsi alla responsabilità individuale.

Revocata in dubbio, sulla scorta di quanto fin qui detto, la validità della prima opzione, resta la seconda, sulla quale, peraltro, pure qualche riserva può formularsi, giacché affidare, per l'essenziale, alla responsabilità del singolo il suo «destino *social*» può risultare improprio, almeno in certi casi. Nel prosieguo si cercherà di dimostrarlo.

6. *Utens faber ipsius fortunae*: liberalismo o *Far West*?

È emblematico che, in un recente scritto dedicato alle norme che regolano i *social media*, si sia potuto candidamente affermare (o, forse meglio, amaramente constatare) che, «allo stato attuale dei fatti, la forma di protezione più efficace resta sempre l'autotutela, cioè la gestione attenta dei propri dati personali»⁵²: come dire che l'aspirazione dei pubblici poteri a proteggere gli utenti, in questo caso, mostra tutta la sua debolezza, dovendo rivolgersi al decisivo apporto dato dalla responsabilità individuale.

Un tale affidamento potrebbe anche essere apprezzato, nel momento in cui se ne volesse mettere in risalto la matrice autenticamente umanistica riassumibile nell'affermazione per cui *homo faber ipsius fortunae*. Il problema, tuttavia, consiste proprio nella aleatorietà di tale affidamento, che è, per un verso, inattuale e, per l'altro, miope.

L'inattualità deriva dall'impossibilità di configurare l'utilizzo dei *social media* come un'attività così ordinaria che non si presti a disparità e ad abusi. Le questioni che l'accesso alla rete evoca, da sempre, in connessione con l'esistenza di divari digitali⁵³ non possono non essere trasposte, almeno *pro quota*, ai *social media*, relativamente ai quali il *quantum* di competenze informatiche è decisivo, non solo per l'accesso, ma – ed è questo l'aspetto che più interessa in questa sede – per il controllo sui contenuti immessi, nonché per il controllo, nei limiti del possibile, dei dati che siano da altri inseriti. Una pregiudiziale *no-regulation* dei *social media* assomiglia dunque molto, almeno allo stato attuale della

⁵¹ Implicazioni e conseguenze di queste difficoltà di adattamento sono riscontrabili in molteplici ambiti nei quali assumono una particolare delicatezza. Un esempio paradigmatico è quello del rapporto di lavoro, in relazione al quale i *social media* sono stati avvertiti come un possibile strumento di controllo da parte del datore di lavoro sui lavoratori meno attenti alla protezione dei loro dati. Per l'analisi di questa fattispecie, e di alcune delle pronunce emesse da giudici del lavoro in conseguenza di licenziamenti fondati su informazioni dal datore di lavoro acquisite (magari grazie a falsi profili) sui *social*, v. F. IAQUINTA – A. INGRAO, *La privacy e i dati sensibili del lavoratore legati all'utilizzo di social networks. Quando prevenire è meglio che curare*, in *Dir. relazioni industriali*, 2014, 1027 ss.; F. IAQUINTA – A. INGRAO, *Il datore di lavoro e l'inganno di Facebook*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2015, 82 ss.

⁵² Così, testualmente, E. FERRARI, *I social network: la tutela della privacy nelle piazze virtuali*, cit., 174.

⁵³ Il tema è, come noto, tra i più studiati, specie da parte dei costituzionalisti. Tra i contributi più recenti, anche per gli opportuni approfondimenti bibliografici, v. P. COSTANZO, *Miti e realtà dell'accesso ad internet (una prospettiva costituzionalistica)*, in P. CARETTI (a cura di), *Studi in memoria di Paolo Barile*, Firenze, Passigli, 2013, 9 ss.; M. PETRANGELO, *Oltre l'accesso ad Internet, tra tutele formali ed interventi sostanziali. A proposito dell'attuazione del diritto di accesso ad Internet*, in M. NISTICÒ – P. PASSAGLIA (a cura di), *Internet e Costituzione*, Atti del Convegno. Pisa, 21-22 novembre 2013, Torino, Giappichelli, 2014, 169 ss.; L. NANNIPIERI, *La dimensione costituzionale del digital divide. In particolare, gli ostacoli cognitivi alla protezione dell'individuo nello spazio virtuale*, *ivi*, 189 ss.; P. OTRANTO, *Internet nell'organizzazione amministrativa: Reti di libertà*, Bari, Cacucci, 2015, 71 ss.

diffusione degli strumenti informatici e delle relative conoscenze, ad un ponte verso un *Far West* virtuale, in cui – per giunta – a subire soprusi non sono solo i deboli che si scontrano con i forti, ma anche chi della comunità virtuale neppure fa parte (per qualunque motivo, magari soltanto per scelta) e che si trova alla mercé di qualunque *insider* e della sua attività comunicativa, che potrebbe riguardarlo.

Questa sensazione di inadeguatezza esce rafforzata in maniera significativa da quella che può definirsi come la «miopia» dell’atteggiamento eccessivamente liberale, che non tiene nel debito conto la prassi, troppo comune e diffusa per poter essere dissimulata dietro il velo di una falsa dichiarazione sull’età, che vede soggetti minori come utenti normalmente attivi (anzi, sovente iper-attivi) sui *social*⁵⁴.

Il regolamento euro-unitario non ignora questa tensione ideale, tanto che, al *considerando* 38, rimarca che «i minori meritano una specifica protezione relativamente ai loro dati personali, in quanto possono essere meno consapevoli dei rischi, delle conseguenze e delle misure di salvaguardia interessate nonché dei loro diritti in relazione al trattamento dei dati personali», ed ha cura di precisare che «tale specifica protezione dovrebbe, in particolare, riguardare l’utilizzo dei dati personali dei minori a fini di *marketing* o di creazione di profili di personalità o di utente e la raccolta di dati personali relativi ai minori all’atto dell’utilizzo di servizi forniti direttamente a un minore».

Questa preoccupazione si traduce nel divieto, posto dall’art. 8, par. 1, primo comma, di trattamento dei dati sulla base del consenso espresso da un minore di sedici anni (salvo il consenso del titolare della responsabilità genitoriale). La più che opportuna rigidità di questa disciplina si sgretola, tuttavia, già al secondo comma, allorché si consente agli Stati di derogare il limite anagrafico, purché non al di sotto dei tredici anni, età in relazione alla quale appare obiettivamente difficile poter presumere una – se non completa, almeno tendenziale – maturità; se, poi, si incrocia il dato normativo con i formulari contrattuali dei principali *social media*, la sensazione è che, nel regolare la materia, non si sia fatto altro che registrare una prassi, sull’assunto della inutilità di sforzi conformativi. Ancora più indicativo del grado di effettività che ci si possa attendere è quanto previsto dal par. 2 dell’art. 8, che, per il caso in cui sia richiesto, affida al titolare del trattamento il compito di «adopera[rsi] in ogni modo ragionevole per verificare [...] che il consenso sia prestato o autorizzato dal titolare della responsabilità genitoriale sul minore, in considerazione delle tecnologie disponibili». Come dire che si chiede al controllato di mettere il controllore nelle condizioni di controllarlo.

Prescindendo dal coinvolgimento – più agevole da configurare in termini teorici che da strutturare in concreto – dei titolari della responsabilità genitoriale⁵⁵, l’affidamento alla responsabilità individuale appare, in effetti, difficile da giustificare allorché non si dia la possibilità neppure di stabilire una *fictio* di piena responsabilità, visto che ci si appella a soggetti che l’ordinamento è tenuto a proteggere in quanto incapaci.

La distanza tra *sein* e *sollen* emerge in maniera nitida allorché si vadano a ricercare gli interventi più significativi dell’Autorità Garante per la protezione dei dati personali italiana⁵⁶. Come sottolineato nella relazione dalla stessa approntata per l’anno 2015, tra le attività di comunicazione ed informazione al pubblico figura quella di aver «fornito indicazioni per l’elaborazione di un sito informativo “Vivere in un mondo connesso” (www.mondoconnesso.info), realizzato da Facebook e lanciato anche in Germania, Austria e Francia, dedicato alla tutela dei dati personali su *internet* e nella vita quotidiana»: obiettivo del

⁵⁴ Sulle problematiche connesse all’utilizzo dei *social* da parte dei minori ed alla loro tutela *on line*, v. L. MUSSELLI, *Internet e tutela dei minori*, in *Dir. informazione e informatica*, 2011, 727 ss.; L. MUSSELLI, *La tutela de minori nei nuovi media*, in R. CAFARI PANICO ET AL., *Da Internet ai Social Network*, cit., 57 ss. In una prospettiva più generale, v. G. DAMMACCO (a cura di), *Tutela giuridica del minore e uso consapevole di Internet*, Bari, Cacucci, 2008; F. PANUCCIO DATTOLA, *Minori e internet*, Torino, Giappichelli, 2009; A. THIENE, *L’inconsistente tutela dei minori nel mondo digitale*, in *Studium iuris*, 2012, 528 ss.

⁵⁵ Interessante, in quest’ottica, è la sentenza resa dal Tribunale di Teramo il 16 gennaio 2012, n. 18, che, in una fattispecie di *cyberbullismo*, ha riscontrato la responsabilità dei genitori per il fatto del minore (anche qualora, come nella specie, prossimo alla maggiore età). Per il testo della decisione, v. M. BIANCA – A. GAMBINO – R. MESSINETTI (a cura di), *Libertà di manifestazione del pensiero e diritti fondamentali: profili applicativi nei social networks*, Milano, Giuffrè, 2016, 207 ss., con il commento di I. FAMULARO, *La responsabilità genitoriale per mancato controllo dei figli su Facebook*.

⁵⁶ Per una sintesi dei vari interventi, a livello nazionale ed europeo, posti in essere nel quadro di una regolamentazione di *soft law* sui *social media*, v. P. GALDIERI, *Il trattamento illecito del dato nei social network*, in *Giur. merito*, 2012, 2697 ss.

sito, «corredato anche di uno strumento di autovalutazione delle competenze in materia di *privacy online* sviluppato da Unione nazionale consumatori», è quello «di raggiungere in maniera diretta gli utenti dei *social network* affinché prestino maggiore attenzione alla tutela della *privacy* in rete»⁵⁷. Una iniziativa del genere appare, di per sé, come un'eloquente ammissione dell'insufficiente diffusione tra gli utenti delle competenze idonee ad una adeguata protezione della *privacy*.

Il Garante medesimo, del resto, allorché è intervenuto direttamente in materia, ha scelto uno strumento assai indicativo: un opuscolo informativo, una «guida ai *social network*», pubblicato nel 2009⁵⁸ e poi ripubblicato, in versione aggiornata, nel 2014⁵⁹, «con l'obiettivo di aumentare la consapevolezza degli utenti e offrire loro spunti di riflessione e strumenti di tutela»⁶⁰. In concreto, tale opuscolo, dopo aver offerto cenni sulla nascita e la struttura dei *social networks* (non mancando di esplicitare i nomi dei più diffusi ed utilizzati)⁶¹, si articola in una serie di «avvisi ai naviganti»⁶² e di domande rivolte al lettore per stimolarne l'auto-responsabilizzazione («ti sei mai chiesto?») ⁶³, per poi formulare «10 consigli per non rimanere intrappolati»⁶⁴ e concludersi con un glossario dei principali termini gergali impiegati in rete⁶⁵.

Se questo opuscolo è stato pubblicato, oltretutto in due edizioni, è da presumersi che abbia una sua funzione ed utilità. L'estrema semplicità dei messaggi veicolati, però, fa pensare che, se una guida di tal fatta è utile, allora i suoi destinatari non devono essere particolarmente «esperti», quanto meno in riferimento alle implicazioni delle loro azioni sulla *privacy*. Ma, allora, l'affidarsi alla responsabilità individuale finisce per evocare alla mente lo stabilimento di una presunzione di dominio sul mezzo che l'utente medio dei *social media* in realtà non possiede.

In un quadro siffatto, sembra che ci si debba rassegnare ad appoggiarsi essenzialmente sui *service providers* perché agiscano, là dove possibile e nella misura in cui lo sia, a tutela degli utenti⁶⁶, mentre l'apparato pubblico si riserva una tutela strutturata sui normali canali, i quali – a fronte dell'immediatezza della rete (e dei *social* in special modo) – non consentono di configurare una tutela che non sia puramente successiva, una tutela, però, che proprio per il confronto impari rispetto alla velocità di trasmissione di messaggi, si presenta come inevitabilmente dimidiata.

Ciò equivale a dire che, per proteggere la *privacy*, l'alternativa è tra la tutela delegata a privati e la tutela pubblicistica che, come si diceva, è destinata ad arrivare tardi. Proprio come le forze dell'ordine nel *Far West*.

7. Qualche riflessione conclusiva su un possibile intervento della normativa di *hard law*

Le considerazioni da ultimo svolte inducono a concludere che i *social media* rappresentano, con ogni probabilità, il punto di caduta di tutte le costruzioni dalle quali emerge la difficoltà per il diritto di irreggimentare le relazioni sociali che dalla rete scaturiscono o che sulla rete si sviluppano. E, nelle pieghe di questa difficoltà, l'esigenza di regole (nel senso forte di *hard law*) non può non avvertirsi, almeno sotto

⁵⁷ Cfr. GARANTE PER LA PROTEZIONE DEI DATI PERSONALI, *Relazione 2015*, 187. La relazione è consultabile *on line*, sul sito del Garante, alla pagina <http://194.242.234.211/documents/10160/5204506/Relazione+annuale+2015.pdf>.

⁵⁸ V. GARANTE PER LA PROTEZIONE DEI DATI PERSONALI, *Social Network: attenti agli effetti collaterali*, 2009, consultabile *on line* sul sito del Garante, alla pagina <http://194.242.234.211/documents/10160/10704/Opuscolo+Social+Network+pagina+singola.pdf>.

⁵⁹ V. GARANTE PER LA PROTEZIONE DEI DATI PERSONALI, *Social Privacy: come tutelarsi nell'era dei social network*, 2014, consultabile *on line* sul sito del Garante, alla pagina <http://194.242.234.211/documents/10160/2416443/Social+privacy.+Come+tutelarsi+nell%27era+dei+social+networ+k.pdf>.

⁶⁰ *Ivi*, 3.

⁶¹ *Ivi*, 5 ss.

⁶² *Ivi*, 9 ss.

⁶³ *Ivi*, 17 ss.

⁶⁴ *Ivi*, 23 ss.

⁶⁵ *Ivi*, 31 ss.

⁶⁶ Sullo spazio assunto dall'autoregolamentazione dei soggetti (e dei professionisti, *in primis*) nell'ambito delle comunicazioni elettroniche, v., anche per ulteriori riferimenti, S. VIGLIAR – V. VARRIALE – G. GIANNONE CODIGLIONE, *Le comunicazioni elettroniche*, in S. SICA – V. ZENO ZENCOVICH, *Manuale di diritto dell'informazione e della comunicazione*, 4^a ed., Padova, Wolters Kluwer-Cedam, 2015, spec. 359 ss.

alcuni punti di vista. Certo, la spinta in senso inverso non è da trascurare, specie quando fa leva sui pericoli di un controllo pubblico dai toni più o meno vagamente orwelliani. Non può ignorarsi, del resto, che la tentazione di «spegnere» i *social* è ricorrente in molti ordinamenti (specie, evidentemente, tra quelli che non si annoverano tra i «campioni» della liberal-democrazia): l'invocazione di un rafforzamento della tutela della *privacy*, in effetti, non si può escludere che maschere intendimenti di compressione della libertà di espressione.

La ricerca di un bilanciamento tra le contrapposte esigenze è troppo complessa perché si possa ambire a percorrerla qui in un'ottica di ampio respiro. Non è detto, però, che interventi regolativi debbano necessariamente porsi nel solco di un siffatto bilanciamento: altre forme, meno impegnative, sono forse ipotizzabili, se non altro come rimedi parziali nei confronti di una situazione giuridicamente non soddisfacente. In particolare, non sembra escluso di poter associare al mantenimento degli attuali livelli di libertà nello «stare» all'interno della piazza virtuale, un incremento del tasso di regolamentazione della fase dinamica dell'accesso. In ordine all'attività posta in essere sui *social media* una disciplina è rintracciabile; e, per quanto le soluzioni da essa offerte non risultino invariabilmente soddisfacenti, prospettare una rivisitazione *ab imis* implicherebbe il prendere posizione su tematiche di estrema delicatezza, tanto da non potersi escludere l'eventualità di giungere ad una situazione finale non significativamente migliore rispetto a quella presente; una tale constatazione non pare che debba estendersi anche alla fase dell'accesso sui *social*, giacché in essa si manifestano elementi che si presentano fortemente tipizzanti, al punto da consentire (e rendere opportuna) una considerazione specifica. Per dirla in termini forse più concreti, se – pur con le molte riserve che si sono sopra accennate – può considerarsi non insostenibile, almeno in linea tendenziale, una applicazione estensiva (o, meglio, analogica) all'attività svolta sui *social media* delle disposizioni che regolano le attività del mondo reale e/o delle normative generali previste per il mondo della rete, non altrettanto pare che possa dirsi per la disciplina del momento in cui ai *social* si accede, ed in particolare del momento della registrazione.

La registrazione rappresenta, in effetti, una fase di estrema importanza, non solo per l'ovvia ragione che apre al singolo le porte della «piazza virtuale», ma anche perché è in quel frangente che sarebbe possibile porre davvero un diaframma contro accessi inopportuni o non sufficientemente consapevoli. L'utilizzo del condizionale è d'obbligo, se non altro per ciò che si è detto in precedenza sulla non controllabilità dell'accesso da parte dei minori.

Ma c'è anche un'altra ragione che spiega l'uso del modo verbale. Generalmente, l'attenzione viene posta su *chi* accede, il che comporta che il sistema normativo si interessi essenzialmente di vietare l'accesso a chi non ne abbia astrattamente titolo (in quanto al di sotto di una certa soglia anagrafica). Ne discende un sistema non troppo dissimile da un insieme di grida manzoniane, come dimostrato dalla sopra ricordata normativa del regolamento euro-unitario sul controllo del rispetto dei divieti. Non si vuol certo prospettare l'inutilità di siffatte previsioni, le quali debbono, ovviamente, esserci, ed anzi si dovrebbe trovare il modo di renderle quanto più efficaci possibile. Ma non dovrebbero esserci soltanto queste: una regolamentazione di *hard law* non dovrebbe trascurare il *come* si accede, perché è nella disciplina di quel procedimento che si possono porre le basi per un accesso *consapevole* ai *social media*. In sostanza, una normativa, specie se europea, che specificasse in forma compiuta le modalità attraverso cui registrarsi potrebbe imporre ai *service providers* oneri legati alla conoscibilità reale di ciò che accedere al servizio significa, anche e soprattutto in termini di *privacy*, *sub specie* di trattamento dei dati, sia da parte del fornitore che da quella dell'utente (per i dati propri e per quelli altrui). La inevitabile compressione della libertà contrattuale risulterebbe, in quest'ottica, giustificabile in relazione alla protezione di altri principi ed esigenze, di sicuro rilievo costituzionale; senza contare che si tradurrebbe comunque in una compressione apprezzabile in relazione ad un singolo momento e limitatamente alle forme attraverso cui esprimere i contenuti contrattuali che già oggi sono individuabili.

L'attuale carenza di una normativa che ambisca a razionalizzare la prassi estremamente variegata dei singoli *social media* ha creato una situazione in cui il rispetto del (puro) formalismo finisce per essere qualcosa di non troppo dissimile da un «guscio vuoto»⁶⁷. Al potenziale utente si chiede di compilare campi

⁶⁷ Una efficace rassegna critica delle modalità attraverso cui il potenziale utente può registrarsi alle varie piattaforme *social* è condotta da A.R. POPOLI, *Social network e concreta protezione dei dati sensibili*, cit., parr. 3. ss.

e di accettare condizioni, per lo più nella forma – tanto snella quanto sfuggente – del *point and click*⁶⁸, che sono di problematica intelligibilità finanche per il giurista, e ciò non solo per il dettaglio delle specificazioni tecniche, ma anche per la formulazione stessa del contratto, che talora, ad esempio, segue stili discorsivi in cui la portata precettiva degli obblighi tende a diluirsi. Per tacere delle soluzioni non sempre di immediata evidenza relative al diritto applicabile in caso di controversia e del relativo foro competente, e di molte altre clausole di tenore e portata assai ondivaghi⁶⁹. A complicare il tutto, si pongono poi le incertezze connesse all'uso di più lingue, ferma restando però l'ufficialità del solo inglese, donde la necessità di sommare a cospicue competenze giuridiche solide basi linguistiche.

Ora, per come la trama normativa si è evoluta, l'intelligibilità è divenuta inversamente proporzionale all'entità degli obblighi imposti ai *providers*, le cui *privacy policies* sono chiaramente ispirate all'adempimento di obblighi di mezzo, dove il risultato resta, nel migliore dei casi, sullo sfondo⁷⁰. Il chiedere ai *providers* di inserire questo o quel contenuto, di per sé, non è risolutivo, se non lo si collega ad un obbligo di estrinsecare questi contenuti in forme che possano essere effettivamente percepite dall'utente medio. Il paradosso che ne discende è che solo imponendo un obbligo puramente strumentale (consistente nel *quomodo* dell'esposizione dei contenuti) si può ambire ad un grado accettabile di raggiungimento di un obbligo di risultato (*id est*, l'effettiva consapevolezza da parte dell'utente del tipo di accordo che va stipulando).

Un mutamento di approccio nel senso qui auspicato non costituirebbe – è chiaro – la soluzione delle difficoltà che si riscontrano nella disciplina dei *social media*; sarebbe, tuttavia, un passo significativo, sia per i suoi auspicabili effetti concreti, sia (forse soprattutto) per il senso che l'intervento potrebbe testimoniare, e cioè quello di operare una saldatura tra un *hard law* a lungo latitante e l'azione principalmente pedagogica che è stata perseguita dalle linee-guida adottate negli anni da organi operanti nel settore ai più vari (ed anche ai massimi) livelli. Il che equivarrebbe, in buona sostanza, ad argomentare che, là dove veramente è necessario, le istituzioni politiche sono in grado di imporre propri *standards*, volti ad evitare che la tutela della libertà (contrattuale, *avant tout*) non si traduca in una preconcetta accettazione di uno stato di quasi-anomia. Come dire che, anche in un ambito in cui si è finora mosso con estrema circospezione, l'*hard law* si riserva di intervenire per garantire le basi di una ordinata convivenza,

⁶⁸ È appena il caso di rilevare che la critica di cui nel testo non è diretta a contestare la validità in sé dei contratti conclusi per il tramite di questa formalità (sebbene in proposito non siano prive di argomenti le tesi, autorevolmente sostenute, che avanzano dubbi di legittimità: cfr., in part., N. IRTI, *Scambi senza accordo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1998, 347 ss.), ma è semplicemente rivolta a mettere in rilievo gli effetti potenzialmente pregiudizievoli derivanti da contratti conclusi con eccessiva facilità.

⁶⁹ Per una rassegna compiuta delle problematiche che emergono dalle *privacy policies*, v., di nuovo, A.R. POPOLI, *Social network e concreta protezione dei dati sensibili*, cit., parr. 3.3. ss.

⁷⁰ Con riferimento all'effettività della prestazione del consenso da parte degli utenti della rete, v., da ultima, S. THOBANI, *La libertà del consenso al trattamento dei dati personali e lo sfruttamento economico dei diritti della personalità*, in *Europa e dir. priv.*, 2016, 513 ss., che pone in particolare risalto la transizione da un «libero consenso informato» ad un «consenso disinteressato».

Antonio Ruggeri

Giurisdizione e diritti: un rapporto complesso, ad oggi largamente inesplorato e bisognoso della sua opportuna chiarificazione*

SOMMARIO: 1. I due piani su cui ambientare lo studio del rapporto tra giurisdizione e diritti, quello delle tecniche decisorie e l'altro degli indirizzi di merito concernenti la tutela dei diritti, e il loro mutuo inscindibile intreccio. – 2. L'invenzione di sempre nuove tecniche decisorie, le circostanze in cui può farsene un utilizzo esasperato (come a riguardo delle misure cautelari) in deroga ai canoni della incidentalità, e il bisogno di un aggiornamento dei canoni stessi a mezzo tanto di norme eteroprodotte quanto, in svolgimento di queste, di norme autoprodotte (per via regolamentare ovvero per via giurisprudenziale), segnatamente nel senso di dotare il giudice comune del potere di disapplicare norme di legge giudicate incostituzionali, se del caso autorizzandolo ugualmente ad investire la Corte delle relative questioni. – 3. Il rilievo della comparazione e dell'apertura al diritto internazionale e sovranazionale nella soluzione delle questioni concernenti i diritti e la necessità di far luogo ad indagini metodicamente indirizzate dal principio della integrazione interordinamentale, che ha il suo punto unificante nella *Grundnorm* della ottimizzazione della tutela e quale suo strumento maggiormente conducente allo scopo il canone della *interpretazione circolarmente conforme*, la sola in grado di mettere convenientemente a fuoco le norme e di stabilire quali di esse servano meglio alle complessive esigenze del caso. – 4. L'interpretazione quale *punctum crucis* dei rapporti tra giudici e legislatore, e la (irresistibile?) tendenza della giurisdizione a farsi normazione: le conferme che se ne hanno negli ambiti materiali attraversati dalle indagini qui illustrate e la ricerca di un complessivo riequilibrio istituzionale che nondimeno si avvalga della congiunta e "leale cooperazione" di tutti gli operatori (esempi tratti dalle vicende della procreazione medicalmente assistita e delle unioni tra omosessuali). – 5. Questioni di biodiritto, salvaguardia della segretezza dei dati personali e riconoscimento del diritto di accesso ai farmaci quali banche di prova particolarmente attendibili al fine di stabilire quale idea di persona e di diritto fondamentale tenda ad affermarsi nell'esperienza e, perciò, di verificare se (ed in che misura) il nostro sia ancora uno Stato costituzionale.

1. I due piani su cui ambientare lo studio del rapporto tra giurisdizione e diritti, quello delle tecniche decisorie e l'altro degli indirizzi di merito concernenti la tutela dei diritti, e il loro mutuo inscindibile intreccio

Una preliminare avvertenza.

Non discuterò delle relazioni che ci sono state illustrate riservando a ciascuna di esse uno specifico commento né dirò per l'aspetto teorico dei contenuti da esse offerti¹. Mi sembra infatti maggiormente conducente allo scopo prefissosi da chi ha organizzato il nostro incontro e confacente al ruolo che mi è stato assegnato riunire le mie osservazioni in un unico discorso e soffermarmi in particolare su ciò che, a mia opinione, manca nelle riflessioni che ci sono state sottoposte o, comunque, meriterebbe talune integrazioni ed un complessivo approfondimento. Il taglio delle mie osservazioni è, dunque, di metodo più e prima ancora che di teoria; il loro oggetto è quello stesso prescelto per il titolo dei lavori della nostra sessione, avuto cioè riguardo alla relazione intercorrente tra giurisdizione e diritti. Una relazione che si presta ad essere riconsiderata da plurimi angoli visuali e su plurimi piani o ambiti materiali di esperienza: due, in particolare, quelli che ai miei occhi appaiono essere maggiormente

* Lo scritto riproduce, con minime revisioni di forma e l'aggiunta di un essenziale apparato di note, il testo di un intervento svolto quale *discussant* al *Quinto seminario annuale dell'Associazione "Gruppo di Pisa" con i dottorandi in materie gius-pubblicistiche*, Università di Roma Tre, 30 settembre 2016, alla cui data lo scritto è aggiornato.

¹ Queste le relazioni che hanno dato lo spunto per la riflessione che mi accingo a svolgere: A. CAUDURO, *Diritto alla salute, attività economica e servizio pubblico nella disciplina del farmaco*; F. DELÙ, *L'interpretazione conforme e i suoi limiti: confronto tra Italia e Regno Unito*; C. MASCIOTTA, *La tutela dei diritti fondamentali tra Corte costituzionale e Corte edu alla prova di questioni eticamente controverse*; G. MENEGUS, *Tutela cautelare e questione di legittimità*, tutte in www.gruppodipisa.it.

promettenti interessanti esiti teorico-ricostruttivi, con riferimento, per un verso, al rilievo delle tecniche decisorie in ordine alla tutela dei diritti, tentandosi perciò di stabilire al ricorrere di quali condizioni ed in che misura questa dipenda da quelle, e, per un altro verso, agli orientamenti di merito della giurisprudenza, e dunque ai connotati sostanziali della tutela stessa.

I contributi offerti al nostro incontro di oggi non soltanto ne danno piena conferma (tutti, infatti, riportabili all'indicazione appena data) ma si spartiscono equamente il campo (due per ciascun ambito materiale). Potremmo dire, per intenderci, che alcuni hanno per specifico oggetto di studio la *giurisprudenza*, altri la *giurisprudenza*.

Si tratta, nondimeno, di una semplificazione eccessiva o, diciamo pure, forzata nei riguardi di una esperienza comunque unitaria, seppur internamente articolata e composita. È chiaro, infatti, che tecniche decisorie e indirizzi di merito o contenuti della tutela non possono essere tenuti separati se non in modo artificioso, implicandosi e facendosi di continuo rimando a vicenda. Cambia, dunque, la prospettiva ma il fenomeno riguardato è (e resta) essenzialmente unitario.

D'altronde, è risaputo ed avvalorato da numerose vicende processuali che le tecniche sono prescelte al fine di veicolare le decisioni sostanziali cui si riferiscono: sono, insomma, come i vestiti fatti su misura, senza dei quali il corpo in essi racchiuso apparirebbe “nudo” e, perciò, impresentabile. Checché se ne dica da parte degli stessi giudici che le adottano, le tecniche non sono poi mai “neutre”, giuridicamente necessitate, ponendosi piuttosto quale la (più o meno lineare) conseguenza, il *posterius* non il *prius*, della soluzione nei cui riguardi si pongono in funzione servente².

V'è un indice esteriore immediatamente visibile che dà, a mia opinione in modo inequivocabile, conferma di quest'assunto, peraltro – come si sa – da tempo accreditato in dottrina; ed è dato dalla “invenzione”, che non sembra conoscere pause o limiti, di sempre nuovi tipi o sottotipi di tecniche, in essi specchiandosi l'inesauribile varietà del reale, dei casi della vita bisognosi di peculiari, per ciascuno di essi congrue, soluzioni³. Altra cosa è, tuttavia, che la tecnica prescelta risulti conducente allo scopo e – ciò che a me sembra ancora più rilevante – pianamente riportabile ai canoni che disciplinano il processo, ovverosia idonea ad iscriversi armonicamente nel quadro da questi tracciato.

L'incontro di oggi – come si passa subito a dire – ce ne dà ulteriore, probante testimonianza.

² Per quest'aspetto, le tecniche sono come la parte motiva delle pronunzie dei giudici che precede e conduce al dispositivo ma che, nella sostanza, lo segue e giustifica, secondo quanto è peraltro da tempo segnalato dalla più avvertita dottrina (con specifico riguardo alle esperienze della giustizia costituzionale, per tutti, v. AA.VV., *La motivazione delle decisioni della Corte costituzionale*, a mia cura, Giappichelli, Torino 1994, e A. SAIITA, *Logica e retorica nella motivazione delle decisioni della Corte costituzionale*, Giuffrè, Milano 1996).

³ Utili indicazioni al riguardo in C. PANZERA, *Interpretare, manipolare, combinare. Una nuova prospettiva per lo studio delle decisioni della Corte costituzionale*, ESI, Napoli 2013.

L'adozione di un nuovo tipo di pronunzia è stata patrocinata nel corso del nostro incontro da C. MASCIOTTA al fine di sanzionare le omissioni assolute del legislatore, spianando la via ai giudici comuni perché possano offrire tutela ai diritti ed agli interessi in genere lesi dalle omissioni stesse. In particolare, si suggerisce alla Consulta di far luogo ad una pronunzia di rigetto accompagnata però dalla addizione di un principio suscettibile di essere utilizzato quale base normativa per l'eventuale ristoro economico da riconoscere alla persona offesa. Forse, però, non è necessaria l'invenzione di una specie di decisione “mista”, rinvenendosi nel monito contenuto nella pronunzia, da cui risulti chiara la illegittima omissione, una base idonea a sorreggere la decisione di risarcimento del danno.

Faccio solo un esempio che riprenderò più avanti; e, dunque, si pensi alla nota [sent. n. 138 del 2010](#), nella parte in cui si lamenta la mancanza di una disciplina adeguata delle unioni omosessuali, cui avrebbero potuto far appello persone dello stesso sesso conviventi, prima del varo della legge n. 76 del 2016, chiedendo un congruo ristoro economico per i loro interessi offesi dall'inerzia del legislatore (la tesi è stata coraggiosamente prospettata da R. CONTI, *Il rilievo della CEDU nel “diritto vivente”*: in particolare il segno lasciato dalla giurisprudenza “convenzionale” nella giurisprudenza dei giudici comuni, in AA.VV., *Crisi dello stato nazionale, dialogo intergiurisprudenziale, tutela dei diritti fondamentali*, a cura di L. D'Andrea - G. Moschella - A. Ruggeri - A. Saitta, Giappichelli, Torino 2015, 87 ss., proprio con riguardo all'esempio ora fatto e da me considerata generalizzabile, a condizione che sia provata essere la lesione del diritto “conseguenza diretta, immediata e necessaria del vuoto legislativo” [così, nel mio *In tema di interpretazione e di interpreti nello Stato costituzionale (a proposito di un libro recente)*, in “Itinerari” di una ricerca sul sistema delle fonti, XIX, *Studi dell'anno 2015*, Giappichelli, Torino 2016, 530 s., e nt. 41 per il riferimento testuale].

2. *L'invenzione di sempre nuove tecniche decisorie, le circostanze in cui può farsene un utilizzo esasperato (come a riguardo delle misure cautelari) in deroga ai canoni della incidentalità, e il bisogno di un aggiornamento dei canoni stessi a mezzo tanto di norme eteroprodotte quanto, in svolgimento di queste, di norme autoprodotte (per via regolamentare ovvero per via giurisprudenziale), segnatamente nel senso di dotare il giudice comune del potere di disapplicare norme di legge giudicate incostituzionali, se del caso autorizzandolo ugualmente ad investire la Corte delle relative questioni*

Prendiamo l'annosa questione delle misure cautelari.

La soluzione patrocinata da G. Menegus è indubbiamente ingegnosa e ben argomentata; ciò non toglie tuttavia che essa stia stretta – a me pare – tra le regole del processo incidentale che parrebbero non lasciare scampo e concederle lo spazio per potersi affermare.

Il suggerimento, ripreso dalla giurisprudenza in ambito amministrativo e da una nota dottrina schieratasi a suo sostegno⁴, è di dar modo al giudice di accogliere *ad tempus* l'istanza di misura cautelare, in attesa del giudizio della Consulta, a seguito del quale il giudice stesso potrebbe confermare ovvero revocare il provvedimento inizialmente adottato.

Ora, la circostanza per cui il giudice sarebbe abilitato ad intervenire in due tempi mette in luce una duplice deroga all'incidentalità, rigorosamente intesa, per un verso avendosi comunque una pronuncia dell'autorità remittente e facendosi pertanto applicazione della norma indubbiata e, per un altro verso, risultando adottato *sub condicione* non soltanto il verdetto dell'autorità stessa ma anche quello del giudice costituzionale in relazione al giudizio *a quo*, sol che si pensi che la pronuncia della Corte potrebbe in quest'ultimo restare priva di effetti, essendosi già fatta applicazione della norma oggetto della questione. È vero che occorrerebbe pur sempre il giudizio di “conferma” della misura interinale: il secondo frammento e segmento temporale di un complessivo *work in progress* che si perfeziona presso il giudice remittente e che ha appunto bisogno di venire comunque alla luce affinché il procedimento da cui trae origine la questione possa giungere a compimento. La “conferma” in parola, nondimeno, rende stabile un effetto *in tutto e per tutto* già prodottosi prima dell'attivazione del giudizio di costituzionalità; un effetto che, invece, per il modo con cui è congegnato il meccanismo incidentale non può aversi se non, eventualmente, *dopo* che il giudice delle leggi ha emesso il proprio verdetto. Il processo costituzionale, insomma, per come lo conosciamo, ruota attorno al perno della incidentalità, la quale ha poi – come si sa – quale suo elemento costitutivo indefettibile la rilevanza. Né varrebbe opporre⁵ che quest'ultima è comunque fatta salva, riportandosi non già alla pronuncia interinale bensì a quella definitiva dell'autorità remittente. Così ragionando, infatti, si finisce con l'ammettere che la rilevanza non c'è *ancora* al momento in cui la questione di costituzionalità è portata alla cognizione della Corte, mentre verrebbe ad esistenza (o, comunque, risulterebbe avvalorata) solo *dopo* il verdetto di quest'ultima.

Questa vicenda, al di là del caso specifico ora discusso, insegna comunque molte cose.

La prima (e ai miei occhi maggiormente significativa) attiene al rapporto, sempre più controverso e sofferto, tra normazione e giurisdizione o, per essere più precisi, tra la normazione eteroprodotta e quella frutto di autonomia, si presenti poi quest'ultima come normazione propriamente... *normativa* ovvero giurisprudenziale: l'una prendendo forma per via regolamentare o a mezzo di altro documento normativo idoneo ad assicurare la sua astrazione dal caso, a consentirne cioè la “universalizzazione” e, perciò, la ripetibilità temporale; l'altra, di contro, legandosi strettamente al caso che porta alla sua “invenzione”. La qual cosa, ad ogni buon conto, non toglie che possa essa pure radicarsi e *quodammodo* “oggettivarsi” nel terreno su cui prendono svolgimento le esperienze giurisprudenziali, pur non possedendo la forza che è propria dei canoni formalizzati in documenti normativi, con le certezze in ordine alla loro applicazione che usualmente ad essi si accompagnano.

⁴ Ha di recente fatto il punto sulla annosa questione L. AZZENA, *Tutela cautelare dei diritti e incidente di costituzionalità: una “vecchia questione” verso una parziale soluzione*, in *Scritti in onore di G. Silvestri*, I, Giappichelli, Torino 2016, 91 ss.

⁵ ... con G. MENEGUS, cit., 9 del *paper*.

La questione trattata da G. Menegus induce, nondimeno, ad un complessivo ripensamento di altre, generali questioni, peraltro tra di loro strettamente connesse.

In primo luogo, si ha conferma che la disciplina del processo costituzionale richiede interventi strutturali volti a tenere conto delle peculiari esigenze che possono manifestarsi in relazione a talune specie di giudizio o in talune circostanze. A mia opinione, la soluzione più lineare dovrebbe essere data da una normazione internamente articolata, in più forme e più tempi: ad una prima disciplina essenziale offerta dalla legge dovendo far seguito una successiva normazione autoprodotta, essa pure ora a mezzo di documenti normativi allo scopo specificamente forgiati ed ora per via giurisprudenziale. Il primo e più solido fondamento nondimeno dev'esser dato dalla legge, in difetto della quale il rischio micidiale che si ha è che le soluzioni di produzione pretoria possano rivelarsi nei fatti forzate, espressive di manipolazioni più o meno vistose delle regole del processo costituzionale.

La Corte ha – come si sa – in molte occasioni reso flessibili regole legislative eccessivamente rigide, a mezzo di tecniche decisorie particolarmente adeguate allo scopo (tra le quali le additive di principio e la manipolative in genere). L'esperienza nondimeno c'insegna (e il tema trattato da G. Menegus è altamente istruttivo al riguardo) che questo bisogno di una maggiore flessibilità o, diciamo meglio, articolazione delle regole si manifesta anche sul versante del processo. Poiché, però, le discipline legislative tardano a venire, nel mentre certe esigenze di ordine sostanziali premono per il loro appagamento, ecco che la Corte si trova costretta dalle circostanze ad interventi sostanzialmente normativi, pur se ovviamente non riconosciuti né riconoscibili come tali, pervenendo a manipolazioni ora più ed ora meno vistose dei canoni processuali.

La punta massima di questo *trend*, che specie in tempi recenti ha avuto molte manifestazioni che lo avvalorano, è, forse, dato dal deciso abbandono della stessa incidentalità, operato dalla discussa (e discutibile) [sent. n. 10 del 2015](#)⁶. Una vicenda, questa, assai nota e che non giova pertanto ora rammentare neppure nei suoi termini essenziali, che nondimeno insegna che possono darsi circostanze in cui lo stesso meccanismo incidentale può incepparsi; e tanto vale allora pensare a soluzioni alternative, quale quella patrocinata da una sensibile dottrina favorevole ad una marcata responsabilizzazione del giudice comune, chiamato a far luogo a vere e proprie operazioni di giustizia costituzionale in vece della Corte e perciò, laddove necessario, a disapplicare leggi pur sospette d'incostituzionalità, all'esito di un'operazione di ponderazione assiologica che porti a considerare recessivo un certo bene della vita o interesse pur astrattamente meritevole di tutela a fronte di un altro preminente in ragione del caso⁷.

D'altro canto, il nostro è un sistema di giustizia costituzionale che esibisce – come si sa – tracce marcate e plurime di “diffusione”⁸. La stessa soluzione della disapplicazione o – come la giurisprudenza costituzionale preferisce dire, in relazione ai conflitti con norme (ieri comunitarie ed oggi) eurounitarie – della “non applicazione” non è affatto sconosciuta al sistema stesso⁹; ed allora tanto vale riconoscerla *expressis verbis*, alla luce del sole, anche in relazione alla questione delle misure cautelari. Solo che la via piana per farvi luogo a me pare essere non già quella della “invenzione” pretoria bensì l'altra della ammissione per mano del legislatore. Forse, ancora meglio si farebbe ad enumerare uno ad uno i casi, a partire proprio da quello concernente le norme di diritto interno contrarie a norme *self-executing* dell'Unione, al cui ricorrere il giudice è abilitato alla disapplicazione in parola.

⁶ Tra i molti commenti, v. i contributi che sono nel fasc. 3/2015 di *Quad. cost.* e gli altri che sono richiamati in testa alla [decisione](#) in [Consulta OnLine, 2015](#); altri riferimenti in D. BUTTURINI, *Il diritto della crisi economico-finanziaria tra ragioni dell'emergenza e giudizio di costituzionalità*, in [www.rivistaaic.it](#), *Oss. Cost.*, 3/2016, 6 settembre 2016, 21 ss.

⁷ In argomento, v., spec., la interessante proposta ricostruttiva affacciata non molto tempo addietro da R. ROMBOLI, *I differenti livelli di protezione dei diritti: un invito a ripensare i modelli*, in [www.forumcostituzionale.it](#), 31 marzo 2014, part. all'ult. §.

⁸ Il punto può ormai dirsi stabilmente fissato (per tutti, AA.VV., *Il giudizio sulle leggi e la sua “diffusione”. Verso un controllo di costituzionalità di tipo diffuso?*, a cura di E. Malfatti - R. Romboli - E. Rossi, Giappichelli, Torino 2002).

⁹ V., al riguardo, il quadro di sintesi che è in A. RUGGERI - A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*⁵, Giappichelli, Torino 2014, 252 ss.

Si tratta, nondimeno, di una soluzione che, se accolta, richiede comunque, a mio modo di vedere, di essere fortemente circoscritta nella sua portata, stabilendo pertanto condizioni e limiti della sua operatività (a riguardo dei quali dovrebbe farsi un lungo ed articolato discorso di cui però è, chiaramente, altra la sede).

L'eventualità ora immaginata non è, tuttavia, l'unica possibile. L'ipotesi sopra descritta, infatti, non comportando la chiamata in campo della Corte, fa sì che gli effetti della pronuncia del giudice comune restino circoscritti – come di consueto – al solo giudizio demandato al giudice stesso. Potrebbe, però, rendersi opportuno che a quest'ultimo si accompagni quello del giudice costituzionale, con effetti *erga omnes*.

È proprio ciò che potrebbe aversi in relazione alle misure cautelari, dandosi modo al giudice, al tempo stesso in cui fa luogo alla loro adozione, di decidere se rimettere, o no, ugualmente la questione avente ad oggetto la norma di legge della cui validità dubita al sindacato della Consulta (o, meglio, di sottoporre a quest'ultimo la norma della cui incostituzionalità il giudice è certo, il mero dubbio non essendo bastevole per la sua disapplicazione; ed anche su ciò, malgrado la nota giurisprudenza in tema d'interpretazione conforme, può vedersi un sensibile scostamento dal modo usuale d'intendere l'incidentalità). Allo stesso tempo, è da studiare se convenga che la futura disciplina riconosca alla Corte il potere di stabilire se la propria decisione debba, o no, produrre effetti nei giudizi ancora pendenti ovvero che siffatta facoltà sia demandata agli stessi giudici, come pure merita, a parer mio, di essere riconsiderata la questione relativa al riconoscimento in capo al giudice costituzionale del potere di concedere la misura cautelare della sospensione della efficacia della legge sottoposta a giudizio con la via incidentale¹⁰. La qual cosa, a tacer d'altro, presenterebbe il duplice vantaggio di far da compenso al potere di disapplicazione riconosciuto al giudice comune e di evitare il prodursi o il reiterarsi di effetti incostituzionali poi alle volte, in relazione a talune norme o circostanze, materialmente non sradicabili o problematicamente e comunque solo in parte rimuovibili.

È chiaro, nondimeno, che a base di ciascuna delle ipotesi ragionate sta la questione di ordine generale relativa all'assetto giudicato più opportuno per i rapporti tra giudici comuni e Corte, ora rimarcando maggiormente il ruolo dei primi ed ora invece valorizzando ulteriormente quello della seconda.

Tutto ciò – com'è chiaro –, anche per le sue evidenti e rilevanti implicazioni al piano istituzionale, non può che esser frutto di determinazioni adottate per via politico-normativa. Che poi la volontà del legislatore possa tradursi in una disciplina meramente autorizzatrice, che dia modo a questo o quell'organo di determinarsi come meglio crede in ragione delle circostanze, è cosa ovviamente da mettere in conto; come si è venuti dicendo, il passaggio legislativo mi parrebbe, ad ogni buon conto, ineludibile. D'altronde, siamo realisti: se non dovesse esservi, è scontato che vi “supplirebbe” il giudice; ed allora tanto vale che si ripristini l'ordine giusto dei ruoli istituzionali, facendo precedere l'intervento del giudice da quello del legislatore ed obbligando il primo a mantenersi entro i confini fissati dal secondo.

3. Il rilievo della comparazione e dell'apertura al diritto internazionale e sovranazionale nella soluzione delle questioni concernenti i diritti e la necessità di far luogo ad indagini metodicamente indirizzate dal principio della integrazione interordinamentale, che ha il suo punto unificante nella Grundnorm della ottimizzazione della tutela e quale suo strumento maggiormente conducente allo scopo il canone della interpretazione circolarmente conforme, la sola in grado di mettere convenientemente a fuoco le norme e di stabilire quali di esse servano meglio alle complessive esigenze del caso

Le soluzioni appena accennate, quale che sia la considerazione che dovesse essere loro data, mostrano che la questione antica della modulazione degli effetti delle pronunzie di costituzionalità

¹⁰ Contrario, però, sul punto si è dichiarato G. MENEGUS, cit., § 4 del *paper*. In argomento, di recente, E. MALFATTI - S. PANIZZA - R. ROMBOLI, *Giustizia costituzionale*⁵, Giappichelli, Torino 2016, 180 ss.

torna a presentarsi con una certa frequenza e in forme anche inusuali che richiedono di essere fatte oggetto di regolazioni parimenti varie, congrue con le complessive esigenze dei casi cui si riferiscono.

Il raffronto con le esperienze di altri ordinamenti ne dà d'altronde conferma; e basti, al riguardo solo rammentare le pronunzie d'incostituzionalità ad effetti differiti o quelle di mera incompatibilità.

È ormai provato che la comparazione, unitamente all'apertura al diritto ed alla giurisprudenza sovranazionale ed internazionale, si pone (ed ha da porsi) quale punto di riferimento costante ed obbligato nella trattazione delle questioni giuridiche, specie di quelle maggiormente spinose ed impegnative, quali sono appunto quelle concernenti i diritti fondamentali, le forme e i limiti della loro tutela¹¹.

Di ciò, come si sa, si ha diffusa consapevolezza; purtroppo, però, questo bisogno seguita ancora oggi ad essere più proclamato che effettivamente appagato, comunque non lo è nella giusta misura¹²: un rilievo, questo, che vale su entrambi i fronti qui battuti, in relazione cioè tanto alle tecniche decisorie ed ai problemi in genere della giurisdizione, quanto agli indirizzi di merito della giurisprudenza.

Opportuna, per l'aspetto ora considerato, la scelta fatta da F. Delù e C. Masciotta di riguardare in prospettiva comparata il tema dell'interpretazione conforme e il tema della tutela dei diritti della persona con specifica attenzione alla giurisprudenza della Corte costituzionale ed a quella della Corte EDU. Ho trovato particolarmente interessanti le analisi condotte dagli studiosi appena richiamati; ad entrambi sento, però, di dover consigliare un mutamento o, quanto meno, un allargamento di prospettiva per l'aspetto metodico. Frutti ancora più succosi possono infatti, a mia opinione, aversi non già facendo oggetto di indagini separate le esperienze maturate presso questo o quell'ordinamento per quindi tirare le fila in sede di raffronto degli esiti delle indagini stesse. In tal modo, infatti, non si coglie appieno la crescente, mutua integrazione degli oggetti di studio e, di conseguenza, non se ne apprezza la struttura internamente composita, quale si ha nell'esperienza, specie nel presente contesto segnato da un infittirsi dei vincoli derivanti dalla Comunità internazionale e dall'Unione europea e, con essi, dalla mutua integrazione degli ordinamenti.

Lo studio, insomma, ha da adeguarsi all'esperienza, sì da dar modo a questa di specchiarsi fedelmente in quello e di essere in esso compiutamente descritta.

Restando ai nostri temi (ma traendo da essi indicazioni suscettibili di estensione altresì a temi diversi), già in altri luoghi mi sono sforzato di mostrare come non abbia senso alcuno, né teorico né pratico, tenere innaturalmente separata l'interpretazione conforme a Costituzione rispetto a quella a diritto internazionale ed a diritto eurounitario, trascurando in tal modo il dato elementare, seppur ad oggi non colto come si deve anche dalla più sensibile dottrina, secondo cui tutte siffatte interpretazioni si immettono in un circolo unitario e in esso si fondono fino a divenire una sola cosa¹³.

Le vicende relative ai diritti fondamentali ed ai modi della loro tutela costituiscono un emblematico banco di prova al riguardo; tanto più, poi, ove si ammetta – come a parer mio devesi – che nessuna gerarchia può aversi in astratto tra tutti i documenti che danno riconoscimento ai diritti (Costituzione inclusa!), quale che ne sia la forma o il nome e la provenienza. La gerarchia piuttosto la fanno in concreto le *norme* (e non già le *fonti*), per il modo con cui si pongono le une davanti alle altre e tutte assieme si piegano sul caso offrendosi per l'ottimale tutela, in ragione delle esigenze complessive del contesto, ai diritti in campo. E però – qui è il punto – le norme stesse sono il prodotto di processi

¹¹ In argomento, di particolare interesse promette di essere il IV Convegno biennale dell'Associazione di Diritto Pubblico Comparato ed Europeo dedicato a *La comparazione giuridica e i suoi metodi: approcci ed esperienze*, che avrà luogo a Lecce il 20 e 21 ottobre 2016 (ho avuto modo di leggere il *paper* della relazione che sarà ivi illustrata da A. MORELLI, *Comparazione e ipotesi scientifiche: appunti per uno studio sulle forme di governo*, ricca di notazioni teorico-costruttive particolarmente approfondite).

¹² Notazioni critiche a riguardo di certi modi d'intendere e praticare la comparazione sono state, ancora di recente, rinnovate da L. PEGORARO, *Ruolo della dottrina, comparazione e "legal tourism"*, in corso di stampa negli *Scritti in onore di A. Gambaro*.

¹³ V., dunque, volendo, il mio *L'interpretazione conforme e la ricerca del "sistema di sistemi" come problema*, in AA.VV., *L'interpretazione conforme al diritto dell'Unione europea. Profili e limiti di un vincolo problematico*, a cura di A. Bernardi, Jovene, Napoli 2015, 153 ss., nonché in www.rivistaaic.it, 2/2014, 30 maggio 2014.

intellettivi obbligati a guardare *simultaneamente* a più ordinamenti o sistemi positivi, pur laddove l'attenzione specificamente si volga verso uno di essi.

Come mi sono sforzato di argomentare altrove¹⁴, il canone della ottimizzazione della tutela si pone, infatti, quale *Grundnorm* delle relazioni interordinamentali, ancora prima che al momento della scelta della norma o dell'insieme di norme da cui attingere la miglior tutela¹⁵, a quello della impostazione dei processi interpretativi che portano alla ricostruzione delle norme stesse. L'interpretazione conforme, in tal modo, riceve un *preorientamento metodico-teorico* nel canone stesso, nel mentre tutti i materiali normativi si offrono paritariamente all'operatore perché in essi, unitariamente considerati, possa cogliere quanto di meglio in sé racchiudono al servizio dei diritti in gioco.

Questa indicazione metodico-teorica tarda ad affermarsi; e, tuttavia, non può tacersi (e tengo qui nuovamente a rimarcare) che la giurisprudenza, tanto la nazionale quanto l'europea, ne dà non poche, seppur frammentarie, conferme. Basti solo al riguardo rammentare che il canone della miglior tutela trova esplicito riscontro nell'art. 53 sia della CEDU che della Carta di Nizza-Strasburgo, come pure (seppur implicitamente) nella Costituzione (specificamente negli artt. 2 e 3, nel loro fare "sistema" con gli artt. 10 e 11) ed ha avuto ripetuto richiamo nelle pronunzie delle Corti (in ispecie, con riferimento al nostro giudice costituzionale, nella nota [sent. n. 317 del 2009](#) e succ., laddove per vero è riferito ai soli rapporti tra CEDU e leggi nazionali, pur possedendo a mia opinione, come si dirà a momenti, generale valenza).

L'esame delle vicende in circolo, tanto per i profili istituzionali (specificamente inerenti alla giurisdizione) quanto per quelli di merito (concernenti gli indirizzi della giurisprudenza), converte dunque la *prospettiva statica*, che fa oggetto di osservazione i singoli ordinamenti separatamente considerati, in *dinamica* e porta naturalmente all'integrazione delle Carte e degli interi ordinamenti sulle stesse fondati.

È per questa ragione che l'interpretazione – come vado dicendo da tempo – o è *circolarmente conforme* oppure semplicemente non è¹⁶. Paritaria essendo, a mia opinione, la condizione delle Carte¹⁷, ciascuna di esse in punto di diritto potendo offrire la miglior tutela in ragione del caso, se ne

¹⁴ Tra gli altri miei scritti in cui il concetto è rappresentato, v. *Primato del diritto dell'Unione europea in fatto di tutela dei diritti fondamentali?*, in *Quad. cost.*, 4/2015, 931 ss., spec. 941 ss.

¹⁵ ... secondo quanto patrocinato dalla comune opinione [riferimenti, tra i molti altri, in A. SPADARO, [Sull'aporia logica di diritti riconosciuti sul piano internazionale, ma negati sul piano costituzionale. Nota sulla discutibile "freddezza" della Corte costituzionale verso due Carte internazionali: la CSE e la CEAL](#), in [Consulta OnLine](#), 2/2015, 3 giugno 2015 e, dello stesso, ora, *La "cultura costituzionale" sottesa alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, fra modelli di riferimento e innovazioni giuridiche*, in AA.VV., *La Carta dei diritti dell'Unione Europea e le altre Carte (ascendenze culturali e mutue implicazioni)*, a cura di L. D'Andrea - G. Moschella - A. Ruggeri - A. Saitta, Giappichelli, Torino 2016, 9 ss., spec. 55 ss.; pure *ivi*, C. SALAZAR, *I diritti sociali nel "gioco delle tre Carte": qualche riflessione*, 217 ss. e L. D'ANDREA, *A mo' di sintesi: ordinamento europeo e costituzionalismo contemporaneo*, 299 ss., spec. 314 ss. (che preferisce discorrere, piuttosto che di una tutela maggiormente intensa, di una "più equilibrata"); G.M. SALERNO, *I diritti fondamentali tra le tradizioni costituzionali comuni e i controlimiti a tutela dell'identità costituzionale*, in *Il Filangieri*, Quad. 2014 su *Unione europea e principi democratici*, Jovene, Napoli 2015, 103 ss.; L. CAPPUCIO, *La massima espansione delle garanzie tra Costituzione nazionale e Carte dei diritti*, in *Scritti in onore di G. Silvestri*, I, cit., 412 ss.; pure *ivi*, G. D'AMICO, *La massima espansione delle libertà e l'effettività della tutela dei diritti*, 706 ss. e C. PANZERA, *Rispetto degli obblighi internazionali e tutela integrata dei diritti sociali (prime notazioni)*, II, 1659 ss., spec. 1664 ss.].

¹⁶ Una critica stringente alla posizione metodico-teorica qui nuovamente patrocinata in tema d'interpretazione (e, segnatamente, d'interpretazione conforme) può, ancora di recente, vedersi in M. LUCIANI, *Interpretazione conforme a Costituzione*, in *Enc. dir.*, Ann., IX (2016), 391 ss., spec. 453 ss., cui mi sono sforzato di replicare nel mio *A difesa della idoneità delle norme euorunitarie a derogare a norme costituzionali sostanziali e della "europeizzazione" dei controlimiti*, in [www.forumcostituzionale.it](#), 21 luglio 2016 e in AA.VV., *I controlimiti. Primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali*, a cura di A. Bernardi e R. Bin, in corso di stampa per i tipi della Jovene.

¹⁷ Come si è tentato di mostrare in altri scritti e ora pure si viene dicendo, la questione relativa al "posto" detenuto dalle Carte nel sistema delle fonti non è qui riguardata in prospettiva formale-astratta e da un angolo visuale esterno all'ordine nazionale bensì in prospettiva assiologico-sostanziale e dal punto di vista della stessa Costituzione e, segnatamente, dei valori fondamentali di libertà ed eguaglianza nel loro fare "sistema" coi valori fondamentali restanti, trattandosi di stabilire di volta in volta quale Carta (o, meglio quale sua norma o insieme di norme) sia in grado di portare all'esito di innalzare il livello della tutela dei diritti e, in genere, degli interessi costituzionalmente protetti, essi pure visti

ha che nessuna di esse può vantare *a priori* l'insana pretesa a disporsi in sovrana solitudine in testa ad una ideale piramide ed a presentarsi perciò quale punto apicale di riferimento in sede d'interpretazione delle Carte restanti. Piuttosto, questa posizione di *primauté* deve conquistarsela – se ne è capace – sul campo¹⁸.

Ora, è interessante notare che al medesimo esito finisce col pervenire la stessa giurisprudenza costituzionale, appunto facendo richiamo al principio della miglior tutela e sia pur muovendo da premesse metodico-teorico non poco distanti da quelle sulle quali poggia la ricostruzione qui nuovamente proposta. Pur assumendo, infatti, la Consulta che la Costituzione ha rango sovraordinato rispetto alla CEDU ed alle altre Carte dei diritti (fonti, tutte, come si sa, considerate “interposte”) e, limitatamente ai soli principi fondamentali (ai c.d. “controlimiti”), rispetto alla Carta dell'Unione ed al diritto eurounitario in genere, ugualmente ammette (e non da ora: v. [sent. n. 388 del 1999](#)) che tutte tali Carte (Costituzione compresa!) “*si integrano reciprocamente nella interpretazione*”. Ed è chiaro che in siffatto loro mutuo combinarsi e fondersi nei fatti interpretativi la gerarchia può, sì, affermarsi ma solo *al piano culturale*, ciascuna Carta essendo sollecitata a mettere in campo quanto di più e di meglio ha da offrire al servizio dei diritti.

D'altro canto, nel momento stesso in cui si riconosce – come, si è veduto, riconosce lo stesso giudice delle leggi (nella già richiamata [sent. n. 317 del 2009](#)) – che il primato spetta non già, per sistema, a questa o quella *fonte* bensì alla *norma* (o, meglio, al *sistema di norme*) in grado di portare più in alto il livello della tutela dei diritti in campo, si è già messa da canto la prospettiva d'inquadramento sistematico d'ispirazione formale-astratta (che ha riguardo alle *fonti*), soppiantata da una prospettiva assiologico-sostanziale, che si fa cura di osservare le *norme* al fine di verificare quali di esse possano servire al meglio il caso, nelle sue complessive esigenze.

Quest'esito, dalla giurisprudenza costituzionale raggiunto con specifico riguardo ai rapporti tra CEDU e diritto interno, è a parer mio generalizzabile: vale, cioè, in primo luogo, a qualunque piano di esperienza, tanto dunque laddove si abbia riguardo ai rapporti tra diritto interno e diritto eurounitario, tra quest'ultimo e il diritto convenzionale e, infine, anche nei rapporti tra norma e norma nazionale, *senza preclusione alcuna* (e così, per strano che possa per più versi sembrare, non può neppure escludersi per un assiomatico pregiudizio che una norma di legge comune possa innalzare il livello della tutela di un diritto, nel suo fare “sistema” coi diritti e beni della vita in genere, rispetto al modo con cui la tutela stessa è prefigurata in Costituzione; e, se può farlo una legge comune, perché non pure una di esecuzione di una Carta di origine esterna?).

In secondo luogo, poi – per ciò che qui maggiormente importa – vale, come si diceva, ancora prima del raffronto tra le norme bell'e fatte, nei processi interpretativi che portano alla loro individuazione

nel loro comporsi in “sistema” in ragione dei casi. Resta, dunque, fuori dell'ordine concettuale nel quale si situa questa riflessione la questione se la Carta di Nizza-Strasburgo abbia, o no, la stessa forza e la condizione complessiva del Trattato che pure ad essa fa richiamo (su di che, ancora di recente, L.S. ROSSI, “*Stesso valore giuridico dei trattati?*” *Rango, primato ed effetti diretti della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in *Dir. Un. Eur.*, 2/2016, 329 ss.).

¹⁸ Su ciò i punti di vista degli studiosi restano ad oggi non poco discordi, per quanto – ad onor del vero – gravati da un preorientamento ora favorevole ed ora avverso in ordine al ruolo complessivo che questa o quella Carta può esercitare ed effettivamente esercita al servizio dei diritti. Intendo dire che chi, ad es., nutre non poche riserve e diffidenze in merito alla tutela che può venire dall'Unione (e, specificamente, dalla giurisprudenza della Corte di giustizia) e, più ancora, dalla CEDU (e dalla Corte di Strasburgo) ai diritti sociali è portato, di conseguenza, a manifestare siffatte riserve e diffidenze in occasione dell'esame di ogni questione relativa ai diritti stessi (notazioni di vario segno al riguardo nella corposa ricerca su *Crisi economica e diritti sociali. Problemi e prospettive*, curata da S. Gambino, Giappichelli, Torino 2015). E così pure, dunque, in relazione ad altri diritti, rivisti sotto una certa luce piuttosto che un'altra a seconda dell'indirizzo nel quale il singolo studioso od operatore si riconosca. Varî punti di vista ed apprezzamenti dei benefici avuti dai diritti per mano della giurisprudenza europea possono ora vedersi in AA.VV., *Il filo delle tutele nel dedalo d'Europa*, a cura di E. Falletti e V. Piccone, Editoriale Scientifica, Napoli 2016 e, con specifico riguardo alla giurisprudenza EDU, in AA.VV., *CEDU e ordinamento italiano. La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e l'impatto nell'ordinamento interno (2010-2015)*, a cura di A. Di Stasi, Wolters Kluwer-Cedam, Padova 2016; quanto, poi, al ruolo esercitato dalla Carta (e dalla Corte) dell'Unione, v. AA.VV., *La Carta dei diritti dell'Unione europea e le altre Carte (ascendenze culturali e mutue implicazioni)*, cit., ed *ivi*, in merito alla tutela data ai diritti sociali, part. C. SALAZAR, *I diritti sociali nel “gioco delle tre Carte”*, cit., 217 ss. In argomento, v., inoltre, G.L. CECCHINI, *I diritti sociali nel quadro del diritto dell'Unione europea*, in *KorEuropa* (www.unikore.it), 7/2015.

e complessiva messa a punto, processi che dunque ricevono un preorientamento dal canone fondamentale che con vigore spinge alla ricerca della miglior tutela in ragione del caso.

Ora, è da chiedersi se giovi che il carattere dell'interpretazione circolarmente conforme alla luce della *Grundnorm* della miglior tutela riceva una sua essenziale "razionalizzazione" normativa che lo espliciti e, per ciò stesso, rafforzi. A rigore, non sarebbe necessario; in considerazione delle oscillazioni e timidezze espressive di certa giurisprudenza, potrebbe nondimeno apparire conveniente metterlo nero su bianco. Da una prospettiva ancora più ampia, è consigliabile un complessivo ripensamento ed aggiornamento dei canoni d'interpretazione che abbia nella comparazione e nell'apertura sovranazionale – come si diceva – il suo più saldo punto di riferimento¹⁹.

Solo così è infatti, a mia opinione, possibile cogliere la mutua influenza che gli indirizzi giurisprudenziali si fanno nei singoli campi materiali di esperienza, percepire cioè qual è la misura o il "grado" della stessa. Ciò che è, invero, oggettivamente assai arduo da stabilire, sol che si pensi che non di rado il segno che l'una Corte lascia sulla giurisprudenza dell'altra non è esteriormente visibile, dichiarato, e però nella sostanza ugualmente esistente, non avendosi talora espliciti richiami nelle pronunzie adottate da questa o quella Corte alle pronunzie di altre Corti.

Proprio questa, nondimeno, ai miei occhi appare essere la prospettiva d'indagine maggiormente feconda, bisognosa di essere coltivata per ogni ambito materiale di esperienza, che dunque sottopongo alla considerazione anche degli studiosi che oggi ci hanno offerto i primi risultati delle loro ricerche in corso.

4. L'interpretazione quale punctum crucis dei rapporti tra giudici e legislatore, e la (irresistibile?) tendenza della giurisdizione a farsi normazione: le conferme che se ne hanno negli ambiti materiali attraversati dalle indagini qui illustrate e la ricerca di un complessivo riequilibrio istituzionale che nondimeno si avvalga della congiunta e "leale cooperazione" di tutti gli operatori (esempi tratti dalle vicende della procreazione medicalmente assistita e delle unioni tra omosessuali)

Si è detto (e sarebbe questo un tratto caratterizzante l'esperienza inglese rispetto a quella italiana) che, dovendosi limitare nell'ordinamento del Regno Unito il giudice in caso d'insuccesso del tentativo d'interpretazione conforme a CEDU ad una *declaration of incompatibility*, rimettendosi quindi alle assemblee parlamentari per il ripristino della necessaria armonia, nell'ordinamento stesso "l'interpretazione conforme (a Convenzione) si situa dunque al crocevia dei rapporti tra il potere giudiziario ed il potere legislativo"²⁰.

In realtà, quest'affermazione, nei termini generali in cui è formulata, vale per qualunque tecnica decisoria e vale altresì anche per il nostro ordinamento. Ogni tecnica richiede, infatti, di essere osservata, per un verso, lungo il versante dei rapporti tra Corte ed altri giudici e, per un altro verso, lungo quello dei rapporti col legislatore.

Con specifico riguardo a quest'ultimo versante, entrambi i temi fatti oggetto di studio al piano delle tecniche, per il modo con cui queste ultime sono venute svolgendosi nel corso dell'esperienza, ripropongono in termini imperiosi un'antica e ad oggi irrisolta questione: se, cioè, la tutela dei diritti fondamentali, tanto laddove in concreto si risolve in una promozione di questi ultimi quanto che porti al loro, ora più ed ora meno vistoso, sacrificio in sede di bilanciamento con altri beni o interessi costituzionalmente protetti, possa o, addirittura, debba molte volte aversi col costo della giurisdizionalità della giurisdizione costituzionale e lo scivolamento di quest'ultima nel campo tradizionalmente considerato proprio del legislatore.

Debbo al riguardo far subito un'avvertenza, rilevando come la questione in parola sia ora ripresa non già nei suoi termini teorico-general, così com'è stato ai tempi della nota *querelle* tra Kelsen e

¹⁹ È di recente tornato a discutere di alcuni nodi teorici irrisolti in tema d'interpretazione M. NISTICÒ, *L'interpretazione giudiziale nella tensione tra i poteri dello Stato. Contributo al dibattito sui confini della giurisdizione*, Giappichelli, Torino 2015 [e, su di lui, volendo, il mio *In tema di interpretazione e di interpreti nello Stato costituzionale*, cit.].

²⁰ F. DELÙ, cit., 10 del paper.

Schmitt sul garante della Costituzione o in base ad altre dispute analoghe, persino molto risalenti nel tempo in ordine a ciò che è o che fa la “giurisdizione”. Qui, infatti, si fa esclusivo riferimento ad un contesto che non era immaginabile al tempo in cui i due grandi pensatori ora richiamati prospettavano i loro raffinati e penetranti ragionamenti in ordine a modi e forme della garanzia della Costituzione. Un contesto che si connota per una evoluzione della scienza e della tecnologia, idonea per la sua parte a lasciare un segno profondo, nel bene come nel male, sui diritti fondamentali e sulle aspettative di una tutela complessivamente appagante da essi avanzata e, ancora, per esperienze, quali il terrorismo internazionale o la crisi economica (su cui m'intratterò specificamente a breve) e per relazioni in seno alla Comunità internazionale e in organizzazioni, quale l'Unione europea, che – al di là di molti altri effetti cui danno vita e di cui non tocca ora dire – concorrono, tutte, a riproporre in termini inusuali la questione in discorso.

Quest'ultima, peraltro, per come è qui vista, si porta ben oltre l'*hortus conclusus* della giurisdizione costituzionale, finendo con l'investire ogni specie di giurisdizione, sia pure in forme peculiari per ciascuna di esse. Si ripropone, infatti, anche per quella europea (nelle sue diverse espressioni a Lussemburgo ed a Strasburgo), che tra l'altro sempre di più tende a somigliare ad una vera e propria giurisdizione costituzionale²¹, nonché per quella comune, sia di merito che di legittimità. Assai forte è infatti l'impressione che, ad ogni piano e in ogni sua forma, la giurisdizione si mostri insofferente a mantenersi appieno rispettosa delle regole che ne governano l'esercizio.

E però, così come non è concepibile uno scostamento della legislazione (e della normazione in genere) dalle metanorme prestabilite per il suo esercizio, parimenti non è accettabile una giurisdizione non rispettosa dei canoni relativi al proprio processo. Ciò che la rende appunto irricognoscibile come giurisdizione²².

Basti solo pensare ai casi, purtroppo non sporadici, in cui talune tecniche sono innaturalmente piegate ad usi impropri, così come si è fatto (e si fa) – per restare ad uno dei temi oggi discussi – con l'interpretazione conforme, che alle volte si traduce in una sostanziale, ancorché abilmente mascherata, manipolazione dei documenti ai quali si applica, nella loro riscrittura insomma (alle volte, anzi, si assiste ad una duplice e simultanea manipolazione sia dell'oggetto che del parametro²³, solo in tal modo rendendosi possibile – ma, appunto, in modo forzoso – la loro riconciliazione²⁴).

²¹ È vero che la Corte di Strasburgo – si vuol dire – è giudice del caso, ma è anche vero che le sue pronunzie (particolarmente alcune, espressive di principi) sempre più di frequente tendono a portarsi oltre il caso stesso, somigliando per più versi ad alcune specie di decisioni, quali le additive di principio, del giudice costituzionale. Con le dovute precisazioni, qualcosa di simile si ha anche per le pronunzie della Corte dell'Unione, quand'anche paiano circoscritte *quoad effectum* ai casi da cui traggono origine (tra i più attenti osservatori di queste vicende, tuttora connotate da fluidità e discontinuità di movenze e di orientamento, v. A. CERRI, *Corso di giustizia costituzionale plurale*, Giuffrè, Milano 2012; B. RANDAZZO, *Giustizia costituzionale sovranazionale. La Corte europea dei diritti dell'uomo*, Giuffrè, Milano 2012; D. TEGA, *I diritti in crisi. Tra Corti nazionali e Corte europea di Strasburgo*, Giuffrè, Milano 2012, spec. 63 e 143.

²² La più avvertita dottrina ha da tempo indirizzato un fermo richiamo al rispetto dei canoni che presiedono allo svolgimento dei giudizi di costituzionalità (per tutti, R. ROMBOLI, in molti scritti, tra i quali *Il diritto processuale costituzionale: una riflessione sul significato e sul valore delle regole processuali nel modello di giustizia costituzionale previsto e realizzato in Italia*, in *Scritti in onore di F. Modugno*, IV, Editoriale Scientifica, Napoli 2011, 2995 ss.; volendo, v. anche il mio *Il processo costituzionale come processo, dal punto di vista della teoria della Costituzione e nella prospettiva delle relazioni interordinamentali*, in *Riv. dir. cost.*, 2009, 125 ss.).

²³ Dei casi di manipolazione del parametro costituzionale da parte dell'organo che dovrebbe invece garantirne l'osservanza ho discusso più volte, a partire da *Linguaggio della Costituzione e parametri dei giudizi di costituzionalità*, in AA.VV., *Il parametro nel giudizio di costituzionalità*, a cura di G. Pitruzzella - F. Teresi - G. Verde, Giappichelli, Torino 2000, 525 ss.

²⁴ È pur vero che ogni medaglia ha due facce e che, per un verso, la duplice manipolazione, di cui si viene dicendo nel testo, prendo corpo non già, sul versante delle leggi, a mezzo di additive o sostitutive testuali bensì unicamente per via d'interpretazione. Non poche sono, infatti, le pronunzie di rigetto “secco”, con le quali la Corte fa dunque salvo il testo legislativo proprio grazie a siffatto duplice intervento creativo, fermo restando ovviamente che esso può registrarsi anche solo in relazione all'uno ovvero all'altro dei termini normativi della questione. Per un altro verso, poi, sono proprio le manipolazioni in parola a rendere *living* la Costituzione, dotandola di un moto incessante che ne assicura la rigenerazione semantica senza sosta.

Al piano delle tecniche, nondimeno, la tendenza della giurisdizione ad espandersi fino a valicare i confini suoi propri può, come si è veduto, essere, almeno in relazione ad alcuni profili, “razionalizzata”, dotandosi per via legislativa la giurisdizione degli stessi strumenti che essa si è forgiata per via giurisprudenziale, pur se – ove lo si giudichi opportuno – con talune non marginali correzioni.

Il difetto non è invece riparabile al piano sostanziale. Quand’anche, infatti, qui pure il legislatore dovesse intervenire e far proprie indicazioni venute dalla giurisprudenza, ciò non toglierebbe ugualmente il carattere creativo o – com’è stato chiamato da un’accreditata dottrina²⁵ – “normativo” di siffatti interventi; ed anzi proprio il fatto della loro “razionalizzazione” positiva, nondimeno accompagnata non di rado da non secondarie innovazioni, avvalora siffatto carattere²⁶. La qual cosa è tanto più rilevante e gravida di implicazioni istituzionali ove si consideri che si tratta di esperienze di cui si ha ormai pressoché quotidiano riscontro praticamente in ogni ambito materiale e per ogni specie di giurisprudenza.

Se questa è, dunque, una “regolarità” che, vistosa, si presenta agli occhi degli osservatori, imperioso ed inquietante viene allora a porsi l’interrogativo se si sia in presenza di una trasformazione o, diciamo pure, un vero e proprio *mutamento genetico* della giurisdizione, con effetti endemici ed irreparabili, oppure se si tratti solo di una accentuazione o, diciamo pure, esasperazione del modo suo proprio di essere e di esprimersi²⁷.

I ritardi e le complessive carenze che accompagnano e connotano l’operato del legislatore concorrono, ovviamente, per la loro parte a mettere ancora di più in evidenza la confusione dei ruoli e la loro frequente, mutua sovrapposizione. Un fenomeno, questo, che non è eliminato ma, tutt’al più, solo temperato dalla diversità degli effetti rispettivamente propri degli atti legislativi e di quelli giurisdizionali, segnatamente laddove questi ultimi diano luogo ad effetti circoscritti al caso.

Per un verso, infatti, resta ugualmente la manipolazione, per mano del giudice, della sostanza normativa racchiusa negli enunciati legislativi, tanto più poi gravida di negative implicazioni laddove dovesse avere ad oggetto – come si diceva – lo stesso parametro costituzionale, secondo quanto trova non di rado riscontro²⁸.

Per un altro verso, poi, non poche volte tendono a formarsi vere e proprie *consuetudini interpretative* largamente diffuse e vigorosamente convergenti verso il medesimo esito, un “diritto vivente” insomma foriero di innovazioni che, al tirar delle somme, assai da presso somigliano alle novità prodotte dalle leggi, pur non identificandosi con esse appieno.

I campi materiali su cui si situano le due indagini di merito i cui esiti ci sono stati oggi rappresentati offrono numerose testimonianze di quanto si è venuti dicendo: in ambito bioetico così come in quello dei diritti sociali, tra i quali principalmente proprio il diritto alla salute, si è infatti assistito a diffuse e significative “supplenze” dei giudici nei riguardi di un legislatore inerte ovvero al rifacimento di una normazione da quest’ultimo prodotta con gravi, complessive carenze²⁹.

²⁵ G. SILVESTRI, *Le sentenze normative della Corte costituzionale*, in *Scritti su la giustizia costituzionale in onore di V. Crisafulli*, I, Cedam, Padova 1985, 755 ss.; v., poi, nuovamente, la monografia, dietro già richiamata, di C. PANZERA.

²⁶ Assumendo, infatti, in tesi che la giurisprudenza non abbia innovato alla legislazione anteriore, è evidente che non v’è ragione alcuna perché la legislazione posteriore debba esplicitare ciò che ha già detto il giudice. Se, invece, lo fa è proprio perché vuol dar seguito alle novità introdotte dalla giurisprudenza stessa.

²⁷ Il carattere “creativo” (in senso lato) della giurisprudenza è – come si sa – da tempo rilevato da un’accreditata dottrina (riferimenti, ora, in G. STELLA, *Crisi della legge e potere del giudice. Considerazioni su un saggio di Otto Bachof*, in *Lo Stato*, 6/2016, 167 ss.; lo scritto di O. BACHOF, di seguito pubblicato nella stessa *Rivista*, 179 ss., ha per titolo *Grundgesetz e potere del giudice*). Non è tuttavia chi non veda la distanza che separa il contesto in cui è maturata la riflessione di questa risalente dottrina da quello del tempo presente, cui esclusivamente si riferiscono le notazioni qui svolte.

²⁸ Emblematiche, per tutte, la “riscrittura” del Titolo V operata dalla giurisprudenza costituzionale a seguito della revisione del 2001 o talune letture, temerarie per innovatività, prospettate da certa giurisprudenza comune del dettato costituzionale relativo alla famiglia, su cui si tornerà tra non molto.

²⁹ La cosa, ovviamente, si ripete in molti altri campi, anche in quelli – come il processo penale – nei quali gli interventi additivi e manipolativi in genere del giudice costituzionale o le stesse manipolazioni per via d’interpretazione dei giudici comuni dovrebbero, in ragione dei peculiari interessi in gioco, aversi con somma oculatezza e prudenza. Eppure non si

Sono questi i campi materiali nei quali la composizione dei diritti in sistema, sia *inter se* che in rapporto ad altri interessi costituzionalmente protetti, si presenta particolarmente problematica ed impegnativa, mettendosi in evidenza i limiti strutturali cui va incontro l'attività del legislatore per il fatto stesso di voler rendere stabile ciò che invece richiede continue messe a punto, ora alla luce degli sviluppi della scienza e della tecnologia ed ora in relazione ai mutamenti di contesto (specie per l'aspetto economico e sociale).

Non è un caso – a me pare – che la legge sulla procreazione medicalmente assistita varata nel 2004 sia stata fatta a pezzi dalla Consulta e che la stessa giurisprudenza costituzionale, in un noto caso recente (definito con [sent. n. 84 del 2016](#)), richiamato nello studio di C. Masciotta³⁰, abbia fatto luogo ad una particolare sottolineatura del ruolo della scienza, anche se muovendo da premesse teoriche mal poste e pervenendo quindi ad esiti ricostruttivi inaccettabili e, comunque, inappaganti per la stessa scienza, sacrificata in alcune sue aspettative specificamente riguardanti la ricerca scientifica³¹. Un ruolo che, ovviamente e specularmente, vale anche per le esperienze di fine-vita, secondo quanto è stato opportunamente messo in chiaro da una sensibile dottrina, alle quali consiglieri dunque di volgere lo sguardo facendo luogo ad uno studio in *tandem* che di tutte tali esperienze rilevi convergenze e divergenze³²; e vale, inoltre, per molte altre esperienze ancora, sulle quali non è adesso possibile intrattenersi.

La vicenda oggetto della pronunzia da ultimo richiamata è, poi, particolarmente istruttiva sotto più aspetti: per ciò che qui maggiormente importa, insegna che un assetto soddisfacente degli interessi in campo può essere raggiunto unicamente laddove la sua costruzione risulti il frutto della congiunta, “leale cooperazione” tra legislatore e giudici³³, all'uno toccando il compito di apprestare una disciplina duttile, *per essentialia*, a mezzo di statuizioni di principio che quindi si consegnino ai giudici (a *tutti* i giudici, costituzionali e comuni) perché nella cornice segnata dalle stesse e dandovi l'opportuno svolgimento facciano quindi luogo alla posizione delle regole di volta in volta adeguate in relazione alle complessive esigenze dei casi³⁴. Una produzione normativa, quella che si ha per mano dei giudici, che perciò non di rado comporta una vera e propria attività di *attuazione*, e non – come, invece, un'accreditata dottrina ritiene³⁵ – di mera *applicazione*, di un dettato legislativo

dimentichi che è solo grazie alla coraggiosa intraprendenza dei giudici stessi che talune vistose carenze del codice di rito hanno potuto essere colmate. Emblematica, per tutte, la notissima [sent. n. 113 del 2011](#): una pronunzia che – come si sa – si connota proprio per il suo essere portatrice di una nuova norma di principio, in linea con quello stile o modello di normazione, anche giurisprudenziale, duttile ed essenziale che – come si vedrà a momenti – si propone quale vincente al duplice fine dell'ottimale appagamento dei diritti e del mantenimento dell'equilibrio tra legislatore e giudici e tra giudici e giudici.

³⁰ ... al § 4 del *paper*.

³¹ Numerosi e penetranti i rilievi critici mossi alla pronunzia in parola [tra i molti altri e con notazioni di vario segno, v. i contributi che sono in *Biolaw Journal* (www.biodiritto.org), 2/2016, cui *adde* G. SORRENTI, *Note minime sul rapporto tra ius, ethos e scientia*, in AA.VV., *La procreazione medicalmente assistita. Bilancio di un'esperienza, problemi e prospettive*, Giornate di studio svoltesi Messina il 5 e 6 maggio 2016, a cura di S. Agosta e G. D'Amico, i cui Atti sono in corso di stampa].

³² Istruttiva l'indicazione di metodo che è nella approfondita analisi di S. AGOSTA, *Bioetica e Costituzione*, I, *Le scelte esistenziali di inizio-vita*, e II, *Le scelte esistenziali di fine-vita*, Giuffrè, Milano 2012, seguita da numerosi altri studi dello stesso a.

³³ ... e di entrambi – come si viene dicendo – con gli scienziati e gli esperti in genere [sull'influenza, alle volte determinante, che questi ultimi possono esercitare sull'attività degli operatori di diritto (e, segnatamente, dei giudici), v., tra gli altri, G. SILVESTRI, *Scienza e coscienza: due premesse per l'indipendenza del giudice*, in *Dir. pubbl.*, 2/2004, 411 ss.; S. PENASA, *Giudice “Erocle” o giudice “Sisifo”?* *Gli effetti del dato scientifico sull'esercizio della funzione giurisdizionale in casi scientificamente connotati*, in www.forumcostituzionale.it, 17 dicembre 2015; S. AGOSTA, *Spingersi dove neppure alle più avanzate acquisizioni tecnico-mediche è consentito: la sfida del diritto all'epoca della rivoluzione biologica*, in www.rivistaaic.it, 1/2014, 24 gennaio 2014, spec. al § 2; M. D'AMICO, *I diritti contesi. Problematiche attuali del costituzionalismo*², FrancoAngeli, Milano 2016, 83 ss.; AA.VV., *La medicina nei tribunali*, a cura di L. Chieffi, Cacucci, Bari 2016].

³⁴ Mi sono più volte dichiarato a favore di questa indicazione teorica (ad es., in [Linguaggio del legislatore e linguaggio dei giudici, a garanzia dei diritti fondamentali](#), in [Consulta OnLine](#), III/2015, 13 novembre 2015, 769 ss.).

³⁵ Così, M. LUCIANI, *Funzioni e responsabilità della giurisdizione. Una vicenda italiana (e non solo)*, in www.rivistaaic.it, 3/2012, 3 luglio 2012, spec. al § 4, ma *passim*, e, dello stesso, *Garanzie ed efficienza nella tutela*

nondimeno bisognoso di venire alla luce e di mostrarsi capace di dare un adeguato orientamento agli interventi dei giudici ad esso funzionalmente connessi.

La questione del mantenimento dell'equilibrio tra politica e giurisdizione³⁶ si salda, poi, all'altra di un ulteriore equilibrio interno alle manifestazioni appartenenti sia all'una che all'altra attività e, perciò, tra le sedi istituzionali in cui esse prendono forma.

Il modello vincente è, a mia opinione, quello della *federalizzazione delle pubbliche funzioni* in genere e, di conseguenza, della *federalizzazione dei diritti*: tanto per ciò che attiene al piano degli interventi posti in essere dagli organi della direzione politica quanto in relazione a quelli di cui si rendono artefici i giudici, ovunque venendosi a formare “catene” di atti funzionalmente connessi e convergenti al medesimo fine³⁷. Un modello, perciò, in cui gli spostamenti di sovranità dagli Stati all'Unione non si traducano in un impoverimento dei primi a tutto vantaggio della seconda bensì in una congiunta assunzione di responsabilità degli uni e dell'altra, seppur in forme e con effetti inusuali rispetto al passato, tutti gli enti in campo essendo chiamati a spendersi in vista dell'ottimale appagamento dei beni della vita e degli interessi in genere meritevoli di tutela. Allo stesso modo, anche le Corti sono sollecitate dagli atti politico-normativi a produrre plurimi ed incisivi interventi al loro servizio: le Corti europee e costituzionali assai di frequente dotando le loro decisioni di formule di principio, strutturalmente aperte, cui quindi possano raccordarsi le decisioni dei giudici comuni contenenti le regole di volta in volta maggiormente adeguate ai casi.

È chiaro, però, che il modello “tiene” alla condizione che tutti facciano la loro parte fino in fondo, laddove ad oggi diffuse e gravi sono le carenze riscontrabili in più punti di questo unitario percorso, a partire proprio da quelli iniziali delle “catene” in cui dovrebbero situarsi gli atti legislativi che però molte volte in tutto o in larga misura fanno difetto.

Attraverso il fattivo e solidale impegno di tutti gli operatori può rendersi possibile, unitamente al conseguimento dell'equilibrio suddetto, la riconciliazione tra diritto e scienza, dandosi modo al primo di tenere il passo della seconda, sì da recepirne prontamente le indicazioni e portarle a frutto, specie nelle più complesse e spinose vicende processuali, filtrandole nondimeno accuratamente alla luce dei principi costitutivi dell'etica pubblica repubblicana³⁸.

giurisdizionale, in www.rivistaaic.it, 4/2014, 10 ottobre 2014, e, su di lui, però, i rilievi di R. BIN, in più scritti, tra i quali *I principi costituzionali: uso e applicazioni*, in *Roma e America. Diritto romano comune*, 34/2013, 215 ss., spec. 224 ss.

³⁶ ... sul cui vitale rilievo ha, ancora da ultimo, richiamato l'attenzione S. STAIANO, *La riservatezza come “nuovo diritto”*, relaz. alle IX Giornate italo-spagnolo-brasiliane di diritto costituzionale su *El derecho a la intimidad* svoltesi il 22 e 23 settembre scorso presso l'Università Carlos III di Madrid.

³⁷ I lineamenti di questo modello possono, volendo, vedersi tracciati nel mio *Il futuro dei diritti fondamentali: viaggio avventuroso nell'ignoto o ritorno al passato?*, in www.federalismi.it, 4/2013, 15 febbraio 2013, spec. ai §§ 6 e 7. Una “effettiva ‘federalizzazione’ del sistema politico e, probabilmente, anche di quello sindacale” è ora propugnata anche da A. GUAZZAROTTI, *La legge dei numeri e la sua forza disgregatrice*, in AA.VV., *La legge dei numeri. Governance economica europea e marginalizzazione dei diritti*, a cura di C. Bergonzini - S. Borelli - A. Guazzarotti, Jovene, Napoli 2016, 189.

³⁸ È stato, ancora di recente, opportunamente rilevato che “nemmeno l'oggettività della scienza e il sapere di eruditi specialisti potrebbe esaurire l'insieme delle valutazioni e delle scelte che, in un ordinamento fondato su una Costituzione ricca di principi, sono invariabilmente di natura assiologica” (G. SORRENTI, *Note minime sul rapporto tra ius, ethos e scientia*, cit., § 3).

Il rapporto tra etica, scienza e diritto è fatto oggetto da tempo di controverse valutazioni: tra gli altri, v. A. SPADARO, *Sulle tre forme di “legittimazione” (scientifica, costituzionale e democratica) delle decisioni nello Stato costituzionale contemporaneo*, in AA.VV., *Bio-tecnologie e valori costituzionali. Il contributo della giurisprudenza costituzionale*, a cura di A. D'Aloia, Giappichelli, Torino 2005, 575 ss.; AA.VV., *Percorsi tra bioetica e diritto. Alla ricerca di un bilanciamento*, a cura di L. Chieffi - P. Giustiniani, Giappichelli, Torino 2010; E. CASTORINA, *Scienza, tecnica e diritto costituzionale*, in www.rivistaaic.it, 4/2015, 30 ottobre 2015; M. CARTABIA, “Nuovi diritti” e leggi imperfette, in *Iustitia*, 2/2016, 153 ss. Con particolare attenzione alla giurisprudenza costituzionale, G. D'AMICO, *La Corte e lo stato dell'arte (prime note sul rilievo del progresso scientifico e tecnologico nella giurisprudenza costituzionale)*, in AA.VV., *Il giudizio sulle leggi e la sua “diffusione”*, cit., 431 ss., e, dello stesso, *Scienza e diritto nella prospettiva del giudice delle leggi*, SGB, Messina 2008; S. PENASA, *Il dato scientifico nella giurisprudenza della Corte costituzionale: la ragionevolezza scientifica come sintesi tra dimensione scientifica e dimensione assiologica*, in *Pol. dir.*, 2/2015, 271 ss. e, dello stesso, *Le “scientific questions” nella dinamica tra discrezionalità giurisdizionale e legislativa. Uno studio comparato sul giudizio delle leggi scientificamente connotate nelle giurisdizioni nazionali, sovranazionali e internazionali*, in *Biolaw*

Il bisogno di una disciplina legislativa *per principia* si ha altresì in ambiti materiali meno soggetti all'influenza dello sviluppo scientifico e tecnologico ma esposti al vento impetuoso di un rinnovamento culturale che si riscontra in seno alla società. Così è per l'ambito in cui si radicano gli interessi che fanno capo alle coppie composte da persone dello stesso sesso, al cui studio si è parimenti dedicata C. Masciotta³⁹. Qui pure, infatti, la varietà delle situazioni e dei bisogni in esse emergenti richiede interventi sia del legislatore che dei giudici mirati e congrui rispetto ai singoli casi; ed è proprio su ciò che – come si viene dicendo – consiglieri di fermare particolarmente l'attenzione negli sviluppi degli studi i cui primi risultati ci sono stati poc'anzi illustrati, ragionando su quali scenari potrebbero delinearci (per mano sia del legislatore che dei giudici) in vista dell'ottimale appagamento di tutti i beni della vita costituzionalmente protetti.

Faccio solo un paio di esempi al fine di dare un minimo di concretezza al discorso che vado facendo, muovendo dalla premessa – su cui, come si sa, la giurisprudenza costituzionale è ferma, resistendo agli attacchi mossile da un'agguerrita dottrina ed avvalendosi però del sostegno di altri, non meno pugnaci studiosi – secondo cui alle coppie omosessuali non è consentito l'accesso al matrimonio e che, perciò, la disciplina giuridica della loro condizione non può essere *in tutto e per tutto* identica a quella della coppia coniugata, la sola abilitata a dar vita ad una “famiglia”, ai sensi di cui all'art. 29 cost.⁴⁰. Può (e deve), piuttosto, essere *somigliante* a quella di quest'ultima, tant'è che, ove ci si trovasse in presenza di una irragionevole discriminazione – ha tenuto a precisare la nota [sent. n. 138 del 2010](#) –, la disciplina legislativa che dovesse esserne causa si esporrebbe al rischio della propria caducazione. E, però, la sanzione potrebbe altresì aversi nel caso inverso dell'arbitraria parificazione. Si tratta, dunque, di stabilire quali sono gli ambiti di esperienza nei quali dell'una e dell'altra eventualità potrebbe aversi riscontro; e – ciò che più conta – si tratta di stabilire quale sia il criterio o il parametro che consenta di riconoscere tanto i casi di irragionevole omologazione delle situazioni quanto quelli di irragionevole differenziazione positiva.

Dalla prospettiva ora adottata, la legge n. 76 del 2016 parrebbe comunque esibire carenze non poche né lievi che la espongono al rischio suddetto.

Si consideri, ad es., la condizione del transessuale coniugato.

Senza ora riprendere *funditus* una questione – come si sa – animatamente discussa e sulla quale, peraltro, ho già avuto modo di manifestare il mio punto di vista in altri luoghi, è interessante notare almeno due cose.

Per un verso, infatti, si ha qui una delle non rare testimonianze di “seguito” infedele dato dal giudice comune (segnatamente dalla sent. n. 8097 del 2015 della prima sezione civile della Cassazione) alla [sent. n. 170 del 2014](#) della Consulta⁴¹, la quale mostra di non aver alcuna esitazione

Journal (www.biodiritto.org), 1/2016, 39 ss. Quanto, poi, ai segni lasciati dalla scienza nei giudizi comuni, v., per tutti, R. CONTI, *I giudici ed il biodiritto. Un esame concreto dei casi difficili e del ruolo del giudice di merito, della Cassazione e delle Corti europee*², Aracne, Roma 2014. Con specifico riguardo alle esperienze d'inizio-vita, oltre allo studio monografico di S. AGOSTA sopra richiamato, v. L. FERRAJOLI, *Diritti fondamentali e bioetica. La questione dell'embrione*, in AA.VV., *Trattato di biodiritto. Ambito e fonti del biodiritto*, a cura di S. Rodotà - M. Tallacchini, Giuffrè, Milano, 2010, 231 ss.; S. PENASA, *La legge della scienza: nuovi paradigmi di disciplina dell'attività medico-scientifica. Uno studio comparato in materia di procreazione medicalmente assistita*, Editoriale Scientifica, Napoli 2015 e, ora, i contributi alle Giornate di studio su *La procreazione medicalmente assistita. Bilancio di un'esperienza, problemi e prospettive*, cit.

³⁹ ... spec. al § 3 del paper.

⁴⁰ Per questa ragione, è giusto – a me pare – non trascrivere nel nostro Paese matrimoni contratti all'estero dagli omosessuali, mentre opportuna appare essere la loro “conversione” in unioni civili, secondo quanto è stabilito dalla legge che riguarda queste ultime (sulla vessata questione, di recente, G. PUMA, *Trascrizione degli atti di matrimonio omosessuale celebrato all'estero alla luce della CEDU*, in *Dir. pubbl. comp. ed eur.*, 2/2016, 395 ss.). E, sempre per la medesima ragione, non è, di conseguenza, possibile trascrivere atti di nascita della prole generata all'estero da persone dello stesso sesso, secondo quanto si vedrà a breve.

⁴¹ In realtà, l'esperienza esibisce un quadro assai articolato e composito di “seguiti” alle pronunzie della Corte, tra i quali si danno appunto quelli cui si fa ora riferimento nel testo. Studi accurati in materia si devono a E. LAMARQUE, che ha altresì coordinato, per conto della Corte costituzionale, la ricerca su *Il seguito delle decisioni interpretative e additive di principio della Corte costituzionale presso le autorità giurisdizionali*, in www.cortecostituzionale.it; della stessa E. LAMARQUE, v., inoltre, *Corte costituzionale e giudici nell'Italia repubblicana*, Laterza, Roma-Bari 2012. Utili indicazioni

nel considerare non consentito il matrimonio tra persone dello stesso sesso, laddove la decisione della Cassazione stranamente fa luogo alla invenzione di un istituto che non c'è (e non può esservi...), il *matrimonio a tempo*, considerando perdurante il vincolo coniugale esistente in seno alla coppia ormai divenuta dello stesso sesso⁴² (rammento qui di passaggio che la “famiglia” in questione nel frattempo, in forza dell'entrata in vigore della legge 76, si è convertita in unione civile).

Per un altro verso, proprio perché la coppia in parola presenta – per riprendere una nota espressione del giudice delle leggi – un “pregresso vissuto” del tutto peculiare, se ne ha – ed è ciò che qui maggiormente importa – che essa meriterebbe un trattamento parimenti peculiare, del quale nondimeno non si ha traccia nella legge venuta qualche mese addietro alla luce. Insomma, si avrebbe qui una sorta di *tertium genus* tra famiglia, nella sua propria e ristretta accezione, ed unione, che non saprei come chiamare e che tuttavia reclama un suo proprio regime giuridico, oppure può dirsi che si sia in presenza di una unione *sui generis*, che pertanto richiede un suo proprio trattamento normativo. Forse, dunque, non sarebbe male un supplemento di riflessione su questo punto.

La vicenda è, poi, assai istruttiva per un altro aspetto, ad oggi non adeguatamente studiato anche dalla più avveduta dottrina; e mostra come possa assistersi a manipolazioni non soltanto dei prodotti legislativi da parte di questo o quel giudice ma anche di quelli dell'un operatore di giustizia da parte di altri operatori. Ciò che è, appunto, particolarmente gravido di implicazioni laddove si tratti dei “seguiti” dati alle pronunzie della Consulta, venendo talora a determinarsi delle sostanziali “impugnazioni”, ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 137, ult. c., pur se più o meno abilmente mascherate e sapientemente argomentate⁴³.

Ora, davanti a siffatte esperienze la giustizia costituzionale non resta, in punto di astratto diritto, comunque priva di garanzie; e basterebbe al riguardo solo considerare la eventualità che il giudice costituzionale esperisca conflitto di attribuzioni, *sub specie* di conflitto da menomazione, davanti a se stesso a presidio del proprio giudicato disatteso in sede di esecuzione. Sta di fatto, però, che ogni pronunzia del giudice stesso (anche, dunque, quella con cui è accertata la violazione del giudicato in parola) ha pur sempre bisogno di “seguiti” adeguati e fedeli al fine di potersi implementare nell'esperienza. Ogni intervento del giudice delle leggi si situa, infatti, in uno spazio (anche temporale) intermedio tra un atto d'iniziativa di un operatore che ne sollecita la formazione e un atto di esecuzione, col quale solo, a conti fatti, l'operazione di giustizia costituzionale può sortire gli effetti avuti di mira. Talora, poi, l'atto in parola dovrebbe qualificarsi non già di mera *esecuzione* bensì di *attuazione*, essendo chiamato a svolgere ed integrare talune indicazioni di principio somministrate dalla Corte: in siffatte evenienze, quali appunto si hanno in presenza di additive di principio, l'operazione di giustizia costituzionale appare essere una sorta di *work in progress*, perfezionandosi dunque presso le sedi nelle quali si esercita la giurisdizione comune.

Sappiamo, nondimeno, che ad oggi il giudice costituzionale preferisce – con accortezza e prudenza talvolta però eccessive – non esasperare i conflitti con gli altri attori istituzionali che abbiano dato a vita a seguiti distorti dei verdetti adottati presso la Consulta o addirittura che vi si siano frontalmente contrapposti, limitandosi a minacciare, senza mettere in pratica, il ricorso davanti a se stesso; e proprio la vicenda del transessuale, appena richiamata, ne dà emblematica, eloquente testimonianza (ma molte altre nel medesimo senso potrebbero essere al riguardo richiamate; e basti solo pensare, nuovamente, al caso di cui alla [sent. n. 10 del 2015](#), già richiamata).

possono altresì aversi dai contributi riuniti in “Effettività” e “seguito” delle tecniche decisorie della Corte costituzionale, a cura di R. Bin - G. Brunelli - A. Pugiotto - P. Veronesi, ESI, Napoli 2006.

⁴² La Cassazione si è al riguardo rifatta alla indicazione di una sensibile dottrina [B. PEZZINI, *A prima lettura (la sent. 170/2014 sul divorzio imposto)*, in www.articolo29.it, 15 giugno 2014], che ha – come si sa – alimentato un fitto dibattito.

⁴³ Alla “impugnazione” di cui è parola nel disposto ora richiamato può infatti ricondursi ogni forma di frustrazione degli effetti del giudicato costituzionale, secondo quanto si è tentato di mostrare nel mio *Storia di un “falso”. L'efficacia inter partes delle sentenze di rigetto della Corte costituzionale*, Giuffrè, Milano 1990, spec. 77 ss., con le ulteriori precisazioni che sono in *Ripensando alla natura della Corte costituzionale, alla luce della ricostruzione degli effetti delle sue pronunzie e nella prospettiva delle relazioni con le Corti europee*, in AA.VV., *La Corte costituzionale vent'anni dopo la svolta*, a cura di R. Balduzzi - M. Cavino - J. Luther, Giappichelli, Torino 2011, 349 ss.

Il secondo esempio riguarda la vessata questione del riconoscimento del diritto di adozione a beneficio delle coppie omosessuali civilmente unite.

Qui pure non giova rievocare neppure in sunto i termini essenziali di un dibattito, come si sa, assai animato tra gli studiosi e che però con una certa stanchezza e ripetitività di argomenti si trascina da tempo. Mi limito solo a rammentare che, ancora una volta, nel silenzio della legge, una giurisprudenza comune ogni giorno crescente e sempre più agguerrita ha riconosciuto il diritto in parola ma non nella sua forma piena (c.d. “legittimante”).

Ora, a mia opinione, possono darsi alcuni casi in cui siffatto riconoscimento potrebbe *pleno iure* aversi a mezzo di un’addizione normativa operata dalla Consulta. Si pensi, ad es., al minore che sia stato amorevolmente accudito, dopo esser rimasto orfano dei genitori, da un parente stretto che sia civilmente unito ad altro soggetto dello stesso sesso oppure al minore che sin dalla nascita o dalla più tenera età sia stato allevato, oltre che dal genitore naturale, da un soggetto a quest’ultimo civilmente unito e che rischi di restare orfano a causa di una grave malattia che abbia colpito il genitore stesso. E via dicendo.

Pronta è l’obiezione secondo cui in tal modo si avrebbe, in buona sostanza, la pressoché totale parificazione tra la famiglia, nella sua ristretta e propria accezione, e la peculiare formazione sociale di cui ora si discorre, col conseguente aggiramento del precetto di cui all’art. 29 della Carta; tanto più, poi, ove dovesse accedersi alla tesi, nella quale ho già altrove dichiarato di riconoscermi⁴⁴, per cui anche sui soggetti civilmente uniti grava l’obbligo di fedeltà che – come si sa – è proprio dei coniugi. Una previsione in tal senso, come pure è noto, fa difetto nella legge 76 ma a me sembra linearmente e necessariamente discendente dal generale dovere di salvaguardare la dignità della persona, secondo quanto si vedrà ancora meglio a momenti. Delle due allora l’una: o si ritiene essere l’obbligo in parola consustanziale al rapporto di coppia che connota anche i soggetti civilmente uniti, con la conseguenza che la previsione in discorso sarebbe da considerare implicita e caratterizzante l’intero impianto disegnato nella legge stessa, oppure siffatta lacuna è da qualificare come incostituzionale, sì da giustificare una declaratoria in tal senso da parte della Consulta.

Quand’anche, tuttavia, con riguardo al caso ora discusso, dovesse concludersi nel senso di una parificazione di regime non consentita dall’art. 29, ugualmente essa potrebbe trovare spazio per affermarsi in sede di bilanciamento assiologicamente ispirato tra i beni della vita in campo in nome dell’interesse preminente del minore che, malgrado alcune riserve ancora da ultimo rinnovate da una sensibile dottrina⁴⁵, seguita stabilmente ad informare la soluzione delle più spinose e laceranti questioni di diritto di famiglia, consolidandosi dunque nel diritto vivente quale l’autentica stella polare, il *Grundwert*, che illumina e guida il non di rado sofferto cammino degli operatori chiamati a farsi carico delle questioni stesse⁴⁶.

Quelli sopra prefigurati costituiscono, nondimeno, casi da considerare come eccezionali rispetto alla regola che vuole private del diritto di adozione le coppie in parola; e casi che, proprio a motivo

⁴⁴ [Unioni civili e convivenze di fatto: “famiglie” mascherate? \(Nota minima su una questione controversa e sulla sua discutibile risoluzione da parte della legge n. 76 del 2016\)](#), in [Consulta OnLine](#), II/2016, 16 giugno 2016, 259.

⁴⁵ E. LAMARQUE, *Prima i bambini. Il principio dei best interests of the child nella prospettiva costituzionale*, FrancoAngeli, Milano 2016.

⁴⁶ Al superiore interesse del minore ha fatto appello Cass., I sez. civ., depositata proprio oggi 30 settembre 2016, n. 19599, al fine di consentire la trascrizione dell’atto di nascita di una minore nata dalla relazione di due donne coniugate in Spagna, il cui matrimonio è stato nel frattempo sciolto; matrimonio che tuttavia – come si poc’anzi fatto notare – non avrebbe potuto, né oggi potrebbe, essere trascritto nel nostro Paese, così come non può essere, in base alla legislazione da noi in vigore, trascritto l’atto di nascita da cui risulti avere la minore stessa due madri. D’altro canto, essendo nel frattempo venuta meno la relazione affettiva tra le donne, neppure potrebbero farsi valere le norme che disciplinano da noi le unioni civili. Dunque, la persona non partoriente non può nel nostro Paese rivendicare i diritti ovvero essere gravata degli oneri facenti capo alle persone già coniugate ovvero civilmente unite. È tuttavia da vedere se, appunto in nome del superiore interesse della minore, sia giusto che i rapporti da quest’ultima intrattenuti con la donna che considerava propria madre, né più né meno di quella che l’ha partorita, siano bruscamente interrotti; ciò che potrebbe comportare grave nocimento alla serena crescita della minore stessa. Come sempre, spetta al giudice sbrogliare questa intricata matassa, il quale peraltro, non ritenendo di potervi riuscire con le sue sole forze, potrebbe chiamare in soccorso la Consulta affinché ponga mano ad un’additiva di principio alla normativa vigente nel senso sollecitato dal giudice stesso.

della peculiarità delle vicende che li connotano, richiedono, a mio modo di vedere, di essere fatti oggetto di quella normazione *per principia*, cui si faceva poc'anzi cenno, accompagnata da una “delega” a beneficio dei giudici perché apprezzino le circostanze meritevoli di essere riportate sotto la scudo protettivo della normazione suddetta, comunque bisognose di accertamento con somma oculatezza e prudenza.

Molti altri esempi, ovviamente, possono essere addotti a conferma di quest'assunto, ma non è questo – com'è chiaro – il luogo giusto per farne oggetto di analitico esame. Mi limito solo al riguardo a rinnovare, ancora una volta, l'invito a prestare attenzione alle esperienze maturate in altri ordinamenti, tenendo allo stesso tempo nel dovuto conto gli sviluppi della giurisprudenza europea. Specie negli ambiti materiali (qual è quello in cui sono venute affermandosi e seguitano senza sosta a rinnovarsi le pretese vantate dalle coppie di omosessuali), in cui maggiormente evidenti sono i caratteri di fondo che accomunano molti ordinamenti rispetto a quelli che li tengono divisi e distanti, può dimostrarsi particolarmente utile, davvero prezioso, il raffronto delle esperienze e delle relative soluzioni normative e giurisprudenziali. Il nostro Paese, per quest'aspetto, malgrado le novità introdotte dalla legge 76, accusa perduranti ritardi e gravi, non rimosse carenze cui – come si è venuti dicendo – può porsi rimedio solo a mezzo della congiunta cooperazione, nella tipicità dei ruoli, di tutti gli operatori istituzionali.

5. Questioni di biodiritto, salvaguardia della segretezza dei dati personali e riconoscimento del diritto di accesso ai farmaci quali banchi di prova particolarmente attendibili al fine di stabilire quale idea di persona e di diritto fondamentale tenda ad affermarsi nell'esperienza e, perciò, di verificare se (ed in che misura) il nostro sia ancora uno Stato costituzionale

L'ultimo punto che desidero, con la necessaria rapidità, toccare in questa mia riflessione “a primo ascolto” delle relazioni illustrateci si situa al cuore della Costituzione. Si tratta infatti di chiedersi quale idea di persona e di diritto fondamentale tenda ad affermarsi (se già non si è affermata...) nell'esperienza, assumendo quali banchi di prova particolarmente attendibili proprio gli ordini tematici di cui abbiamo oggi discusso e gli ambiti materiali su cui essi si dispongono.

Un punto di riferimento particolarmente attendibile è al riguardo costituito dai diritti della persona, specificamente laddove siano in gioco questioni di biodiritto⁴⁷, la cura della salute e la salvaguardia della riservatezza dei dati che riguardano la persona stessa⁴⁸. Un diritto, quest'ultimo, dalla formidabile capacità d'irradiazione praticamente a qualunque campo di esperienza e suscettibile di acquistare rilievo tanto al piano delle relazioni *inter privatos* quanto a quello delle relazioni di questi ultimi con lo Stato; un diritto, poi, dalla cui salvaguardia – com'è stato, ancora di recente, opportunamente rilevato da una sensibile dottrina⁴⁹ – può dipendere il mantenimento di ogni diritto restante, che da essa in modo diretto ovvero riflesso risulta condizionato, secondo quanto è peraltro ora avvalorato dall'art. 1, par. 2, del regolamento dell'Unione in materia di *privacy* varato pochi mesi addietro. Basti solo pensare, a conferma della varietà delle circostanze che vedono coinvolto il diritto stesso e della sua formidabile *vis* espansiva, ai casi, di cui si dirà a momenti, in cui esso interferisce

⁴⁷ Un'approfondita analisi volta alla ricostruzione degli orientamenti al riguardo invalsi in giurisprudenza, con particolare attenzione a quella comune, è in R. CONTI, *I giudici ed il biodiritto*, cit., e in molti altri scritti ancora.

⁴⁸ A *El derecho a la intimidad* sono state dedicate le IX Giornate italo-spagnolo-brasiliane di diritto costituzionale, già richiamate.

⁴⁹ F. PIZZETTI, *Privacy e il diritto europeo alla protezione dei dati personali. Dalla Direttiva 95/46 al nuovo Regolamento europeo*, Giappichelli, Torino 2016.

col bene della sicurezza ovvero a quelli in cui entra in conflitto col diritto di altri soggetti alla conoscenza dei dati stessi, per motivi di salute⁵⁰ o per altre ragioni ancora⁵¹.

Per ciò che qui specificamente importa, i diritti fatti oggetto di esame dagli studi di merito che ci sono stati oggi illustrati si trovano soggetti a pressoché quotidiani “bilanciamenti” con altri interessi costituzionalmente meritevoli di tutela, all’esito dei quali tuttavia non di rado risultano costretti a sensibili sacrifici e talvolta ad essere puramente e semplicemente messi da canto.

Il presente contesto, invero, non agevola la loro protezione.

Per un verso, la lotta al terrorismo internazionale, le cui manifestazioni vanno sempre di più diffondendosi fino al punto di far temere che possa trattarsi di un fenomeno ormai endemico, parrebbe reclamare una forte contrazione di molti dei diritti della persona, a partire da quello alla riservatezza dei dati che la riguardano⁵².

Per un altro verso, una crisi economica essa pure particolarmente estesa e devastante, ben lungi dal potersi dire superata o, comunque, in via di superamento, assottiglia sempre di più le risorse

⁵⁰ Così, ad es., nelle note e sofferte vicende che vedono contrapposto il diritto all’anonimato della madre e il diritto del figlio alla conoscenza delle proprie origini biologiche, sollecitato in questa ricerca anche (ma non necessariamente) da motivi di salute, per sé o i propri familiari; vicende che, poi, possono essere anche molto diverse tra di loro, secondo quanto conferma un discusso orientamento della Cassazione, prima sez. civ., che ha considerato recessivo il diritto all’anonimato in caso di decesso del suo titolare: sent. n. 15024 del 2016.

Suona tuttavia strano che nella circostanza il giudice della legittimità non abbia dato alcun rilievo alla circostanza per cui la donna potrebbe aver taciuto ai familiari la sofferta esperienza vissuta con l’abbandono del figlio al momento del parto, soggetti questi che potrebbero ricevere un grave pregiudizio una volta venuti a conoscenza della vicenda stessa. In considerazione di ciò, il verdetto del giudice avrebbe potuto essere esattamente rovesciato su se stesso, ritenendosi preminente l’interesse del genitore deceduto e dei suoi congiunti rispetto a quello del figlio, tanto più poi laddove tra i congiunti stessi vi siano figli minori, bisognosi di una speciale protezione. Di contro, laddove il genitore dovesse risultare ancora in vita, potrebbe verificarsi in modo discreto il perdurare o meno della volontà di quest’ultimo di non essere conosciuto.

Come che sia di ciò, si ha conferma, seppur se ne abbia il bisogno, che i casi della vita, persino per uno stesso ambito di esperienza, sono talmente vari da non poter essere naturalmente ed in modo assorbente trattati unicamente a colpi di legge (ad es., la donna potrebbe non aver alcun familiare, non dandosi in tal caso il bisogno di salvaguardare aspettative di terzi).

⁵¹ Solo un cenno al recentissimo, tristissimo caso, che ha molto impressionato la pubblica opinione, di una giovane toltasi la vita perché attraverso Internet era stato diffuso un filmato che la ritraeva nel compimento di un rapporto sessuale e che prima ancora aveva tentato di occultarsi cambiando nome e luogo di residenza. Si è così avuta ancora una conferma del fatto che il web può uccidere, laddove dovesse farsene un uso non vigilato e limitato, a salvaguardia della dignità della persona.

E si pensi, ancora, ai non pochi, complessi problemi che si pongono in ambito lavorativo (su cui si sono, da ultimo, intrattenuti A. RACHID COUTINHO - L.A.D. ARAUJO, *A proteção da intimidad e da privacidade do trabalhador: há realmente uma proteção adequada?*, relaz. alle IX Giornate italo-spagnolo-brasiliane di diritto costituzionale su *El derecho a la intimidad*, cit., e, pure *ivi*, E. PAJARES MONTOLÍO, Intervento al momento senza titolo) o in materia finanziaria, specie sul versante della lotta al fisco (su cui, ancora nelle Giornate ora citt., F. FACURY SCAFF, *O primeiro dever fundamental das Cortes constitucionais é dezir “nao”*, e V. RUIZ ALMENDRAL, *La entrada en el domicilio de las personas jurídicas en los procedimientos de inspección tributaria*), e così via per molti altri ambiti materiali.

⁵² Preoccupate notazioni sull’argomento sono state, con varietà d’impostazione e svolgimenti, manifestate da molti autori: tra gli altri, G.L. CONTI, *Lotta al terrorismo e patrimonio costituzionale comune. Appunti intorno alla traslitterazione interna delle norme internazionali ed euro unitarie in materia di lotta al terrorismo*, Editoriale Scientifica, Napoli 2013; G. DE MINICO, *Le libertà fondamentali in tempo di ordinario terrorismo*, in www.federalismi.it, 10/2015, 20 maggio 2015, e, della stessa, *Internet and fundamental Rights in time of terrorism*, in www.rivistaic.it, 4/2015, 6 novembre 2015; S. GAMBINO, *Libertà e sicurezza nella recente esperienza nord-americana di contrasto del terrorismo*, in *Liber amicorum in onore di A. Cerri. Costituzionalismo e democrazia*, Editoriale Scientifica, Napoli 2016, 397 ss.; A. CIANCIO, *La libertà d’informazione, Internet ed il terrorismo internazionale*, in *Scritti in onore di G. Silvestri*, I, cit., 593 ss.; i contributi al Convegno in ricordo di A. Pizzorusso svoltosi a Pisa l’11 e 12 marzo 2016 su *Terrorismo internazionale. Politiche della sicurezza. Diritti fondamentali*. Infine, A. SPATARO, *Politiche della sicurezza e diritti fondamentali* può ora vedersi in *Quest. giust.*, settembre 2016, 167 ss. Inadeguati e carenti, ora per difetto ed ora per eccesso, i provvedimenti adottati in ambito internazionale e sopranazionale al fine di far fronte alla minaccia terroristica, secondo quanto ha di recente confermato la direttiva UE 2016/681 del 27 aprile 2016 che “regola l’utilizzo dei dati del codice di prenotazione (PNR) ai fini di prevenzione, accertamento, indagine e azione penale nei confronti dei reati di terrorismo e dei reati gravi” [in merito alla quale G. TIBERI, *La direttiva UE sull’uso dei dati del codice di prenotazione (dati PNR) nella lotta al terrorismo e ai reati gravi*, in *Quad. cost.*, 3/2016, 590 ss.].

disponibili cui attingere per dare appagamento ai diritti in genere e, particolarmente, a quelli c.d. “sociali”, tra i quali uno speciale rilievo va assegnato proprio alla cura della salute⁵³. In realtà, com’è ormai provato, la salvaguardia di tutti i diritti comporta comunque un costo, nondimeno particolarmente vistoso per alcuni di essi; alle volte esso non traspare, ponendosi quale il riflesso della salvaguardia di diritti apparentemente non “sociali”: ad es., per effetto del doveroso riconoscimento, operato in giurisprudenza, anche all’immigrato irregolare del diritto alle nozze con persona di cittadinanza italiana, lo straniero può in breve tempo acquistare la cittadinanza e, perciò, tutti i diritti, sociali e non, che ad essa fanno capo.

Quanto, poi, alla questione dell’accesso al farmaco, è chiaro che essa ha il suo *punctum crucis* nel meccanismo di determinazione del prezzo (a riguardo del quale A. Cauduro⁵⁴ ha opportunamente sollecitato l’adozione di una “politica europea”), alle sue storture nondimeno aggiungendosene altre parimenti gravi e, proprio per ciò, bisognose di essere urgentemente rimosse, che riguardano l’intera organizzazione delle strutture e dei servizi in ambito sanitario. Non si trascuri, peraltro, che il diritto alla salute fa “sistema” coi diritti restanti; ed è di tutta evidenza che l’esistenza di sacche crescenti di povertà diffusa fa sì che una cerchia sempre più larga di persone *di fatto* – al di là delle restrizioni normativamente stabilite – non abbia modo di curarsi, così come, in generale, non goda di molti altri diritti⁵⁵. Una questione, poi, che assume carattere di drammaticità per alcuni soggetti particolarmente esposti, quali i pensionati a bassissimo reddito, gli immigrati irregolari o quelli portatori di malattie rare e molto costose, nei riguardi dei quali non di rado si tende ad adottare la “tecnica” della indifferenza o della dimenticanza⁵⁶. Far finta, però, di non vedere la sofferenza che ci circonda può anche essere comodo ma è, senza alcun dubbio, eticamente squalificante e costituzionalmente intollerabile.

Il fuoco del problema sta, dunque, laddove si tratta di stabilire qual è il criterio giusto, costituzionalmente imposto, che consenta di “bilanciare” in modo adeguato tutti i beni della vita in campo.

Va preliminarmente riconosciuto che il problema è estremamente complesso e che non è pertanto consentito risolverlo in modo assai sbrigativo ed approssimativo, trascurando il dato elementare e di comune evidenza secondo cui posponendosi alcuni interessi che fanno capo all’intera collettività a fronte di altri interessi che specificamente si appuntano in capo ai singoli si corre il rischio di sacrificare altri interessi ancora di cui i singoli stessi sono portatori.

Pensiamo, ad es., ancora una volta, all’interesse alla sicurezza, che è un bene a un tempo collettivo ed individuale. V’è una soglia al di qua della quale esso può (e deve) essere anteposto rispetto ad altri interessi, superata la quale però si è sollecitati ad affrontare, in sede di “bilanciamento”, il rischio del sacrificio dell’interesse stesso.

⁵³ Ovviamente, in questa sede si presta attenzione unicamente ai riflessi sui diritti per effetto della crisi; l’altra faccia della medaglia, che però qui non può essere riguardata, è data dai riflessi di ordine istituzionale, tanto per ciò che attiene all’incidenza sugli equilibri che connotano la forma di governo dell’Unione e ne accompagnano i più salienti svolgimenti, quanto in ordine ai rapporti tra Unione e Stati (ed agli ulteriori riflessi in seno a questi ultimi). Ha, di recente, toccato alcuni punti di quest’ultimo versante G. MARTINICO, *Las implicaciones constitucionales de la crisis: una reseña de la literatura reciente*, in *Estudios de Deusto* (www.revista-estudios.deusto.es), 64-1/2016, 23 ss.

⁵⁴ ... part. nel § 3 del *paper*. Mi chiedo, tuttavia, se si diano davvero le condizioni di contesto perché questa proposta possa concretarsi.

⁵⁵ Forse, l’unico di cui nessun essere umano può essere *nei fatti* privato è quello di religione; ed è amaro constatare che i diseredati sociali non possono far altro che confidare nella Divina Provvidenza al fine di vedere almeno in parte attutiti i loro patimenti. Mi sovviene al riguardo un pensiero che ho avuto modo di leggere in uno scritto di G. ZAGREBELSKY apparso su *La Repubblica* del 24 settembre 2016, 60, dal titolo *L’insostenibile ambiguità nelle parole della politica*, laddove ha affermato che “i diritti umani sono una realtà per chi sta sopra, e il contrario per chi sta sotto. Lo stesso, per la dignità”. Nello stesso quotidiano, M. AINIS, “*Troppo uguaglianza fa male basta invadenza dello Stato*”. *La riscossa degli ultras liberisti*, 61, ci ha, ancora una volta, ricordato – cifre alla mano – che “il mondo non è mai stato così profondamente diseguale come adesso, all’alba del terzo millennio”.

⁵⁶ In argomento la letteratura è ormai incontenibile (riferimenti, da ultimo, in C. SICCARDI, *Crisi economica e discriminazioni multiple: il caso degli stranieri extra-comunitari con disabilità*, in www.forumcostituzionale.it, 2 settembre 2016).

Posseggo al riguardo una sola certezza: che la lotta nei riguardi di coloro che non si riconoscono nei principi fondanti dello Stato costituzionale e che mirano ad abatterlo ricorrendo a mezzi cruenti non può essere condotta abdicando ai principi stessi. Trovo invero singolare il ragionamento di coloro che avallano persino il ricorso alla tortura nei riguardi dei terroristi catturati argomentando che ciò sarebbe giustificato dal fine di evitare altro spargimento di sangue (non dissimile, a conti fatti, è la “logica” sottesa alla nota dottrina favorevole, specie dopo gli attacchi alle torri gemelle, all’abbattimento di aerei di linea in mano ai terroristi allo scopo di attenuare il danno in termini di vite umane⁵⁷). Nel momento, però, in cui per difendere lo Stato di diritto noi per primi dovessimo allontanarci da esso ed anzi adottare comportamenti che frontalmente lo contrastano avremmo perso definitivamente la nostra battaglia e, con essa, smarrito l’essenza stessa della nostra cultura liberal-democratica.

Come si vede, dalla prospettiva ora adottata non importa stabilire se siamo, o no, in guerra, ai sensi e per gli effetti di cui all’art. 11 della Carta⁵⁸. La qual cosa conserva, nondimeno, un suo evidente rilievo, sol che si pensi che, ricorrendo le condizioni di cui al disposto ora cit., potrebbe giustificarsi la sospensione di alcune libertà costituzionali o, comunque, l’adozione di misure restrittive di carattere straordinario, pur sempre comunque soggette a verifica secondo ragionevolezza⁵⁹. Né importa sapere se la presente congiuntura è in qualche modo assimilabile (e, a mia opinione, per certi versi lo è e per altri però no) a quella avutasi durante la stagione buia del brigatismo rosso (in relazione alla quale la Consulta, specie con la nota [sent. n. 15 del 1982](#), ci ha consegnato preziose, ancorché discusse e discutibili, indicazioni⁶⁰). Guerra sì o guerra no, infatti, si dà comunque una soglia invalicabile oltre la quale risulterebbe – come si diceva – disperso il patrimonio di fini-valori che connota il nostro modello di cultura occidentale. Una soglia, dunque, al di là della quale la dignità è ferita a morte e resta una vuota parola senza pratico senso. E invero la dignità di ogni essere umano, persino dei delinquenti più incalliti o, appunto, dei terroristi è un bene prezioso, indisponibile: è – com’è stato detto da un’accreditata dottrina – l’“assoluto costituzionale”, la “bilancia” su cui si dispongono i diritti e gli interessi in genere meritevoli di tutela allo scopo della loro reciproca ponderazione⁶¹.

So bene che altra e non meno accreditata dottrina⁶² si è invece dichiarata nel senso dell’assoggettabilità a “bilanciamento” di qualunque bene costituzionalmente protetto, dignità compresa.

Senza tuttavia ora riprendere questa intricata questione, mi limito qui a riaffermare il mio fermo convincimento che nel politeismo dei valori che connota lo Stato costituzionale deve darsi un punto

⁵⁷ Rammento la nota pronunzia del *Bundesverfassungsgericht* che ha dichiarato l’incostituzionalità della legge tedesca del 2005 che prevedeva l’eventualità richiamata nel testo (in argomento, A. DE PETRIS, *Tra libertà e sicurezza prevale la dignità umana, dice il Bundesverfassungsgericht*, in [www.associazionedeicostituzionalisti.it](#), 20 marzo 2006).

⁵⁸ Nega risolutamente il ricorrere di questa eventualità L. FERRAJOLI, *Due ordini di politiche e di garanzie in tema di lotta al terrorismo*, in AA.VV., *Terrorismo internazionale, politiche della sicurezza, diritti fondamentali*, speciale di *Quest. giust.*, settembre 2016, 8 ss.; pure *ivi*, R. BARBERINI, *Terrorismo e guerra*, 66 ss.

⁵⁹ Sulle esperienze al riguardo maturate in alcuni ordinamenti di tradizioni liberal-democratiche, v. AA.VV., *La démocratie à l’épreuve de l’ “État d’exception”*, in *En Jeu. Histoire et mémoires vivantes*, 5/2015, Presses universitaires Septentrion, Lille 2015, e AA.VV., *Terrorismo internazionale, politiche della sicurezza, diritti fondamentali*, cit. (*ivi*, con specifico riguardo alla Francia, A. PERTICI, *Terrorismo e diritti della persona*, 25 ss., spec. 36 ss.).

⁶⁰ Mi riferisco, in particolare, al sacrificio imposto alla libertà personale e, più ancora, alla dignità dei detenuti in attesa di giudizio e sospetti di appartenere alle BR, per effetto dell’abnorme dilatazione dei termini massimi di carcerazione preventiva.

⁶¹ La formula della “bilancia” si deve – com’è noto – a G. SILVESTRI, che ha iniziato a discorrerne in *Considerazioni sul valore costituzionale della dignità della persona*, in [www.associazionedeicostituzionalisti.it](#), 14 marzo 2008, precisandola quindi in altri scritti.

Mi piace qui ricordare che il *Festival del diritto*, giunto quest’anno alla sua IX ediz. e svoltosi a Piacenza il 23-25 settembre 2016, ha avuto per tema proprio la dignità.

⁶² Part., M. LUCIANI, *Positività, metapositività e parapositività dei diritti fondamentali*, in *Scritti in onore di L. Carlassare*, a cura di G. Brunelli - A. Pugiotta - P. Veronesi, *Il diritto costituzionale come regola e limite al potere*, III, *Dei diritti e dell’eguaglianza*, Jovene, Napoli 2009, 1060 ss.

fermo da cui tutti si tengono ed a cui fanno capo in sede di reciproco contemperamento; e questo punto – per le ragioni che si è tentato di argomentare altrove – è proprio la dignità, vale a dire ciò che è e che fa la *humanitas* stessa del soggetto.

Anche le limitazioni maggiormente incisive nella sfera privata del soggetto non possono, dunque, trovare spazio per affermarsi laddove dovesse risultarne sacrificata la dignità.

Ancora una volta, indicazioni preziose al riguardo ci vengono dalla giurisprudenza europea che ha in più occasioni ribadito la centralità del principio personalista; e merita una volta di più di essere rimarcata la circostanza, per vero già messa in evidenza nelle indagini più attente⁶³, secondo cui la stessa giurisprudenza eurounitaria ha più volte posposto (part., in *Digital Rights Ireland*, *Google Spain* e *Schrems*⁶⁴) i diritti facenti capo al libero mercato a quelli strettamente inerenti alla persona, tra i quali è appunto quello alla riservatezza⁶⁵.

La dignità è dunque – come si è venuti dicendo – la *Grundnorm* e il *Grundwert* allo stesso tempo verso cui confluiscono e da cui traggono luce tutte le indagini relative ai diritti fondamentali, tra le quali anche quelle relative ai temi di cui abbiamo oggi discusso.

Questo schema vale, dunque, altresì per le esperienze d’inizio-vita (e, specularmente, per quelle di fine-vita); e spiega perché mai, ad es., non possa farsi dell’embrione e, in genere, del corpo umano una fonte di lucro (rischio, quest’ultimo, micidiale, in ispecie per i casi di ricorso alla fecondazione eterologa)⁶⁶ ovvero perché possa spianarsi la via all’“adozione” dell’embrione o – come nel caso della [sent. n. 84 del 2016](#), dietro cit. – alla destinazione, al ricorrere di certe condizioni, dell’embrione stesso alla ricerca scientifica, a fronte dell’esito opposto della sua crioconservazione *sine die*, che fatalmente porterebbe al suo deterioramento⁶⁷.

Anche la questione dell’accesso ai farmaci, laddove quest’ultimo dovesse dimostrarsi di fatto impedito a motivo dei costi insopportabili da coloro che ne hanno vitale bisogno, richiede – come si diceva – di essere riportata alla dignità al fine di poter essere nel modo più solido impostata ed adeguatamente risolta. Nessun ragionamento, per finemente argomentato che sia, è accettabile se porta allo sbocco nefasto di privare di cure vitali chi ne ha un disperato bisogno. È una società disumanizzata, irrispettosa di un minimo etico condiviso, quella che pospone la sopravvivenza e la dignità delle persone a qualunque altro bene, per meritevole che sia di essere salvaguardato.

La domanda che allora, in conclusione dei nostri lavori, dobbiamo porci è quanto Stato costituzionale ci è ancora rimasto in presenza di pratiche non occasionali volte al disinvoltato accantonamento della dignità e della vita della persona, in ispecie proprio delle persone maggiormente bisognose di cure e di attenzioni (non meramente materiali). Perché è chiaro che la verifica non va fatta restando al solo piano costituzionale, laddove si hanno plurime ed inequivoche testimonianze a conferma dello Stato costituzionale e dell’etica pubblica repubblicana che ne ispira

⁶³ Nella ormai nutrita lett., utili indicazioni possono aversi dai numerosi ed approfonditi studi di O. POLLICINO, tra i quali v. *Interpretazione o manipolazione? La Corte di Giustizia definisce un nuovo diritto alla privacy digitale*, in [www.federalismi.it](#) - focus TMT, 3/2014, 24 novembre 2014, e *La “transizione” dagli atomi ai bit nel reasoning delle Corti europee*, in *Ragion prat.*, 44/2015, 53 ss., nonché O. POLLICINO - M. BASSINI, *La Carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea nel reasoning dei giudici di Lussemburgo*, in *Dir. inf.*, 2015, 743 ss.; v., inoltre, ora, AA.VV., *La protezione transnazionale dei dati personali. Dal “Safe Harbour principles” al “Privacy Shield”*, a cura di G. Resta e V. Zeno Zencovich, Roma Tre-Press, Roma 2016.

⁶⁴ Un’attenta disamina di queste note decisioni, su cui – come si sa – si è avuta una messe considerevole di commenti di vario segno, può, da ultimo, vedersi nella relazione alle più volte cit. IX Giornate italo-spagnolo-brasiliane di diritto costituzionale di A. RALLO LOMBARTE, *El Tribunal de Justicia de la Unión Europea como juez garante de la privacidad en Internet*.

⁶⁵ È interessante notare che i diritti della persona sono riusciti ad affermarsi in ambito eurounitario dapprima grazie all’aggancio ai diritti del mercato, prendendo quindi il sopravvento su questi ultimi. È questo uno dei tanti, rilevanti segni della evoluzione registratasi in seno alle Comunità europee prima e poi all’Unione, testimoniando la loro vocazione a “costituzionalizzarsi”, sia pure con originalità di tratti rispetto a quelli propri dello Stato.

⁶⁶ Non fanno però al riguardo difetto alcune incertezze ed oscillazioni della giurisprudenza, ancora di recente segnalate dai G. SORRENTI, *Note minime sul rapporto tra ius, ethos e scientia*, cit., § 2, con specifico riferimento all’“utero in affitto”, giudicato da Cass., V sez. pen., n. 13525 del 2016, non penalmente perseguibile laddove siffatta pratica si stia compiuta in Paesi in cui è considerata lecita; allo stesso tempo, però, la surrogazione di maternità non è da noi consentita.

⁶⁷ Su tutto ciò, v., nuovamente, almeno i contributi alle Giornate su *La procreazione medicalmente assistita*, cit.

lo svolgimento e che presiede alla sua integra trasmissione nel tempo. La verifica va piuttosto condotta ai piani normativi sottostanti e, specialmente, al piano dell'esperienza, laddove cioè il diritto vigente si converte in vivente. Altrimenti alimenteremmo quell'indirizzo complessivamente deviante dal solco costituzionale, che porta a puntare l'obiettivo unicamente sulla punta dell'*iceberg* ignorando la montagna sommersa sottostante. Solo che, così facendo, non renderemmo un buon servizio alla stessa Costituzione, ai suoi valori, alle norme che vi danno la prima e più genuina e fedele traduzione, incoraggiando ed avallando – se ne abbia o no la consapevolezza –, per la nostra parte, lo scarto tra ciò che è dichiarato nella Carta e ciò che è invece stabilito da regole e regolarità diffuse nell'esperienza.

È chiaro che una risposta non approssimativa e parziale al quesito ora posto richiederebbe un'analisi approfondita ed estesa ad ogni ambito materiale su cui si radicano i diritti fondamentali della più varia natura e complessiva connotazione. La qual cosa non avrebbe comunque potuto, di tutta evidenza, qui farsi. Credo però di poter dire che gli studi che ci sono stati rappresentati offrano materiali utili su questioni di cruciale rilievo al fine di poter far luogo a quella verifica. Consiglierei, dunque, anche agli studi a venire di puntare diritto al cuore del problema, tentando di dare, con riguardo ai temi prescelti, una risposta in relazione a ciò da cui, a conti fatti, dipende il mantenimento dell'essenza della Costituzione e la sopravvivenza dello Stato sulla stessa fondato.

Antonio Ruggeri

Dignità dell'uomo, diritto alla riservatezza, strumenti di tutela (prime notazioni)*

SOMMARIO: 1. La riservatezza, diritto a sé e diritto presupposto, *implied Right*, nella tutela di altri diritti, suscettibile di trasformarsi camaleonticamente, in ragione del contesto, degli interessi in campo, delle combinazioni di valori sollecitate a formarsi dai casi. – 2. Il diritto alla riservatezza rivisto dalla prospettiva dei doveri ed orientato verso la dignità, autentico *Grundwert* dell'ordinamento costituzionale. – 2.1. Esempificazioni di casi in cui la riservatezza può trovarsi a dover recedere davanti ad altri beni della vita o interessi costituzionalmente protetti: in specie, con riguardo al mondo del lavoro ed al fine dell'accesso al lavoro stesso. – 2.2. Diritto alla riservatezza *versus* diritto-dovere d'informazione, con specifico riferimento ai candidati a cariche pubbliche di primo piano. – 2.3. Riservatezza o sicurezza? Un dilemma che richiede, nei singoli casi, di essere sciolto mantenendo ad ogni buon conto integro il bene indisponibile della dignità della persona umana. – 2.4. Dignità e riservatezza nel *web*, con particolare riferimento ad informazioni riguardanti la sfera sessuale ed alla commutazione dei processi penali in processi mediatici. – 3. Un paio di questioni sul versante della tutela: in specie, a) se anche alla riservatezza possa applicarsi lo schema secondo cui l'ottimale salvaguardia dei diritti richiede uno sforzo congiunto, posto in essere in spirito di "leale cooperazione" da legislatore e giudici. – 4. *Segue*: b) se il *tandem* riserva di legge e riserva di giurisdizione a garanzia dei diritti possa valere anche in relazione alle vicende via *Internet* e, una volta spostato il perno della tutela in sede internazionale e sovranazionale, cosa possa realisticamente attendersi a seguito del varo del nuovo regolamento eurounitario sulla *privacy*.

1. *La riservatezza, diritto a sé e diritto presupposto, implied Right, nella tutela di altri diritti, suscettibile di trasformarsi camaleonticamente, in ragione del contesto, degli interessi in campo, delle combinazioni di valori sollecitate a formarsi dai casi*

Il diritto alla riservatezza presenta un tratto identificante che altri diritti fondamentali non hanno¹: ha una sua propria autonomia, concettuale e positiva, grazie alla quale reclama tutela in sé e per sé; è, però, anche un diritto presupposto, diciamo pure un *implied Right*, la sua tutela risultando, per questo verso, indiretta, attraverso quella offerta ad altri diritti. È vero, però, anche l'inverso, vale a dire che tutelando la riservatezza si fa, di riflesso, anche quella di altri diritti, ad essa funzionalmente connessi.

Non saprei ora dire se sia, o no, da condividere la tesi, patrocinata da una dottrina che ha non solo a fondo studiato il nostro tema ma – ciò che maggiormente importa – è stata chiamata a compiti operativi di salvaguardia², secondo cui dalla salvaguardia della riservatezza dipende quella di ogni altri diritto costituzionalmente protetto. Per un certo verso, questo è vero per ogni diritto, sol che si ammetta che ciascuno di essi fa "sistema" coi restanti, tutti stando assieme ovvero venendo meno, rispettivamente, grazie alla garanzia data a ciascuno di essi ovvero per effetto della ferita

* Intervento alle IX Jornadas internacionales de Derecho Constitucional (Brasil-Italia-España) su *El derecho a la intimidad*, Madrid 22-23 settembre 2016. Ho sottoposto una prima stesura di questo lavoro alla lettura di O. Pollicino, che ringrazio di cuore per le molte ed acute osservazioni fattemi in relazione a taluni passaggi argomentativi particolarmente delicati. Resta, ovviamente, fermo che la responsabilità per quanto è qui scritto è interamente ed esclusivamente mia. Avverto, infine, che, data la limitata finalità di questo studio, l'apparato di note e i riferimenti bibliografici sono qui circoscritti all'essenziale.

¹ Avverto che, per scorrevolezza espositiva, non ripeterò ogni volta l'aggettivo qualificativo, che giudico implicitamente apposto al sostantivo. Avverto, inoltre, che in questo scritto utilizzo in modo promiscuo i termini di "riservatezza" e di "privacy", intendendo nondimeno quest'ultimo in un'accezione più ristretta a quella larga (o larghissima) che ne ha contraddistinto lo svolgimento nell'esperienza nord-americana (sul problema definitorio, v. S. SCAGLIARINI, *La riservatezza e i suoi limiti. Sul bilanciamento di un diritto preso troppo sul serio*, Aracne, Roma 2013, 23 ss.).

² F. PIZZETTI, *Privacy e il diritto europeo alla protezione dei dati personali. Dalla Direttiva 95/46 al nuovo Regolamento europeo*, Giappichelli, Torino 2016.

mortale inferta anche ad uno solo di essi. È pur vero, tuttavia, che il nesso che lega i diritti non si presenta allo stesso modo o con la stessa intensità nel passaggio dall'uno all'altro dei diritti stessi. Per la riservatezza, invece, ciò si riscontra in una misura tale da rendersi, a conti fatti, indistinguibile ciò che specificamente la riguarda da ciò che è invece proprio di altri diritti cui la stessa risulta strettamente legata.

Sia chiaro. La distinzione può (e deve) farsi, unicamente però al piano teorico-astratto; nei fatti, però, essa si sfarina come neve al sole. Se ne ha subito la riprova sol che si pensi che la riservatezza si apre a raggiera a tutto campo, spiegandosi su plurimi piani di esperienza ed in più ambiti materiali.

Se n'è avuta conferma proprio nel corso delle nostre Giornate, laddove si è avuta tangibile testimonianza dei molti volti della riservatezza e della varietà dei modi con cui essa si combina coi diritti che gravitano nel mondo del lavoro o con quelli che fanno capo alla sanità, al fisco, alla sicurezza, e via dicendo. Insomma, un diritto, il nostro, che camaleonticamente si trasforma a seconda delle congiunture, dei tempi, degli interessi in gioco, delle combinazioni di valori costituzionali evocate in campo; e un diritto che rileva tanto al piano dei rapporti *inter privatos* quanto a quelli coi pubblici poteri, che riguarda le persone fisiche come pure le persone giuridiche³ e che, in breve, esibisce una straordinaria, incontenibile vocazione a rinnovarsi restando nondimeno sempre identico a sé, nella sua multiforme, internamente articolata, natura ed a tornare sempre sulla scena da protagonista, pur laddove apparentemente altri siano i diritti in gioco, tra i quali, sia *inter se* e sia pure con altri interessi costituzionalmente protetti (specie di natura collettiva), debbano aver luogo complesse operazioni di bilanciamento assiologicamente ispirate.

Già queste prime e palesemente insufficienti notazioni introduttive mostrano quanto sia scivoloso il terreno su cui ambientare e svolgere l'analisi del diritto in parola, nelle relazioni che esso intrattiene con altri diritti o beni della vita meritevoli di tutela, e perciò impegnativa l'analisi stessa che dovrebbe – come si diceva – aprirsi a tutto campo, allo scopo di non risultare parziale e di pervenire, di conseguenza, ad esiti ricostruttivi a conti fatti deformanti ed inattendibili.

Incentro questa mia succinta riflessione unicamente su un paio di punti, di cruciale rilievo, ponendomi alla ricerca del fondamento della tutela, nonché delle sedi istituzionali e degli strumenti idonei a farla valere.

2. Il diritto alla riservatezza rivisto dalla prospettiva dei doveri ed orientato verso la dignità, autentico Grundwert dell'ordinamento costituzionale

Giudico particolarmente feconda e foriera di promettenti esito teorico-ricostruttivi la prospettiva che guarda al diritto di riservatezza, con specifico riguardo alla non diffusione dei dati relativi alla persona, dal punto di vista dei doveri: sia dei soggetti, privati o pubblici, diversi dalla persona presuntivamente lesa e sia pure di quest'ultima. In generale, a mia opinione, l'angolo visuale dei doveri nello studio dei diritti disvela alcuni lineamenti di questi ultimi che altrimenti resterebbero in ombra, sommersi⁴, non consentendo di orientare nel giusto verso le operazioni di bilanciamento

³ Si ha qui un ostacolo teorico preliminare costituito dal fatto che i diritti, al pari peraltro dei doveri, delle persone giuridiche, specificamente al piano dei rapporti pubblicistici, sembrano piuttosto doversi declinare in termini di competenze. Il diritto è, cioè, piuttosto una condizione di autonomia idonea a dispiegarsi entro una certa sfera e in un certo ambito spaziale di esperienza che un diritto soggettivo vero e proprio e il suo esercizio, pertanto, il frutto di una competenza (della condizione delle persone giuridiche ha riferito, nel corso delle nostre Giornate, V. RUIZ ALMEDRAL, *La entrada y registro en el domicilio de personas jurídicas en el marco de procedimientos de inspección tributaria*; i profili fiscali hanno costituito oggetto di esame anche da parte di F. FACURY SCAFF, *O primeiro dever fundamental das Cortes constitucionais dezir "nao"*).

⁴ Da una prospettiva ancora più ampia, si è tentato di argomentare in altri luoghi che nella struttura stessa dei diritti costituzionali si rinviene una componente deontica la cui considerazione porta a rivedere sotto una luce complessivamente diversa dall'usuale le vicende relative ai diritti stessi, sia nei loro mutui rapporti che in quelli intercorrenti con altri beni o interessi costituzionalmente protetti [v., dunque, volendo, A. RUGGERI - A. SPADARO,

assiologicamente ispirate coinvolgenti i singoli diritti di volta in volta in campo (e, segnatamente, per ciò che qui specificamente importa, il nostro).

La prospettiva, tuttavia, ha bisogno di ricevere luce dai valori e, specificamente, per ciò che più conta, dal valore della dignità⁵: un bene, questo, che seguito a considerare un autentico valore “superconstituzionale”⁶ dell’ordinamento, indisponibile anche per chi ne è portatore, oltre che intagibile dagli altri. E, invero, la dignità, per come è qui pure vista⁷, ha doppio volto: un profilo soggettivo, che rimanda all’autodeterminazione della persona, ed uno oggettivo, il cui significato si coglie alla luce delle qualificazioni date dalla Carta costituzionale, nel suo fare “sistema” con le altre Carte, tra le quali principalmente la CEDU e la Carta dei diritti dell’Unione⁸. L’autodeterminazione, poi, è certamente un bene bisognoso della massima cura ed attenzione ma – come si è tentato di mostrare altrove – non è *tutto*, non ha cioè capacità onnipervasiva ed assorbente. E qui torna il discorso sui doveri. Perché, allo stesso tempo in cui la persona rivendica tutela per i propri diritti, è gravata di doveri, tra i quali – qui è il *punctum crucis* della questione ora discussa – vi è anche quello della riservatezza ma vi è pure, a certe condizioni, quello della rinuncia alla stessa, a salvaguardia di altri beni o interessi meritevoli, in talune circostanze, di prioritaria considerazione.

D’altro canto, ciò che è “degno” e ciò che non lo è non può essere rimesso all’esclusivo ed insindacabile apprezzamento della persona stessa, altrimenti si smarrirebbe il senso stesso della previsione costituzionale della dignità, dovendosi piuttosto fare capo a parametri di natura oggettiva⁹.

È alla luce di queste indicazioni, qui sommariamente enunciate, che va condotto l’esame di alcuni casi in cui la riservatezza sembra entrare in conflitto con altri diritti o interessi in genere di rilievo costituzionale, con l’avvertenza, che faccio subito (e con riserva di maggiori ragguagli più avanti), che la varietà dei casi stessi è tale da rendere comunque approssimativo e persino forzato ogni tentativo di trattarne in termini unitari e generali, riportando sotto uno stesso regime situazioni che meritano di essere comunque tenute distinte.

2.1. *Esemplificazioni di casi in cui la riservatezza può trovarsi a dover recedere davanti ad altri beni della vita o interessi costituzionalmente protetti: in ispecie, con riguardo al mondo del lavoro ed al fine dell’accesso al lavoro stesso*

Si pensi, dunque, ad alcune tra le più agitate questioni riguardanti la riservatezza in ambito lavorativo.

Dignità dell’uomo e giurisprudenza costituzionale (prime notazioni), in *Pol. dir.*, 1991, 343 ss., e il mio *Il principio personalista e le sue proiezioni*, in www.federalismi.it, 17/2013, 28 agosto 2013].

⁵ A riguardo del nesso tra *privacy* e dignità, v., almeno, E. BLOUSTEIN, *Privacy as an Aspect of Human Dignity: an Answer to Dean Prosser*, in *New York Univ. Law Rev.*, 39/1964, 973 s.; A. BALDASSARRE, *Privacy e Costituzione. L’esperienza statunitense*, Bulzoni, Roma 1974, 389 ss.

⁶ ... secondo quanto si è tentato di mostrare in più luoghi, a partire da A. RUGGERI - A. SPADARO, *Dignità dell’uomo e giurisprudenza costituzionale*, cit.

⁷ Ho anticipato alcuni concetti ora ripresi con ulteriori svolgimenti nei miei *Appunti per uno studio sulla dignità dell’uomo, secondo diritto costituzionale*, in www.rivistaaic.it, 1/2011, 15 dicembre 2010, e, nella stessa *Rivista*, *Dignità versus vita?*, 29 marzo 2011.

⁸ Carte, tutte, non è inutile qui rammentare che, secondo una felice intuizione del giudice delle leggi ([sent. n. 388 del 1999](#)), “*si integrano reciprocamente nella interpretazione*”.

⁹ Riprendo qui un esempio altrove fatto; e, dunque, è palese che, al fine di stabilire quale sia la misura della retribuzione del lavoratore rispondente ai parametri di cui all’art. 36, I c., cost. e tale, perciò, da assicurare in ogni caso condizioni di vita “dignitose” al lavoratore stesso ed alla sua famiglia, non può che farsi riferimento a parametri oggettivi, comunque indipendenti dalla volontà dei soggetti, cui fa tacitamente rimando il dettato costituzionale (e, segnatamente, alla contrattazione collettiva). E così via, per altri campi di esperienza in relazione ai quali parimenti è fatta nella Carta menzione della dignità.

Se n'è molto discusso – come si sa – specialmente con riguardo alla vigilanza esercitata, anche a mezzo di telecamere o strumenti informatici in genere, nei riguardi del lavoratore da parte del datore di lavoro¹⁰. A me pare, tuttavia, che, prima ancora di passare all'esame di siffatte questioni, meriti di essere riconsiderata, senza preconcetto alcuno, la questione preliminare riguardante l'assunzione al lavoro, in ispecie se (e fino a che punto o entro quali limiti) possano acquisirsi informazioni concernenti i candidati ad alcuni posti di lavoro, laddove ad essi facciano capo interessi di particolare rilievo, di cui è talvolta portatrice l'intera collettività: ad es., possono avere rilievo, per ciò che attiene all'ingresso in istituti bancari o nelle forze armate o, ancora, in magistratura, alcuni dati personali relativi ai trascorsi dell'interessato?

Io credo che questa eventualità non possa essere scartata, per quanto l'assunzione dei dati stessi richieda di essere fatta attingendo ad informazioni che gli stessi interessati possono essere chiamati a dare ovvero si hanno sotto il controllo degli stessi, le quali informazioni comunque vanno, per un verso, acquisite in modo da salvaguardare la dignità degli interessati e, per un altro verso, scrupolosamente custodite e non rese pubbliche.

2.2. Diritto alla riservatezza versus diritto-dovere d'informazione, con specifico riferimento ai candidati a cariche pubbliche di primo piano

E, ancora, si pensi alla vessata questione concernente l'equilibrio tra il diritto alla non diffusione dei dati personali e il diritto-dovere d'informazione¹¹. Ripropongo la questione non soltanto al piano dei rapporti *inter privatos*, al quale è usualmente ambientata, ma anche (e soprattutto) nelle sue proiezioni al piano istituzionale. Possiamo, ad es., affermare che gravi su soggetti che ambiscono a ricoprire cariche pubbliche di primo piano, quale quella di Presidente della Repubblica o di Presidente del Consiglio, l'obbligo di rendere noti alcuni dati relativi alle proprie condizioni di salute o altri dati ancora?¹²

Rammento che non molto tempo addietro la questione si è posta negli Stati Uniti nel corso della campagna elettorale, a seguito di un lieve malore di Hillary Rodham Clinton. Siamo sicuri che resti privo di interesse per il singolo elettore e l'intera collettività sapere se colui o colei che potrebbe essere il futuro Capo dello Stato soffra di gravi patologie o, anche più semplicemente, vada incontro a frequenti crisi di nervi, attacchi di panico, ecc.? E possiamo ancora dire, per restare a quest'ambito di esperienza, che per i nostri parlamentari non abbia alcun interesse conoscere se i futuri giudici costituzionali che si accingono a votare hanno avuto, o hanno, problemi di salute psico-fisica? Fino a che punto, insomma, il diritto alla riservatezza può pesare di più del dovere d'informazione, che fa da veicolo al valore democratico, nel suo fare "sistema" coi valori fondamentali restanti?

La questione – si badi – si pone, in primo luogo, per gli stessi interessati sui quali potrebbe ritenersi che gravi l'obbligo, riconducibile in ultima istanza al dovere di fedeltà alla Repubblica ed ai suoi valori¹³, di rendere palese la esistenza di dati riguardanti la loro persona in grado di influenzare il lineare esercizio delle funzioni al servizio della collettività. La circostanza, poi, che il

¹⁰ Della tutela della riservatezza in ambito lavorativo hanno trattato, nel corso delle nostre Giornate, A. RACHID COUTINHO - L.A.D. ARAUJO, *A proteção da intimidade e da privacidade do traballador: há realmente uma proteção adequada?*, e E. PAJARES MONTOLÍO, nel suo intervento ad oggi senza titolo.

¹¹ Cfr., al riguardo, i punti di vista manifestati in occasione delle nostre Giornate da G.E. VIGEVANI, *Diritto all'informazione e privacy nell'ordinamento italiano: regole ed eccezioni. L'impostazione peculiare del diritto italiano: la disciplina speciale dell'informazione*, e G. ROSADO IGLESIAS, *Intimididad y libertad de información: la doctrina constitucional sobre la utilización de "camaras ocultas". ¿Una cuestión que sigue abierta?*

¹² Sulla contrazione della "sfera sensibile" dei soggetti note o che esercitano funzioni pubbliche, v., di recente, D. BUTTURINI, *Le informazioni sensibili tra interesse pubblico alla notizia e inviolabilità della dignità umana: casi concreti e riflessioni teoriche*, in AA.VV., *La democrazia costituzionale tra nuovi diritti e deriva mediale*, a cura di G. Ferri, ESI, Napoli 2015, 329 ss., spec. 338 ss.

¹³ Sulle plurime valenze ed implicazioni del dovere in parola, v., sopra tutti, A. MORELLI, *I paradossi della fedeltà alla Repubblica*, Giuffrè, Milano 2013.

mancato adempimento del dovere stesso possa restare senza conseguenze immediate, salva la successiva applicazione di misure, anche sanzionatorie, legate allo scorretto adempimento dei doveri inerenti all'ufficio, nulla toglie – a mia opinione – circa la sussistenza del dovere medesimo, secondo quanto – com'è noto – è proprio di precetti (anche costituzionali!), la cui giuridicità non è dubbia, ancorché non risultino sorretti da sanzioni adeguate ad assicurarne il rispetto¹⁴.

D'altro canto, l'adozione di misure preventive al fine di evitare conseguenze che potrebbero essere nefaste per lo stesso fisiologico svolgimento della vita delle istituzioni risponde ad una necessità insista nell'idea stessa di ordinamento, la quale presuppone e in sé comprende tutto ciò che si rivela indispensabile ad una ordinata trasmissione nel tempo.

2.3. *Riservatezza o sicurezza? Un dilemma che richiede, nei singoli casi, di essere sciolto mantenendo ad ogni buon conto integro il bene indisponibile della dignità della persona umana*

Il campo, nondimeno, nel quale si pongono le più gravi tensioni tra il diritto in discorso ed altri beni o interessi costituzionalmente protetti è quello in cui la salvaguardia della riservatezza può costituire un intralcio per la salvaguardia della sicurezza, dei singoli come pure della collettività.

Qual è la soglia – qui è il *punctum crucis* della questione oggi nuovamente discussa – al di là della quale la tutela della sicurezza non può più prevalere sulla riservatezza? Si dà, o no, un criterio-guida che presiede alle operazioni di bilanciamento tra tali beni della vita suscettibili di rivoltarsi l'uno contro l'altro in talune, particolarmente sofferte, congiunture?¹⁵

La questione è assai interessante sotto un peculiare aspetto, dal momento che dietro la tutela della sicurezza c'è la persona umana in ogni suo aspetto, dunque anche quale portatrice dello stesso diritto alla riservatezza. Assicurare la prevalenza, in un caso della vita, della sicurezza sulla riservatezza può, a conti fatti, significare salvaguardare la... *riservatezza* stessa.

Il rischio è, nondimeno, quello che, in una stagione fortemente segnata dal terrorismo internazionale, il bene della sicurezza, a mo' di buco nero, finisca con l'attrarre a sé e fagocitare ogni altro bene costituzionalmente protetto. Sciogliere il dilemma suddetto diventa allora un'impresa improba, non poco sofferta.

Posseggo al riguardo una sola certezza, in un quadro peraltro gravato da molte ipoteche di vario segno ed entità; ed è che, in nessun caso o modo, può accedersi a soluzioni che portino all'effetto del sacrificio della dignità della persona: un bene, questo, indisponibile a soggiacere a bilanciamento alcuno, per la elementare ragione che esso è la "bilancia", com'è stato efficacemente fatto notare da un'accreditata dottrina¹⁶, sulla quale si dispongono i beni bisognosi di ponderazione

¹⁴ È appena il caso qui di rammentare che, secondo la più avvertita dottrina [per tutti, F. MODUGNO, *Norma (teoria gen.)*, in *Enc. dir.*, XXVIII (1978), 346, e M. MAZZIOTTI DI CELSO, *Norma giuridica*, in *Enc. giur.*, XXI (1990), 5], la coattività non è attributo della singola norma bensì dell'intero ordinamento cui essa appartiene, risolvendosi, a conti fatti, nella effettività dello stesso.

¹⁵ Ne hanno variamente discusso, tra gli altri, P. BONETTI, *Terrorismo, emergenza e costituzioni democratiche*, Il Mulino, Bologna 2006; G.L. CONTI, *Lotta al terrorismo e patrimonio costituzionale comune. Appunti intorno alla traslitterazione interna delle norme internazionali ed euro unitarie in materia di lotta al terrorismo*, Editoriale Scientifica, Napoli 2013; G. DE MINICO, *Le libertà fondamentali in tempo di ordinario terrorismo*, in www.federalismi.it, 10/2015, 20 maggio 2015, e, della stessa, *Internet and fundamental Rights in time of terrorism*, in www.rivistaaic.it, 4/2015, 6 novembre 2015; S. GAMBINO, *Libertà e sicurezza nella recente esperienza nord-americana di contrasto del terrorismo*, in *Liber amicorum in onore di A. Cerri. Costituzionalismo e democrazia*, Editoriale Scientifica, Napoli 2016, 397 ss.; A. CIANCIO, *La libertà d'informazione, Internet ed il terrorismo internazionale*, in *Scritti in onore di G. Silvestri*, I, Giappichelli, Torino 2016, 593 ss.; AA.VV., *Libertà di espressione e libertà religiosa in tempi di crisi economica e di rischi per la sicurezza*, a cura di F. DAL CANTO - P. CONSORTI - S. PANIZZA, Pisa University Press, Pisa 2016, nonché i contributi al Convegno in ricordo di A. Pizzorusso svoltosi a Pisa l'11 e 12 marzo 2016 su *Terrorismo internazionale. Politiche della sicurezza. Diritti fondamentali*. Infine, A. SPATARO, *Politiche della sicurezza e diritti fondamentali*, in *Quest. giust.*, settembre 2016, 167 ss.

¹⁶ G. SILVESTRI, *Considerazioni sul valore costituzionale della dignità della persona*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it, 14 marzo 2008, e in altri scritti, tra i quali *La dignità umana dentro le mura del carcere*, in www.rivistaaic.it, 2/2014, 28 maggio 2014. La tesi è contrastata da quanti (come M. LUCIANI, *Positività*,

assiologicamente ispirata. Eppure, le esperienze su questo terreno maturate, riconsiderate dal punto di vista particolarmente illuminante della giurisprudenza costituzionale, ci mostrano una dignità in talune congiunture gravemente esposta e, a conti fatti, messa da canto a fronte del bene della sicurezza, evidentemente giudicato meritevole di prioritaria tutela.

Rammentiamo tutti la [sent. n. 15 del 1982](#), con la quale è stata – come si sa – giustificata, in nome dell'emergenza, la normativa varata dal Governo per far fronte al brigatismo rosso, con la quale sono stati dilatati in modo abnorme i termini massimi della carcerazione preventiva, con grave pregiudizio della libertà personale e della dignità delle persone in attesa di giudizio e, perciò, presuntivamente innocenti.

Più di recente, la questione si è riproposta anche fuori delle nostre mura¹⁷, con la disciplina adottata in Francia e in Germania per far fronte all'ondata terroristica¹⁸; ed è interessante notare come proprio in nome della dignità, nel suo fare sistema coi valori che stanno a base dello Stato di diritto costituzionale, il *Bundesverfassungsgericht* abbia, ormai molti anni addietro, annullato la legge tedesca che, al fine di evitare ulteriore e più grave spargimento di sangue, ammetteva l'abbattimento di aerei civili in volo in mano ai terroristi¹⁹.

Qui si tocca con mano come la dignità, in cui l'*humanitas* della persona si riassume ed emblematicamente esprime nella sua stessa essenza, faccia tutt'uno con le basi portanti dello Stato costituzionale. Come mi è capitato, ancora di recente, di far notare²⁰, non possiamo combattere i nemici dello Stato di diritto ricorrendo agli stessi mezzi da questi adoperati: sarebbe non solo un errore grave di strategia, che finirebbe col portare acqua proprio al mulino degli intolleranti, ma – per ciò che qui maggiormente importa – una insanabile contraddizione di ordine assiologico, che alla fin fine ci costringerebbe ad abdicare ai principi che stanno a base del nostro vivere in comunità.

2.4. Dignità e riservatezza nel web, con particolare riferimento ad informazioni riguardanti la sfera sessuale ed alla commutazione dei processi penali in processi mediatici

metapositività e parapositività dei diritti fondamentali, in *Scritti in onore di L. Carlassare*, a cura di G. Brunelli - A. Pugiotto - P. Veronesi, *Il diritto costituzionale come regola e limite al potere*, III, *Dei diritti e dell'eguaglianza*, Jovene, Napoli 2009, 1060 ss., e G. MONACO, *La tutela della dignità umana: sviluppi giurisprudenziali e difficoltà applicative*, in *Pol. dir.*, 1/2011, 45 ss., spec. 69 ss.) si sono dichiarati dell'avviso che la stessa dignità possa rendersi partecipe di operazioni di bilanciamento con altri beni della vita.

¹⁷ Riferisce dei provvedimenti da noi adottati dopo il 2001 T. FENUCCI, *Necessità, emergenza e diritti fondamentali*, in *Rass. parl.*, 3/2014, 582 ss.

¹⁸ Un quadro di sintesi delle misure adottate per far fronte al terrorismo in alcuni Paesi di tradizioni liberal-democratiche può vedersi in P. BONETTI, *Terrorismo, emergenza e costituzioni democratiche*, cit., 121 ss.; AA.VV., *La démocratie à l'épreuve de l' « État d'exception »*, in *En Jeu. Histoire et mémoires vivantes*, 5/2015, Presses universitaires Septentrion, Lille 2015, e AA.VV., *Terrorismo internazionale, politiche della sicurezza, diritti fondamentali*, speciale di *Quest. giust.*, settembre 2016 (ivi, con specifico riguardo alla Francia, A. PERTICI, *Terrorismo e diritti della persona*, 25 ss., spec. 36 ss.). Rammento, inoltre, la direttiva UE 2016/681 del 27 aprile 2016 che “regola l'“utilizzo dei dati del codice di prenotazione (PNR) ai fini di prevenzione, accertamento, indagine e azione penale nei confronti dei reati di terrorismo e dei reati gravi” [a commento della quale, G. TIBERI, *La direttiva UE sull'uso dei dati del codice di prenotazione (dati PNR) nella lotta al terrorismo e ai reati gravi*, in *Quad. cost.*, 3/2016, 590 ss.]”.

¹⁹ Sulla vicenda, la nota di A. DE PETRIS, *Tra libertà e sicurezza prevale la dignità umana, dice il Bundesverfassungsgericht*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it, 20 marzo 2006.

Ancora per la Germania, può farsi richiamo alle richieste avanzate dalle autorità di pubblica sicurezza dei *Länder* alle Università di fornire dati relativi agli studenti, cui hanno fatto seguito animate polemiche, delle quali riferisce M. BONINI, *Sicurezza e tecnologia, fra libertà negative e principi liberali. Apple, Schrems e Microsoft: o dei diritti “violabili” in nome della lotta al terrorismo e ad altri pericoli, nell'esperienza statunitense ed europea*, in www.rivistaaic.it, 3/2016, 28 settembre 2016, 6.

²⁰ V., dunque, volendo, il mio *Giurisdizione e diritti: un rapporto complesso, ad oggi largamente inesplorato e bisognoso della sua opportuna chiarificazione*, in [Consulta OnLine](#), III/2016, 5 ottobre 2016, 349 ss., spec. 368.

La dignità – come si vede dalle scarse notazioni appena svolte e dagli esempi addotti, ai quali molti altri potrebbero aggiungersi – è il punto di riferimento obbligato al fine di impostare nel modo più saldo possibile, alle condizioni oggettive di contesto, alcune tra le più ardue questioni coinvolgenti il diritto alla riservatezza, quali quelle cui si è dietro fatto cenno (e molte altre ancora), tentando di darne quindi una complessivamente appagante, seppur travagliata, soluzione.

Si presti attenzione alle vicende che si pongono in relazione all'uso del *web*²¹. Ancora di recente, larga risonanza è stata data dai mezzi d'informazione al caso di una giovane toltasi la vita perché su *Internet* era apparso un filmato che la ritraeva mentre consumava un rapporto sessuale. Nessun rilievo è, ovviamente, al riguardo da assegnare alla circostanza per cui la stessa giovane aveva inteso diffondere ad una cerchia ristretta di conoscenti il filmato, successivamente però divenuto virale. L'illecito del fatto, specificamente dal punto di vista qui privilegiato, della salvaguardia della integrità è fuori discussione; e si tratta, dunque, solo di stabilire come possano essere sanzionati i responsabili, specie al fine di conferire alle sanzioni stesse efficacia dissuasiva nei riguardi dell'eventuale reiterazione di fatti analoghi.

Il *web* – è stato detto, in modo colorito e però improprio, cogliendo ad ogni buon conto un fondo di verità – può uccidere. Quand'anche, poi, l'esito non dovesse essere quello della perdita di una vita umana, ugualmente il *web* stesso potrebbe rendersi responsabile di effetti d'inusitata gravità.

Si pensi, ad es., alle non poche implicazioni che possono aversi sul sereno svolgimento dei processi, specie se penali, una volta che gli stessi vengano innaturalmente trasposti su *Internet*. Il processo penale, commutatosi in processo mediatico, è, per ciò stesso, foriero di minacce alle volte imparabili nei confronti della dignità della persona. E viene allora da chiedersi se, in conseguenza di siffatta conversione, la stessa neutralità del giudice, oltre che il lineare svolgimento dei compiti da parte degli altri operatori di giustizia (pubblico ministero ed avvocati), possano, in punto di fatto se non pure di diritto, risentirne (e, se sì, fino a che punto).

Ogni medaglia ha, però, il suo rovescio; e alle volte proprio la proiezione mediatica dei processi può rendere un servizio all'amministrazione della giustizia, secondo quanto testimonia la circostanza che, trattandosi in alcune note trasmissioni televisive (tra le quali una dedicata alla ricerca di persone scomparse) alcuni casi giudiziari pendenti, più volte sono venuti alla luce materiali ed indicazioni utili alla risoluzione dei casi stessi.

Alla fin fine, si tratta, dunque, di trovare il giusto mezzo tra il diritto-dovere d'informazione da parte dei *media* e il rispetto della dignità della persona, salvaguardandoli entrambi e, laddove ciò dovesse dimostrarsi impossibile, ponendo il primo al secondo.

3. *Un paio di questioni sul versante della tutela: in ispecie, a) se anche alla riservatezza possa applicarsi lo schema secondo cui l'ottimale salvaguardia dei diritti richiede uno sforzo congiunto, posto in essere in spirito di "leale cooperazione" da legislatore e giudici*

²¹ In argomento, la letteratura ormai formatasi è invero incontenibile. Solo per una prima informazione (e con specifico riguardo alle questioni legate all'accesso al mezzo informatico), richiamo qui solo i numerosi ed approfonditi contributi di P. COSTANZO, tra i quali *Internet (diritto pubblico)*, in *Dig./Disc. Pubbl., App.*, 2000, 347 ss.; *Miti e realtà dell'accesso ad internet (una prospettiva costituzionalistica)*, in [Consulta OnLine](#), 17 ottobre 2012, e *Audizione in merito ai d.d.l. costituzionali 1317 e 1561 sul diritto di accesso a internet*, in www.federalismi.it, Focus TMT, 1/2015, 1° aprile 2015, nonché M. BETZU, *Regolare Internet. Le libertà di informazione e di comunicazione nell'era digitale*, Giappichelli, Torino 2012; AA.VV., *Internet: regole e tutela dei diritti fondamentali*, a cura di O. POLLICINO - E. BERTOLINI - V. LUBELLO, Aracne, Roma 2013; AA.VV., *Internet e Costituzione*, a cura di M. Nisticò - P. Passaglia, Giappichelli, Torino 2014; G. DE MINICO, in molti scritti, tra i quali, ora, *Antiche frontiere e nuova libertà digitale*, Giappichelli, Torino 2016. Si è tornati a discutere di questo groviglio di questioni nel corso della terza sessione delle nostre Giornate, dedicata a *El derecho a la intimidad y las nuevas tecnologías*, a seguito della relazione illustrata da P. PASSAGLIA, *Privacy e nuove tecnologie, un rapporto difficile*, cit., e di quelle di A. RALLO LOMBARTE, *El Tribunal de Justicia de la Unión Europea como juez garante de la privacidad en Internet*, e J.N. MIRANDA COUTINHO, *Dignidade da pessoa humana, novas tecnologias e democracia*.

Soprattutto le vicende dei dati personali attraverso il *web* rendono conferma della complessità e gravità delle questioni di ordine istituzionale che la raccolta, il trattamento e la diffusione dei dati stessi pongono nel tempo presente e dell'impegno che, di conseguenza, grava sui protagonisti della rete come pure sui pubblici poteri al fine di conseguire un apprezzabile equilibrio tra i plurimi interessi evocati in campo dai casi.

Desidero qui fermare l'attenzione specificamente su un paio di punti, entrambi riguardanti il versante della tutela.

Il primo attiene ad una questione di ordine generale, che dunque si ripropone anche con riferimento alla salvaguardia della riservatezza ma che per quest'ultima assume una peculiare rilevanza. Si tratta, infatti, di stabilire se possa qui riproporsi lo schema, a mia opinione in generale valevole sul terreno della salvaguardia dei diritti fondamentali, che vede legislatore e giudici (nazionali e non, costituzionali e comuni) sollecitati ad una intensa, costante "leale cooperazione" al fine di apprestare la miglior tutela possibile, alle condizioni oggettive di contesto, ai diritti nel loro fare "sistema" coi restanti beni della vita o interessi costituzionalmente protetti²². Il modello vincente è infatti, a mia opinione, quello che si ha ogni qual volta ad una prima ed essenziale disciplina offerta dal legislatore (specie a mezzo di disposizioni sufficientemente duttili, in buona sostanza *per principia*) faccia seguito l'intervento dei giudici²³, specie costituzionali o materialmente costituzionali²⁴, non di rado esso pure connotato da strutturale duttilità e perciò produttivo di principi, fino a pervenire ai terminali delle operazioni di giustizia, i giudici comuni, sollecitati a porre in essere non poche volte un'attività non già di mera *applicazione* – come, invece, un'accreditata dottrina ritiene²⁵ – bensì di *attuazione* degli enunciati di principio contenuti negli atti legislativi o giurisdizionali nei cui riguardi si pongono in funzione servente.

Viene, dunque, in circostanze siffatte – mi è capitato di dire in altre occasioni²⁶ – a formarsi una "catena" di atti funzionalmente connessi e convergenti verso il medesimo fine, una catena provvista di una sua propria, complessiva connotazione e perciò produttiva di un proprio effetto giuridico, che ovviamente non esclude bensì comprende gli effetti prodotti dai singoli atti che la compongono. È importante, comunque, non perdere di vista l'importanza di rendere quanto più possibile duttili e *soft* gli interventi, positivi e giurisprudenziali (e, segnatamente, quanto a questi ultimi, quelli per mano del giudice costituzionale) provvisti di generale valenza, sì da renderli agevolmente adattabili alla varietà dei casi.

Un esempio con riguardo proprio al nostro tema. E, dunque, si pensi alla vessata questione relativa al diritto del figlio a conoscere le proprie origini biologiche. Sappiamo tutti com'è stata salomonicamente risolta dalla Corte EDU, in [Godelli](#), e a seguire dalla Consulta in modo da conciliare le aspettative del figlio stesso con la volontà, che potrebbe perdurare, della madre a

²² Ne ho discusso in più luoghi di riflessione scientifica, tra i quali *Linguaggio del legislatore e linguaggio dei giudici, a garanzia dei diritti fondamentali*, in [Consulta OnLine](#), III/2015, 13 novembre 2015, 769 ss.

²³ Sappiamo, poi, che non poche volte la disciplina legislativa manca del tutto, con la conseguenza che i giudici si trovano obbligati a fare applicazione diretta della Costituzione o di altre Carte; ed è interessante notare, con riguardo al caso che si faccia uso di queste ultime, che, in realtà, la legge... *c'è*, ed è appunto data dall'atto di esecuzione della Carta stessa e che la *diretta applicazione* di quest'ultima (che, in realtà, come si passa subito a dire, ancora meglio dovrebbe molte volte dirsi *attuazione*, sia pure con effetti circoscritti al caso) non è affatto da considerare una evenienza impossibile o, di più, illecita, secondo quanto opina certa giurisprudenza.

²⁴ Tali sono stati da una sensibile dottrina (tra gli altri, A. CERRI, *Corso di giustizia costituzionale plurale*, Giuffrè, Milano 2012; B. RANDAZZO, *Giustizia costituzionale sovranazionale. La Corte europea dei diritti dell'uomo*, Giuffrè, Milano 2012; D. TEGA, *I diritti in crisi. Tra Corti nazionali e Corte europea di Strasburgo*, Giuffrè, Milano 2012, spec. 63 e 143; altri riferimenti in GUAZZAROTTI, *La CEDU e l'Italia: sui rischi dell'ibridazione delle tutele giurisdizionali dei diritti*, in *Giur. cost.*, 4/2013, 3657 ss.) considerati gli stessi giudici europei, sempre più portati in non poche occasioni a conformarsi appunto quali giudici costituzionali; e basti solo al riguardo pensare ai non pochi punti di contatto che si hanno tra le decisioni-pilota della Corte EDU e le additive di principio del giudice delle leggi.

²⁵ Ancora di recente, così, M. LUCIANI, *Funzioni e responsabilità della giurisdizione. Una vicenda italiana (e non solo)*, in [www.rivistaaic.it](#), 3/2012, 3 luglio 2012, spec. al § 4, ma *passim*, e, dello stesso, *Garanzie ed efficienza nella tutela giurisdizionale*, in [www.rivistaaic.it](#), 4/2014, 10 ottobre 2014.

²⁶ Ad es., in *Maggiore o minor tutela nel prossimo futuro per i diritti fondamentali?*, in [Consulta OnLine](#), 1/2015, 5 febbraio 2015, 33 ss., spec. 55 ss.

mantenere l'anonimato. Ebbene, proprio di recente, chiamata a pronunciarsi al riguardo la Cassazione ha fatto luogo ad un nuovo e diverso bilanciamento tra gli interessi in campo, considerando recessiva la posizione della donna se defunta²⁷.

Non è di qui, ovviamente, stabilire se quest'esito sia, o no, apprezzabile²⁸; ha rilievo solo mostrare come possano darsi plurime "varianti" – se così può dirsi – anche di un medesimo caso, con la conseguenza che il suo irrigidimento a mezzo di una disciplina, non importa ora se di legislativa o giurisprudenziale fattura, unica, *bonne à tout faire*, costituirebbe un grave errore, pregiudizievole in non poche circostanze per gli interessi in gioco (per alcuni ovvero persino per tutti), vale a dire foriera di squilibrati bilanciamenti assiologicamente ispirati.

4. *Segue: b) se il tandem riserva di legge e riserva di giurisdizione a garanzia dei diritti possa valere anche in relazione alle vicende via Internet e, una volta spostato il perno della tutela in sede internazionale e sovranazionale, cosa possa realisticamente attendersi a seguito del varo del nuovo regolamento eurounitario sulla privacy*

Il secondo punto evoca in campo una micidiale questione della teoria costituzionale, ponendo sotto *stress* antiche e consolidate credenze relative alle stesse basi portanti degli istituti costituzionali, in specie appunto di quelli concernenti la salvaguardia dei diritti costituzionali.

Ci si deve, dunque, chiedere se il *tandem* riserva di legge/riserva di giurisdizione possa dimostrarsi adeguato a far fronte al bisogno complessivo di garanzia manifestato dal diritto di cui qui si discorre nel suo stare davanti a (e talora contro) altri diritti o interessi meritevoli di tutela.

La questione si pone con inusitata gravità proprio in relazione alla diffusione dei dati via *Internet*. Perché il vero è che le garanzie classiche dei diritti di libertà sono state pensate per un contesto in cui l'intervento del giudice poggianti sul previo intervento del legislatore era considerato sufficiente a contenere le minacce o le offese recate ai diritti tanto dai soggetti privati quanto dai pubblici poteri (e, segnatamente, com'è a tutti noto, dal potere esecutivo). Erano, cioè, pensate per un contesto connotato dalla chiusura autoreferenziale in se stesso dello Stato nazionale, in grado di assicurare da solo tutela ai consociati e di mantenere integri ed invalicabili i propri confini territoriali.

Questo scenario si è ormai dissolto col mondo "globalizzato" – come suol essere chiamato, in modo pur largamente approssimativo e francamente rozzo ma efficace – nel quale tutti noi siamo immersi ed operiamo.

La stessa legge – a dirla tutta – appare ormai essere, per molti aspetti, un "ferro vecchio", uno strumento inadeguato a far fronte a taluni pressanti bisogni; lo sono, più in genere, le procedure parlamentari, terribilmente lente e farraginose, palesemente inadeguate a far fronte ai bisogni stessi²⁹. Nel tempo in cui gli spostamenti avvengono perlopiù in aereo o, comunque, con mezzi veloci fa sorridere e suona complessivamente bizzarra ed ingenua l'idea di seguitare a ricorrere alla diligenza a cavalli³⁰.

²⁷ V. Cass., I sez. civ., sent. n. 15024 del 2016.

²⁸ E, a mio modo di vedere, qualche perplessità invero la solleva, per le ragioni che si trovano rappresentate nel mio *Giurisdizione e diritti*, cit., 366 in nt. 50.

²⁹ Un esempio, di lampante evidenza, per tutti con riguardo ad un ordine tematico qui non interessante; e, dunque, si pensi alla delibera parlamentare dello stato di guerra, ancora oggi richiesta dalla Carta, quando ormai la reazione ad eventuali aggressioni esterne ha da essere immediata e la stessa guerra non è, da una parte e dall'altra, "dichiarata", come invece ingenuamente richiede la Carta stessa.

³⁰ Questa immagine, come pure la qualifica di "ferro vecchio", con le sue opportune precisazioni, sono già nel mio *Dal caos delle fonti*, secondo forma, *all'ordine delle norme*, secondo valore: *note dolenti su un'annosa e spinosa questione*, in AA.VV., *Gli atti normativi del Governo tra Corte costituzionale e giudici*, a cura di M. Cartabia - E. Lamarque - P. Tanzarella, Giappichelli, Torino 2011, 474.

La circostanza, poi, che può in via sussidiaria intervenire il Governo in vece delle Camere, specie con lo strumento del decreto-legge³¹, non consola più di tanto e dà piuttosto conferma della strutturale inadeguatezza della sede della rappresentanza politica a dare complessivo appagamento ai bisogni medesimi. Ed è chiaro che, allora, ad essere in gioco non sono solo gli equilibri della forma di governo ma la stessa forma di Stato, dal momento che, nel corso di queste vicende, ad essere coinvolto è il valore democratico, nel suo fare “sistema” coi valori restanti: un valore che, per il fatto stesso di essere (non casualmente) evocato nell’*incipit* della legge fondamentale della Repubblica, testimonia che, una volta che dovesse trovarsi sotto *stress* o, diciamo pure, sacrificato nel corso di talune vicende politico-istituzionali di straordinario rilievo, fatalmente trascinerrebbe nella sua caduta tutti i valori fondamentali restanti.

Il vero è che, nel mondo “globalizzato”, solo in seno alla Comunità internazionale o in organizzazioni sovranazionali (tra le quali, principalmente, l’Unione) possono trovarsi le risposte giuste, persuasive, a domande di tutela che, confinate nella sola sede nazionale, sarebbero obbligate a restare inappagate. Non a caso, d’altronde, è venuta, di recente, maturando la diffusa consapevolezza³² della strutturale insufficienza della Carta costituzionale a dare tutela a certi bisogni viepiù pressanti e, di conseguenza, della necessità di far luogo ad un *Internet Bill of Rights*³³, come pure si è avvertita l’esigenza al piano sovranazionale di dar vita ad una nuova disciplina in forma regolamentare delle complesse questioni concernenti la *privacy*. Una disciplina che ha già fatto molto discutere sotto più aspetti³⁴ e che, ad ogni buon conto, già con la sua stessa esistenza dà conferma della dimensione ormai prevalentemente, se non pure esclusivamente, sovranazionale nella quale va ricercata la prima tutela del diritto di cui oggi siamo stati nuovamente chiamati a discorrere.

Così stando le cose, ci si avvede che entrambi le garanzie usualmente adottate in ambito interno, la riserva di legge e la riserva di giurisdizione, mostrano limiti evidenti nelle loro applicazioni a vicende riguardanti diritti interessati dal *web*; un fenomeno che appare tanto più vistoso se posto a raffronto coi poteri di cui risultano al riguardo dotati, per un verso, i privati gestori dei motori di ricerca³⁵ e, per un altro verso, il Garante. In particolare, l’emarginazione del giudice a beneficio di

³¹ Si danno, invero, circostanze al ricorrere delle quali il decreto-legge parrebbe davvero essere il solo strumento utilizzabile e, però, ugualmente inadeguato alla bisogna. Torniamo all’esempio sopra fatto ed immaginiamo che si debba deliberare lo stato di guerra. È pacifico che possa farlo solo il Parlamento, che tra l’altro si trova obbligato a conferire al Governo i poteri necessari per la gestione del fatto bellico. Se, però, si conviene che, come si diceva, si danno circostanze – oggi, forse, proprio le sole concretamente configurabili – al ricorrere delle quali le Camere non hanno modo di poter intervenire con la necessaria tempestività, chi altri se non il Governo potrebbe prenderne il posto? Riusciamo, tuttavia, ad immaginare il caso che il Governo adotti un decreto che conferisca poteri al Governo stesso e che, comunque, potrebbe poi essere non convertito?

³² È interessante notare che la mozione con cui la Camera si è espressa il 3 novembre 2015 a favore della Carta dei diritti su *Internet*, di cui si passa subito a dire, sia stata approvata all’unanimità (con 437 voti a favore e nessun contrario). Un fatto di eccezionale rilievo politico.

³³ ... a riguardo del quale i contributi di AA.VV., *Verso un Internet Bill of Rights*, a cura di M. Bassini e O. Pollicino, Aracne, Roma 2015.

³⁴ Riferimenti, ora, in P. PASSAGLIA, *Privacy e nuove tecnologie, un rapporto difficile. Il caso emblematico dei social media, tra regole generali e ricerca di una specificità*, in [Consulta OnLine](#), III/2016, 28 settembre 2016, 332 ss.

Non darei al riguardo particolare rilievo alla circostanza per cui la nuova disciplina eurounitaria della *privacy* si riveste della forma del regolamento, chiamato a prendere il posto della direttiva ad oggi in vigore. Le forme hanno infatti – come si sa – in sede di Unione una mediocre capacità qualificatoria, avendosi non pochi casi di discipline sostanzialmente regolamentari adottate sotto forma di direttiva, e viceversa. E, invero, ciò che conta non è tanto il nome dell’atto quanto la struttura nomologica dei suoi enunciati. La circostanza, poi, per cui qui si passi – come ha fatto notare P. Passaglia, nel suo studio – da una disciplina con funzione armonizzatrice ad una impositiva (ma, su ciò, *infra*) avvalorata ulteriormente l’idea per cui i diritti sul *web* richiedono di essere trattati positivamente e salvaguardati da organi di garanzia disposti in sede sovranazionale, ancora prima che da sedi di produzione normativa ovvero di garanzia dislocate in ambito interno.

³⁵ La stessa giurisprudenza sovranazionale (part., in *Google Spain*, di cui subito *infra*) ha, d’altronde, preso atto del ruolo “paracostituzionale” giocato dai motori di ricerca, com’è stato qualificato da un attento annotatore (O. POLLICINO, *Google rischia di “vestire” un ruolo para-costituzionale*, in *Il Sole 24ore*, 14 maggio 2015). Quanto, poi, tutto ciò (non) stia entro i righi dello spartito costituzionale è cosa talmente evidente da non richiedere qui alcun commento.

quest'ultimo³⁶, autorità amministrativa ma... *indipendente*, mostra come talune esperienze vengano ormai a maturare al di fuori dei binari disegnati nella Carta per il loro svolgimento. La qual cosa, poi, conferma che alcune innovazioni, quale quella che ha portato alla istituzione dell'autorità suddetta, avrebbero dovuto aversi non già (ed esclusivamente) col mezzo della legge comune ma attraverso una nuova e *temporis razione* aggiornata razionalizzazione costituzionale³⁷.

“Globale” essendo la dimensione del *web*, inter- e sovranazionale non può che essere, dunque, la dimensione in cui i problemi posti dal *web* stesso vengono affrontati e, nei limiti del possibile, risolti.

Non è un caso, d'altronde, se alcune delle pronunzie più note e discusse riguardanti la *privacy* (da [Digital Rights Ireland](#) a [Google Spain](#), a [Schrems](#)³⁸) siano state adottate in ambito sovranazionale; ed è proprio questo, dunque, il fronte sul quale promette di essere sempre più di frequente svolta la partita dal cui esito dipendono le sorti della *privacy*.

Allo stesso tempo, la nuova disciplina adottata dall'Unione, ancorché provvista della forma del regolamento, fa largo rimando a fonti di *soft law*, i codici di condotta, a conferma del bisogno, di cui si diceva, di non irrigidire in norme “legislative” stringenti la disciplina di diritti che devono avere altrove la fonte della loro regolazione e, soprattutto, poi la loro tutela, congrua in ragione dei casi, per mano dei giudici.

³⁶ ... della quale, in buona sostanza, prende atto la stessa [Corte cost. n. 247 del 2015](#), malgrado il verdetto d'inammissibilità delle questioni di legittimità costituzionale sollevate dal TAR Lazio.

³⁷ ... restando, ad ogni buon conto, impregiudicata la questione circa i limiti cui la stessa disciplina costituzionale va incontro, dovendosi – come si sa – mantenersi comunque rispettosa dei principi di base dell'ordinamento; ed è tutto da vedere se si possa o no (e, se sì, fino a che punto) abdicare alle garanzie costituite dalle due riserve suddette. Ancora una volta, lo spostamento, pur parziale, delle garanzie al piano sovranazionale potrebbe essere la via giusta, anche se non piana, da percorrere al fine di risolvere in modo complessivamente appagante il problema.

³⁸ In argomento, si è avuta un'autentica pioggia di commenti: *ex plurimis*, O. POLLICINO, oltre che nello scritto sopra cit., in molti altri, tra i quali *Interpretazione o manipolazione? La Corte di Giustizia definisce un nuovo diritto alla privacy digitale*, in [www.federalismi.it](#) - focus TMT, 3/2014, 24 novembre 2014, e *La “transizione” dagli atomi ai bit nel reasoning delle Corti europee*, in *Ragion prat.*, 44/2015, 53 ss., nonché O. POLLICINO - M. BASSINI, *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea nel reasoning dei giudici di Lussemburgo*, in *Dir. inf.*, 2015, 743 ss.; P. FALLETTA, *La Corte di Giustizia, ancora una volta, contro le multinazionali del web* (riflessioni su [Corte di Giustizia UE \(Grande sezione\), 6 ottobre 2015, Schrems c. Data Protection Commissioner, C - 362/14](#)), in [www.federalismi.it](#), 24/2015, 23 dicembre 2015; R. BIFULCO, *La sentenza Schrems e la costruzione del diritto europeo della privacy*, in *Giur. cost.*, 1/2016, 289 ss.; A. GIATTINI, *La tutela dei dati personali davanti alla Corte di giustizia dell'UE: il caso 'Schrems' e l'invalidità del sistema di 'approdo sicuro'*, in *Dir. um e dir. internaz.*, 1/2016, 247 ss.; AA.VV., *La protezione transnazionale dei dati personali. Dal “Safe Harbour principles” al “Privacy Shield”*, a cura di G. Resta e V. Zeno Zencovich, Roma Tre-Press, Roma 2016; M. BONINI, *Sicurezza e tecnologia, fra libertà negative e principi liberali*, cit.; G. DE MINICO, *Antiche frontiere e nuova libertà digitale*, cit. Infine, P. PASSAGLIA, *Privacy e nuove tecnologie, un rapporto difficile*, cit., e A. RALLO LOMBARTE, *El Tribunal de Justicia de la Unión Europea como juez garante de la privacidad en Internet*, cit.

Antonio Ruggeri
Il futuro dei diritti fondamentali e dell'Europa*

SOMMARIO: 1. Il concorso che l'Europa può (e deve) dare all'appagamento dei diritti fondamentali e il significato che, secondo modello, va assegnato ai richiami fatti in Costituzione alle Carte ed alle norme in genere di origine esterna che danno riconoscimento ai diritti stessi (in specie, l'abbandono, al fine di una compiuta osservazione delle relazioni tra le Carte stesse e la Costituzione, della prospettiva formale-astratta e l'opzione per una prospettiva assiologico-sostanziale d'inquadramento sistematico). – 2. “Dialogo” tra Corti e manipolazioni da parte dell'una nei riguardi dell'altra giurisprudenza (esempi tratti da alcune vicende di diritto di famiglia e da esperienze d'inizio-vita). – 3. Convergenze e divergenze degli indirizzi giurisprudenziali, oltre che nelle soluzioni di ordine sostanziale, nelle tecniche decisorie (in specie, il diffuso riscontro di decisioni di principio, le loro ragioni e valenze, la “rinforzata” *efficacia sostanziale* delle pronunzie dei giudici nazionali poggianti su analoghi verdetti dei giudici europei). – 4. Il singolare andirivieni cui, ad avviso della Consulta, l'operatore sarebbe chiamato in sede d'interpretazione e talune vicende dei diritti maturate in ambito economico-sociale, con la conferma da esse data del contributo offerto dalla giurisprudenza europea alla salvaguardia dei diritti stessi, tanto più considerevole laddove la giurisprudenza si esprima a mezzo di pronunzie di principio (l'esempio della nota, sofferta vicenda delle leggi d'interpretazione autentica).

1. Il concorso che l'Europa può (e deve) dare all'appagamento dei diritti fondamentali e il significato che, secondo modello, va assegnato ai richiami fatti in Costituzione alle Carte ed alle norme in genere di origine esterna che danno riconoscimento ai diritti stessi (in specie, l'abbandono, al fine di una compiuta osservazione delle relazioni tra le Carte stesse e la Costituzione, della prospettiva formale-astratta e l'opzione per una prospettiva assiologico-sostanziale d'inquadramento sistematico)

Felice l'intuizione sottesa al titolo della nostra sessione di lavoro che riproduco in testa alla mia riflessione. Si dà infatti, a mia opinione, un rapporto di *mutua, costante e necessaria* implicazione tra i termini della relazione in esso evocati.

Il futuro dei diritti fondamentali è l'Europa (o, meglio, è *anche* l'Europa) perché senza o al di fuori di essa non può aversi un efficace, complessivo appagamento dei diritti stessi. È vero però anche l'inverso: che senza questi ultimi non può aversi la prima, vale a dire che una costruzione solida e duratura dell'Europa unita passa attraverso un'adeguata tutela data ai diritti, riprendendo ed ulteriormente svolgendo il filo della nobile tradizione liberale¹.

Questa tesi è avvalorata tanto secondo diritto quanto secondo esperienza.

Per l'un verso, uno speciale significato va assegnato ai richiami fatti in Costituzione al diritto internazionale e sovranazionale e – per ciò che qui specificamente interessa –, in seno all'uno ed all'altro, ai riconoscimenti dei diritti che si hanno nelle Carte a questi dedicati, tra le quali principalmente la CEDU e la Carta dell'Unione, riconoscimenti – come si vedrà – idonei a concorrere alla integrazione e rigenerazione semantica della Costituzione stessa e, perciò, al suo arricchimento ed alla valorizzazione. Per l'altro verso, indicativo è il raffronto tra il presente ed un passato non remoto in cui la salvaguardia dei diritti veniva ricercata esclusivamente dentro le mura dell'ordinamento interno e, in buona sostanza, attingendo alle sole indicazioni offerte dalla Carta

* Relazione al Convegno su *Costituzione, diritti, Europa. Giornate in onore di Silvio Gambino*, Arcavacata di Rende (CS) 26-27 ottobre 2016, alla cui data lo scritto è aggiornato.

Sono particolarmente grato agli organizzatori di queste Giornate per l'opportunità offertami di dare il mio piccolo contributo ad un incontro di studio che rende onore a Silvio Gambino, persona di straordinario spessore umano, infaticabile ed appassionato studioso, carissimo amico.

¹ È ora tornato ad interrogarsi se i diritti in Europa siano in crisi M. D'ALBERTI, *L'unione europea e i diritti*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 3/2016, 761 ss. Un chiaro affresco della tutela dei diritti può ora aversi da V. ZAGREBELSKY - R. CHENAL - L. TOMASI, *Manuale dei diritti fondamentali in Europa*, Il Mulino, Bologna 2016.

costituzionale², non essendo ancora giunta a maturazione la consapevolezza dei benefici che avrebbero potuto venire ai diritti per effetto delle Carte suddette e persino prima della loro adozione o formale entrata in vigore grazie alla coraggiosa intraprendenza di una illuminata giurisprudenza (come appunto si è avuto in seno alle Comunità europee prima e, quindi, all'Unione)³. Al tirar delle somme, all'esito cioè di un'attenta ponderazione delle tutele nel complesso avutesi nei due contesti, non possono ignorarsi – lo si vedrà meglio a momenti con esempi – i notevoli passi in avanti fattisi al servizio dei diritti, specie grazie al c.d. “dialogo” tra le Corti, laddove cioè il diritto vigente si converte e risolve in diritto vivente⁴.

In realtà, su entrambi i piani, quello del modello e l'altro dell'esperienza, su cui si distende e svolge l'analisi si danno ricostruzioni e valutazioni assai varie e reciprocamente discordanti, alcune delle quali sensibilmente divergenti per orientamenti ed esiti rispetto a quelli qui caldeggiati.

Da un canto, i riferimenti implicitamente fatti in Costituzione alle Carte di origine esterna⁵, per effetto della “copertura” in via generale offerta al diritto internazionale ed a quello (ieri comunitario ed oggi) eurounitario, sono comunemente intesi nel senso che sarebbe comunque confermata la

² Sta qui – come si sa – il connotato maggiormente qualificante (e, però, anche il limite) del modello di Stato nazionale affermatosi nel corso dell'esperienza liberale. Va, tuttavia, aggiunto che, senza questa esperienza, non si sarebbe avuto il suo stesso superamento, preparato e *quodammodo* favorito dalle stesse Carte costituzionali del secondo dopoguerra e, dunque, anche dalla nostra, col disegno in essa fatto dei lineamenti di uno Stato non più chiuso in modo autoreferenziale in se stesso bensì aperto alla Comunità internazionale e ad organizzazioni sovranazionali e, perciò, disponibile ad integrarsi in forme inusuali con altri Stati (ma, di ciò, *amplius, infra*).

³ Non si dimentichi il ruolo di prima grandezza svolto in ambito sovranazionale dalla giurisprudenza a salvaguardia dei diritti pure al tempo in cui non c'era ancora una Carta che li riconoscesse e pur dopo il varo di quest'ultima ma prima della sua formale entrata in vigore. Altra questione, su cui ora non è possibile intrattenersi, è cosa sia mutato con l'ingresso sulla scena della Carta dell'Unione, in particolare se ed in che misura essa abbia potuto innovare alle “tradizioni” giurisprudenziali, cui pure era tenuta a dar voce, ovvero abbia sollecitato il rinnovo delle stesse [su ciò, per tutti, L. TRUCCO, *Carta dei diritti fondamentali e costituzionalizzazione dell'Unione europea. Un'analisi delle strategie argomentative e delle tecniche decisorie a Lussemburgo*, Giappichelli, Torino 2013; O. POLLICINO, *Corte di giustizia e giudici nazionali: il moto “ascendente”, ovvero l'incidenza delle “tradizioni costituzionali comuni” nella tutela apprestata ai diritti dalla Corte dell'Unione*, in AA.VV., *Crisi dello Stato nazionale, dialogo intergiurisprudenziale, tutela dei diritti fondamentali*, a cura di L. D'Andrea - G. Moschella - A. Ruggeri - A. Saitta, Giappichelli, Torino 2015, 93 ss., e, dello stesso, *Della sopravvivenza delle tradizioni costituzionali comuni alla Carta di Nizza: ovvero del mancato avverarsi di una (cronaca di una) morte annunciata*, in AA.VV., *La Carta dei diritti dell'Unione Europea e le altre Carte (ascendenze culturali e mutue implicazioni)*, a cura di L. D'Andrea - G. Moschella - A. Ruggeri - A. Saitta, Giappichelli, Torino 2016, 91 ss.; G. BRONZINI, *La Carta dei diritti dell'Unione europea come strumento di rafforzamento e protezione dello Stato di diritto*, in *Pol. dir.*, 1-2/2016, 15 ss.].

⁴ “Significativa”, a giudizio di un'accreditata dottrina (M. CARTABIA, *I diritti in Europea: la prospettiva della giurisprudenza costituzionale italiana*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1/2015, 29 ss., spec. 40 ss.), l'influenza esercitata sulla giurisprudenza costituzionale da quelle delle Corti europee; ulteriori ragguagli possono al riguardo aversi dalla corposa ricerca di AA.VV., *Le tutele nel dedalo d'Europa*, a cura di E. Falletti e V. Piccone, Editoriale Scientifica, Napoli 2016, nonché, ora, da V. ZAGREBELSKY - R. CHENAL - L. TOMASI, *Manuale dei diritti fondamentali in Europa*, cit.

⁵ Si può discutere in merito alla mancata menzione esplicita delle Carte. Se, per un verso, se ne può rinvenire giustificazione in ragioni di ordine storico, mal si spiega siffatta mancanza al momento in cui è stato introdotto il limite dell'osservanza degli obblighi internazionali nel nuovo art. 117, I c. Né varrebbe opporre che il riferimento alle Carte sarebbe privo di senso per le leggi regionali, vuoi per il fatto che il limite suddetto si riferisce ad ogni legge (e, dunque, anche a quelle statali, per le quali anzi si presenta autenticamente innovativo, dal momento che – come si sa – le Regioni erano, e sono, tenute a prestarvi ossequio già da tempo) e vuoi ancora per il fatto che non è affatto vero che le fonti di autonomia non possono avere ad oggetto i diritti fondamentali o, come che sia, concorrere alla loro tutela, secondo quanto ha, ancora di recente, dimostrato la corposa ricerca su *Diritti e autonomie territoriali*, curata da A. Morelli e L. Trucco, Giappichelli, Torino 2014.

D'altro canto, la tesi che giudica superfluo il riferimento espresso alle Carte, in quanto ricompreso in quello in via generale fatto al diritto internazionale pattizio, muove dall'assunto – a mia opinione, errato – della totale parificazione di regime di tali documenti normativi rispetto a qualunque fonte di diritto internazionale scritto. Di contro, il riferimento *ad hoc* avrebbe rinvenuto (e potrebbe anche un domani rinvenire) giustificazione proprio al fine di mettere in evidenza la diversa condizione in cui tutti tali atti si trovano in ragione dei loro contenuti e del modo con cui essi si rapportano ai valori fondamentali dell'ordinamento (e, segnatamente, ai principi di libertà ed eguaglianza, nel loro fare “sistema” col principio della pace e della giustizia tra le Nazioni).

Giudico urgente che sia colmata questa lacuna.

primauté della legge fondamentale della Repubblica. È vero che siffatto primato si presenta “graduato”, valendo per ogni norma costituzionale, laddove dovesse riscontrarsene l’incompatibilità con norma di altra Carta (e, segnatamente, della CEDU) diversa dalla Carta dell’Unione, la quale ultima, al pari di ogni fonte eurounitaria, andrebbe incontro all’osservanza dei soli principi fondamentali dell’ordinamento costituzionale. Un differenziato regime – va avvertito – che tuttavia, anche dalla prospettiva adottata dalla dottrina ora richiamata (nella quale, come dirò, non mi riconosco), parrebbe assottigliarsi fino a svanire del tutto sol che si consideri che – per i contenuti di cui tutte le Carte sono dotate, nonché (e soprattutto) per il linguaggio fatto a maglie larghe (e, in qualche punto, larghissime) attraverso cui esse si esprimono – il raffronto (e perciò, in punto di astratto diritto, il conflitto) parrebbe restringersi alle sole norme espressive di principi fondamentali o, comunque, direttamente ed immediatamente discendenti da questi e perciò ad essi strumentalmente connesse.

Sta di fatto che, a stare all’indirizzo patrocinato dagli studiosi cui si fa ora riferimento, il contrasto tra la nostra e le altre Carte dovrebbe per sistema risolversi a vantaggio dell’una ed a discapito delle altre. È questo, *in nuce*, il significato ed il valore della dottrina dei “controlimiti” che, per il modo con cui è usualmente intesa⁶, dovrebbe per sistema portare all’affermazione dei principi di base dell’ordinamento costituzionale nei riguardi di qualunque norma con essi confligente. D’altronde, se i principi stessi resistono – secondo opinione corrente – persino agli attacchi ad essi mossi dalle massime espressioni di potere costituito di diritto interno, le leggi di forma costituzionale, non si vede come possano mai recedere di fronte ad atti o fatti di normazione aventi origine esterna. Questo ragionamento, sotteso a molte riflessioni in argomento, parrebbe tuttavia essere non irresistibile, sol che si pensi che le fonti di origine esterna possono rivendicare a loro “copertura” il valore fondamentale della pace e della giustizia costituzionale, secondo quanto ha peraltro riconosciuto la giurisprudenza a beneficio delle norme dell’Unione, “copertura” di cui sarebbero prive le leggi di forma costituzionale. E però anche questo modo di vedere le cose non persuade appieno, vuoi per la ragione che le leggi in parola potrebbero giovare alla causa della pace e della giustizia internazionale⁷ e vuoi ancora perché potrebbero comunque esse pure risultare dotate di “copertura” in uno o più valori fondamentali (ed anzi in tutti, nel loro fare “sistema”) nei cui riguardi si pongano in funzione servente. Tesi, questa, che ai miei occhi appare sorretta di solido fondamento, ove si ammetta – come a mio modo di vedere si deve⁸ – che la revisione e l’innovazione costituzionale in genere⁹ si giustifica alla sola condizione che si presuma essere la nuova disciplina maggiormente idonea della vecchia a dare specificazione-attuazione ai principi fondamentali dell’ordinamento e, dunque, a complessivamente servirli¹⁰.

⁶ Indicazioni, di recente, in P. FARAGUNA, *Ai confini della Costituzione. Principi supremi e identità costituzionale*, FrancoAngeli, Milano 2015 e, dello stesso, *Il Bundesverfassungsgericht e l’Unione Europea, tra principio di apertura e controlimiti*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2/2016, 431 ss.; AA.VV., *I controlimiti. Primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali*, a cura di A. Bernardi, in corso di stampa per i tipi della Jovene; AA.VV., *Dal giudice garante al giudice disapplicatore delle garanzie. I nuovi scenari della soggezione al diritto dell’Unione europea: a proposito della sentenza della Corte di giustizia Taricco*, a cura di C. Paonessa e L. Zilletti, Pacini, Pisa 2016.

⁷ Non giova addurre in avverso la circostanza per cui la “copertura” dell’art. 11 si indirizzerebbe esclusivamente verso l’esterno, a beneficio di organizzazioni internazionali attrezzate alla salvaguardia dello scopo costituzionale. Sarebbe infatti ben strano che lo Stato non possa spendersi con ogni mezzo di cui dispone al fine di concorrere al raggiungimento dello scopo stesso, rimettendone la realizzazione unicamente ad enti dislocati fuori delle mura domestiche.

⁸ Mi sono sforzato di argomentare questa tesi in più scritti, a partire da *Revisioni formali, modifiche tacite della Costituzione e garanzie dei valori fondamentali dell’ordinamento*, in *Dir. soc.*, 4/2005, 451 ss.

⁹ Per l’aspetto ora considerato, nessun rilievo acquista la pur discussa distinzione tra leggi di revisione costituzionale ed altre leggi costituzionali, di cui è parola nell’art. 138 della Carta, o la ancora più discussa distinzione, d’“invenzione” dottrinale, tra leggi di revisione e leggi di riforma costituzionale.

¹⁰ Ovviamente, non è possibile andare oltre la mera presunzione, dal momento che la stessa, pur risultando dal modello, si trova particolarmente esposta nell’esperienza, laddove diffuse e rilevanti sono le torsioni o – come usa dire – le “modifiche tacite” del modello stesso avutesi nel corso delle pluridecennali esperienze della Repubblica; e basti solo, da ultimo, por mente alla “riscrittura” – com’è stata definita da una sensibile dottrina – del Titolo V operata dalla giurisprudenza costituzionale al fine di porre rimedio a talune sviste ed incongruenze della riforma del 2001. Un esito

Altra questione è, poi, se il primato dei principi urtati da norme aventi origine esterna (che, come si diceva, per la comune opinione, si ha sempre, *per sistema*, mentre a mia opinione occorre far luogo a verifiche caso per caso¹¹) si risolva nella nullità-inesistenza delle norme stesse – secondo quanto trovasi affermato in [Corte cost. n. 238 del 2014](#) – ovvero nella loro mera annullabilità: come dire, insomma, riprendendo una partizione affacciata da un’accreditata dottrina¹², se la invalidità sia (e debba sempre essere) *di tipo forte* ovvero *di tipo debole*. Una questione – accenno qui di passaggio – che, a mio modo di vedere¹³, può risolversi in entrambi i versi ora indicati, dovendo di volta in volta “pesarsi” – se così può dirsi – l’entità del contrasto e darsene quindi l’opportuna qualificazione (aggiungo che, a mio modo di vedere, nella stessa pronunzia appena richiamata non è esclusa siffatta eventualità, essendosi essa limitata a rilevare che *in quel caso* il contrasto era appunto “forte”). È poi chiaro che, a seconda della qualifica in concreto data, potrà attivarsi la competenza del giudice comune ovvero quella della Corte costituzionale in ordine a siffatto accertamento; si tenga, tuttavia, presente che, anche ove si sospetti la nullità-inesistenza della norma, ugualmente ad avviso di alcuni studiosi potrebbe rivelarsi opportuno o addirittura necessario che sia investito il giudice delle leggi affinché ne dia conferma, seppur attraverso una pronunzia di manifesta inammissibilità della questione. Una eventualità, questa della chiamata in campo della Corte, che, però, in alcune circostanze si dimostra praticamente impossibile o addirittura sconsigliata¹⁴.

Come che stiano al riguardo le cose, avverso la comune opinione che vede nei principi fondamentali dell’ordinamento costituzionale un limite comunque invalicabile dalle norme di origine esterna possono, a parer mio, essere adottati plurimi argomenti di ordine teorico e, prima ancora, di ordine metodico.

Due, in particolare, mi sembrano essere le cose da tenere maggiormente presenti.

Per un verso, va considerato che una stessa norma – non importa, dal punto di vista generale ora adottato, se interna o esterna – può, a un tempo, urtare un principio e servirne un altro (o altri), il conflitto dunque richiedendo di essere risolto in applicazione della “logica” usuale dei bilanciamenti su basi di valore e secondo i casi¹⁵. È, dunque, da mettere in conto tanto l’eventualità che lo scudo dei “controlimiti” si eriga invalicabile avverso l’ingresso in ambito interno di norme internazionali o sovranazionali, quanto però l’eventualità opposta che le norme stesse trovino ugualmente lo spazio per affermarsi nell’ordine interno ritenendosi per il loro tramite maggiormente salvaguardata

questo – è facile previsione – che verosimilmente si ripeterà qualora dovesse essere confermata la riforma Renzi-Boschi dal referendum che è ormai alle porte.

Di qui, la conseguenza per cui, al momento del varo di una nuova disciplina costituzionale, nessuna certezza o garanzia si ha circa il vero volto che la stessa potrà esibire nell’esperienza.

¹¹ ... per la ragione, che si dirà subito appresso, che il primato di questa o quella norma sull’altra discende all’esito di operazioni di bilanciamento fatte nelle singole vicende processuali, secondo valore.

¹² Il riferimento è, ovviamente, a R. GUASTINI, *Dalle fonti alle norme*², Giappichelli, Torino 1992, 207 ss. Analoga, in buona sostanza, alla partizione richiamata nel testo è quella tra *anticostituzionalità* ed *incostituzionalità* patrocinata da A. SPADARO, già in *Limiti del giudizio costituzionale in via incidentale e ruolo dei giudici*, ESI, Napoli 1990, 262 ss., e quindi in altri scritti.

¹³ Ne ho discusso nel mio *Conflitti tra norme internazionali consuetudinarie e Costituzione, atto secondo: quale i possibili “seguiti” della 238 del 2014?*, in [Consulta OnLine](#), 1/2015, 4 marzo 2015, 78 ss.

¹⁴ Nel mio scritto da ultimo cit., faccio l’esempio, volutamente esasperato, di una legge macroscopicamente invalida (in senso forte) che stabilisca l’obbligo di soppressione in sala parto dei nati coi capelli rossi, della quale sarebbe aberrante il solo immaginare che possa essere caducata esclusivamente con un colpo di scure della Consulta. Un esempio, dunque, chiaramente insensato; e però, come sappiamo, è proprio prospettando i casi di scuola che si risolvono anche quelli non di scuola.

¹⁵ Quest’argomento, coi suoi conseguenti svolgimenti, è espresso in alcuni miei scritti, tra i quali, di recente, *Primato del diritto sovranazionale versus identità costituzionale? (Alla ricerca dell’araba fenice costituzionale: i “controlimiti”)*, in AA.VV., *I controlimiti. Primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali*, cit., nonché in [www.forumcostituzionale.it](#), 9 aprile 2016, e in *Lo Stato*, 6/2016, 47 ss. Nella stessa op. coll. ora cit. la tesi da me caldeggiata è stata fatta, ancora una volta, oggetto di critica serrata da più autori, cui mi sono sforzato di replicare nel mio *A difesa della idoneità delle norme europolitane a derogare a norme costituzionali sostanziali e della “europeizzazione” dei controlimiti*, ancora nell’op. coll. sopra cit. e in [www.forumcostituzionale.it](#), 21 luglio 2016.

la Costituzione come “sistema”¹⁶, ovverosia essere minore il sacrificio richiesto alla Costituzione stessa rispetto al caso opposto che si faccia valere l’arma dei “controlimiti”.

Come si vede, il punto fermo e costante di riferimento è pur sempre dato dalla Costituzione, specie nei suoi valori di libertà ed eguaglianza, la *coppia assiologica fondamentale* – come a me piace chiamarla – dalla cui sintesi origina la giustizia e per il cui tramite la dignità della persona umana, l’autentico *Grundwert* dell’ordinamento, riceve il suo più genuino e qualificante invero. Perciò, quando pure si dovesse pervenire alla conclusione secondo cui la Costituzione, in questa o quella sua norma (e persino in un principio fondamentale), si trovi costretta a recedere di fronte ad altra norma di origine esterna, essa si realizzerebbe ugualmente al meglio di sé, alle condizioni oggettive di contesto, dal momento che quest’esito rinverrebbe in tesi giustificazione nel principio della miglior tutela¹⁷, vale a dire nella “metanorma” che presiede ai bilanciamenti secondo valore, anche nelle loro proiezioni al piano delle relazioni interordinamentali. E, invero, non si vede perché mai la “logica” dei bilanciamenti debba restare circoscritta ai soli casi di conflitti intraordinamentali. Ciò che varrebbe come lasciar fuori, per un assiomatico preorientamento, dall’area entro cui i bilanciamenti in parola hanno luogo i principi di cui agli artt. 10 e 11 (nel loro fare “sistema” con gli artt. 2 e 3 ed i principi fondamentali restanti), nei quali, per comune riconoscimento, è da rinvenire il fondamento dell’apertura al diritto internazionale e sovranazionale.

Ad avvalorare l’idea della improponibilità della tesi corrente in tema di “controlimiti” è, poi, la circostanza per cui gli ordinamenti non possono ormai più (se mai hanno potuto...) essere visti come rigidamente separati ed anzi reciprocamente ed irriducibilmente contrapposti, a mo’ di eserciti schierati in campo e portati a farsi una guerra senza risparmio di colpi. È vero che non sono neppure *pleno iure* integrati; sono, però, in via di *tendenziale e progressiva integrazione*: un’esperienza, questa, ad oggi connotata da fluidità di movenze ed afflitta – va riconosciuto – da non poche né lievi contraddizioni e carenze, particolarmente vistose le une e le altre proprio sul terreno su cui va maturando la complessiva vicenda dei diritti e delle forme della loro tutela. Ma un’esperienza che, appunto, è già qui, in tutto il suo corposo spessore, sotto i nostri occhi ed ha una sua conformazione che non merita di essere ignorata o, peggio, travisata e distorta.

Ora, la spinta più vigorosa per l’ulteriore avanzamento di siffatto processo viene proprio dalle Carte in genere (Costituzione inclusa), laddove cioè la mutua e feconda integrazione interordinamentale appare nella sua più elevata e nitida espressione, secondo quanto è peraltro da tempo avvertito non solo dalla più sensibile dottrina¹⁸ ma – per ciò che qui maggiormente importa – dalla stessa giurisprudenza. E mi piace qui far nuovamente richiamo alla nota [sent. n. 388 del 1999](#), in cui è lapidariamente affermato che la Costituzione e le altre Carte “*si integrano reciprocamente*

¹⁶ L’idea di “sistema” e il bisogno di darvi una speciale protezione al piano costituzionale è – come si sa – costantemente presente nella giurisprudenza costituzionale che, specie di recente, vi ha fatto molte volte richiamo (tra le altre, v. le decisioni nn. [236 del 2011](#); [264 del 2012](#); [1, 170 e 202 del 2013](#); [10 e 49 del 2015](#)).

¹⁷ ... al quale una crescente dottrina mostra opportunamente attenzione, rimarcandone la centralità di posto nelle operazioni di bilanciamento coinvolgenti i diritti [tra gli altri, A. SPADARO, *Sull’aporia logica di diritti riconosciuti sul piano internazionale, ma negati sul piano costituzionale. Nota sulla discutibile “freddezza” della Corte costituzionale verso due Carte internazionali: la CSE e la CEAL*, in [Consulta OnLine](#), 2/2015, 3 giugno 2015 e, dello stesso, ora, *La “cultura costituzionale” sottesa alla Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea, fra modelli di riferimento e innovazioni giuridiche*, in AA.VV., *La Carta dei diritti dell’Unione Europea e le altre Carte (ascendenze culturali e mutue implicazioni)*, cit., 9 ss., spec. 55 ss.; pure *ivi*, C. SALAZAR, *I diritti sociali nel “gioco delle tre Carte”: qualche riflessione*, 217 ss. e L. D’ANDREA, *A mo’ di sintesi: ordinamento europeo e costituzionalismo contemporaneo*, 299 ss., spec. 314 ss.; G.M. SALERNO, *I diritti fondamentali tra le tradizioni costituzionali comuni e i controlimiti a tutela dell’identità costituzionale*, in *Il Filangieri*, Quad. 2014 su *Unione europea e principi democratici*, Jovene, Napoli 2015, 103 ss.; L. CAPPUCIO, *La massima espansione delle garanzie tra Costituzione nazionale e Carte dei diritti*, in *Scritti in onore di G. Silvestri*, I, Giappichelli, Torino 2016, 412 ss.; pure *ivi*, G. D’AMICO, *La massima espansione delle libertà e l’effettività della tutela dei diritti*, 706 ss., e C. PANZERA, *Rispetto degli obblighi internazionali e tutela integrata dei diritti sociali (prime notazioni)*, II, 1659 ss., spec. 1664 ss.].

¹⁸ Per tutti, in aggiunta ad AA.VV., *Le tutele nel dedalo d’Europa*, cit., v. R. CONTI, in molti scritti, tra i quali, nel modo più organico, *La Convenzione europea dei diritti dell’uomo. Il ruolo del giudice*, Aracne, Roma 2011, e *I giudici ed il biodiritto. Un esame concreto dei casi difficili e del ruolo del giudice di merito, della Cassazione e delle Corti europee*², Roma 2014.

nella interpretazione”. Un’affermazione che, per il tempo in cui è stata fatta, sembra essere quasi profetica, pur se condizionata – a mia opinione, negativamente – da altra affermazione contenuta nella stessa pronunzia, con la quale la Consulta ha orgogliosamente (e, però, a mia opinione, temerariamente) rivendicato a beneficio della nostra Carta il titolo, a suo dire inconfutabile (e perciò assiomaticamente posto), di fonte idonea ad assicurare *in ogni caso* ai diritti una tutela “non meno intensa” di quella apprestata dalle altre Carte. Insomma, una pronunzia, quella cui si fa ora riferimento, espressiva di un pensiero complesso, a un tempo attratto dal corno della parità tra le Carte e dell’apertura al diritto di origine esterna e da quello del primato della Carta nazionale e della chiusura a riccio, in modo autoreferenziale, dell’ordine interno in se stesso.

E, invero, a tutt’oggi il giudice delle leggi non è riuscito a sottrarsi a queste oscillazioni in cui, a conti fatti, si rispecchiano indirizzi metodico-teorici reciprocamente irriducibili ad unità, che il giudice stesso assume invece di poter far convivere avvalendosi di siffatto *mix* concettuale eterogeneo in forme continuamente cangianti, come in un ideale caleidoscopio, e secondo occasionali convenienze. Non ci si avvede, tuttavia, in tal modo, che il primato può, sì, aversi (ma solo, a mio modo di vedere, al *piano culturale*, non pure a quello *positivo*), a beneficio ora di questa ed ora di quella Carta che nel mercato dei diritti si dimostri dotata della merce migliore e riesca dunque a lasciare un segno maggiormente marcato di quello impresso dalle altre nel circolo interpretativo in cui tutte si immettono al fine di potersi reciprocamente comporre in unità significativa e porsi perciò a fondamento di un unitario, seppur internamente articolato e composito, “sistema di sistemi”.

2. “Dialogo” tra Corti e manipolazioni da parte dell’una nei riguardi dell’altra giurisprudenza (esempi tratti da alcune vicende di diritto di famiglia e da esperienze d’inizio-vita)

Delle oscillazioni in parola si hanno numerose e rilevanti testimonianze nell’esperienza, il cui esame nondimeno si rivela essere estremamente disagiata e scivolosa.

Va, al riguardo, avvertito che l’indagine, al fine di potersi dire (se non compiuta comunque) provvista di un apprezzabile grado di organicità, dovrebbe distendersi sopra ogni campo materiale su cui si radicano i diritti fondamentali, ovunque tentandosi di stabilire quali frutti siano venuti dal “dialogo” tra le Corti, quali cioè le sue forme e gli effetti. La qual cosa non può, per evidenti ragioni, qui farsi e ci si dovrà dunque limitare ad una riflessione di sintesi avuto esclusivo riguardo ad alcuni ambiti selezionati tra quelli di maggior interesse sotto un duplice ed opposto profilo: ora per il fatto che in essi si hanno numerose e tangibili testimonianze della mutua influenza esercitata dall’una nei riguardi dell’altra Carta ed ora per le difficoltà riscontratesi circa la possibilità di pervenire a convergenti orientamenti giurisprudenziali. Nell’idea di “dialogo” è, infatti, insita – come si sa – tanto l’eventualità dell’accordo quanto quella del disaccordo: il “dialogo” è, cioè, un *metodo* o una *direttiva d’azione*, non il *risultato* della loro applicazione, è parlarsi e comprendersi ma non necessariamente, seppur auspicabilmente, convenire sulle medesime posizioni¹⁹.

L’esperienza, in effetti, mostra tanto le convergenze quanto le divergenze d’indirizzo: le une e le altre comunque salutari laddove mosse e giustificate dall’intento di servire al meglio i diritti e perciò di tendere alla loro più adeguata tutela in ragione dei casi. D’altro canto, anche laddove dovessero manifestarsi orientamenti divaricati, ugualmente potrebbe aversene un giovamento per la causa dei diritti, i conflitti sollecitando non di rado ripensamenti di giurisprudenza suscettibili in talune circostanze di risolversi in una più adeguata salvaguardia dei diritti e, in genere, degli interessi meritevoli di tutela, anche in considerazione di sopravvenuti mutamenti di contesto.

I campi materiali nei quali il “dialogo”, nelle sue due espressioni appena descritte, ha preso

¹⁹ Alle volte, infatti, il dialogo appare essere – come ha efficacemente fatto di recente notare F. GIUFFRÈ, *Corte costituzionale e Corte europea dei diritti dell’uomo: un dialogo senza troppa confidenza*, in www.federalismi.it, 7/2016, 6 aprile 2016, con specifico riguardo ai rapporti tra Corte costituzionale e Corte EDU – “senza troppa confidenza”.

corpo con la maggiore frequenza sono quelli su cui insistono i diritti etico-sociali, per un verso, e, per un altro verso, i diritti economico-sociali. Il quadro complessivo che se ne ha appare estremamente composito, sì da rendersi assai problematico enucleare un unitario e ben definito indirizzo di questa o quella Corte persino per uno stesso ambito di esperienza. Il frequente mutamento dei contesti, poi, in cui s'inscrive e prende forma la tutela dei diritti porta naturalmente al rinnovo, anche a breve turno di tempo (ed alle volte persino a ritmi incalzanti), della giurisprudenza, sotto la spinta di plurimi fattori, tra i quali le nuove acquisizioni della scienza e della tecnologia, nonché i condizionamenti esercitati dal bisogno pressante di far fronte all'emergenza terroristica o alla crisi economica (l'una e l'altra – a quanto pare – ormai endemiche e suscettibili di pesare fortemente sulle aspettative di tutela di molti diritti).

Così stando le cose, non suona strano che, allo stesso tempo in cui alcuni diritti hanno avuto, in determinate circostanze, modo di espandersi e farsi valere anche in forme inusuali rispetto ad un recente passato, questi stessi o altri diritti, in circostanze diverse, ne hanno invece non poco sofferto.

V'è poi un punto su cui, a mia opinione, giova fermare particolarmente l'attenzione; ed è che, quando pure l'una Corte ha tenuto a marcare la distanza dalle altre, ugualmente ne ha non di rado subito l'influenza. E questo stato di cose appare connotato da una certa fluidità di movenze ed opacità di quadro, sì da non potersi prevedere se e in che senso il “dialogo” giurisprudenziale potrà evolversi.

Faccio solo un esempio al riguardo al fine di dare un minimo di concretezza al discorso che vado ora facendo.

Si consideri, ad es., la sofferta vicenda delle coppie omosessuali e delle loro attese di poter dar vita ad una unione coniugale a tutti gli effetti. Ebbene, credo che pochi dubbi possano aversi a riguardo del fatto che la sollecitazione in modo vigoroso indirizzata da [Corte cost. n. 138 del 2010](#) al legislatore e volta alla produzione di una disciplina normativa adeguata a farsi carico degli interessi che fanno capo alle coppie in parola abbia avuto proprio nella giurisprudenza europea sulla famiglia (intesa in larga accezione), se non la sua fonte ispiratrice, un suo costante e rilevante punto di riferimento. Certo, rimane la distanza tra l'idea di “vita familiare” di cui la giurisprudenza stessa mostra di farsi portatrice e quella di “famiglia”, nella sua ristretta e propria accezione fondata *ex art.* 29 cost. sul paradigma eterosessuale della coppia, patrocinata dal nostro giudice delle leggi²⁰. Le

²⁰ Riferimenti sull'una e l'altra accezione di “famiglia”, nella ormai nutrita lett., in E. CRIVELLI, *La tutela dell'orientamento sessuale nella giurisprudenza interna ed europea*, ESI, Napoli 2011; M.G. CUBEDDU, *La dimensione europea del diritto della famiglia*, in *Trattato di diritto di famiglia*, I, t. I, *Famiglia e matrimonio*, a cura di G. Ferrando - M. Fortino - F. Ruscello, Giuffrè, Milano 2011, 83 ss. e, pure *ivi*, J. LONG, *Le fonti di origine extranazionale*, spec. 144 ss., e M. GATTUSO, *Il matrimonio tra persone dello stesso sesso*, spec. 808 ss.; A. SCHUSTER, *Le unioni fra persone dello stesso genere nel diritto comparato ed europeo*, in AA.VV., *Unioni e matrimoni same-sex dopo la sentenza 138 del 2010: quali prospettive?*, a cura di Pezzini - A. Lorenzetti, Jovene, Napoli 2011, 255 ss., spec. 274 ss.; R. TORINO, *La tutela della vita familiare delle coppie omosessuali nel diritto comparato, europeo ed italiano*, Giappichelli, Torino 2012, spec. 199 ss.; S. NINATTI, *Ai confini dell'identità costituzionale. Dinamiche familiari e integrazione europea*, Giappichelli, Torino 2012; AA.VV., *Discriminação por orientação sexual. A homossexualidade e a transexualidade diante da experiência constitucional*, a cura di G. Vidal Marcílio Pompeu e F. Facury Scaff, Conceito, Florianópolis 2012; V. SCALISI, “Famiglia” e “famiglie” in Europa, in *Riv. dir. civ.*, 1/2013, 7 ss.; M.C. VITUCCI, *Orientamento sessuale e adozione nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani*, in *Dir. um., dir. internaz.*, 2/2013, 481 ss. e, della stessa, *amplius*, già, *La tutela internazionale dell'orientamento sessuale*, Jovene, Napoli 2012; F. MANNELLA, *I “diritti” delle unioni omosessuali. Aspetti problematici e casistica giurisprudenziale*, Editoriale Scientifica, Napoli 2013, spec. al cap. II; A. SPERTI, *Omosessualità e diritti. I percorsi giurisprudenziali ed il dialogo globale delle Corti costituzionali*, Pisa University Press, Pisa 2013, 19 ss., e, della stessa, *Eguaglianza, diritto alla differenza e dignità umana nell'attuale dibattito dottrinale e giurisprudenziale sui diritti degli omosessuali*, in *Scritti in onore di G. Silvestri*, cit., III, 2328 ss.; R. CONTI, *Alla ricerca del ruolo dell'art. 8 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Pol. dir.*, 1-2/2013, 127 ss., e, dello stesso, *I giudici e il biodiritto*, cit., spec. alla parte VI (ma *passim*); F. MASTROMARTINO, *Il matrimonio conteso. Le unioni omosessuali davanti ai giudici delle leggi*, Editoriale Scientifica, Napoli 2013; AA.VV., *Same-Sex Couples before National, Supranational and International Jurisdictions*, a cura di D. Gallo - L. Paladini - P. Pustorino, Springer, Berlin 2014; AA.VV., *La famiglia davanti ai suoi giudici*, a cura di F. Giuffrè e I. Nicotra, Editoriale Scientifica, Napoli 2014; A. D'ALOIA, *El matrimonio entre las personas del mismo sexo*:

aperture fatte da quest'ultimo a beneficio delle persone dello stesso sesso²¹ non possono, ad ogni buon conto, essere trascurate; e mi parrebbe innegabile il fatto che esse abbiano lasciato un segno nella pur tardiva e per molti versi inappagante disciplina contenuta nella legge n. 76 del 2016.

La vicenda è, poi, interessante anche per un aspetto che avrebbe forse meritato maggiore considerazione dai pur numerosissimi commenti avutisi in dottrina; ed è dato dal fatto che il “dialogo” racchiude in sé, ovviamente, anche il rischio del fraintendimento, ovvero della manipolazione da parte di uno dei parlanti degli enunciati linguistici dovuti alla penna dell'altro, un fraintendimento non di rado scientemente fatto a bella posta, non potendosi altrimenti centrare l'obiettivo avuto di mira.

Questa eventualità non soltanto può aversi al piano dei rapporti tra giudici europei e giudici nazionali ma anche a quello in cui si svolge il confronto degli uni ovvero degli altri *inter se*.

Per restare all'esempio appena fatto, una conferma di questo stato di cose si è avuta con riguardo alla condizione del transessuale coniugato. A dispetto di quanto scritto nella parte motiva di [Corte cost. n. 170 del 2014](#), in cui il paradigma eterosessuale della coppia coniugata è tenuto fermo, la sent. n. 8097 del 2015 della prima sezione civile della Cassazione ritiene di poter dare congruo (ma, in realtà, infedele) “seguito” al verdetto della Consulta tenendo fermo, sia pure *ad tempus*, il matrimonio del transessuale, in attesa della disciplina legislativa (al tempo mancante) idonea a farsi carico della peculiare condizione della coppia composta da quest'ultimo, caratterizzata da un “pregresso vissuto” – per dirla con la Consulta – meritevole di particolare protezione²².

In ambito familiare (latamente inteso) o in altri a questo contigui molti altri esempi possono addursi a conferma di quanto si viene ora dicendo. E così è marcata l'influenza esercitata dalla giurisprudenza europea con riguardo alle esperienze d'inizio-vita da cui ha tratto alimento la

¿Una irresistible escalada constitucional?, in *An. it.-iberoamer. dir. cost.*, 2014, Editoriale Scientifica, Napoli 2014, 79 ss.; L. LORELLO, *Coppie omosessuali e tutela costituzionale*, Giappichelli, Torino 2015; L. PRINCIPATO, *I profili costituzionali della famiglia, come canone ermeneutico, soggetto giuridico e fattispecie*, in *Giur. cost.*, 2/2015, 649 ss.; C. CAMPIGLIO, *L'applicazione della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea in materia familiare*, in *Dir. um. e dir. internaz.*, 2/2015, 279 ss., e, nella stessa Rivista, F. PESCE, *La tutela europea dei diritti fondamentali in materia familiare: recenti sviluppi*, 1/2016, 5 ss.; V. BALDINI, *Famiglia e diritti connessi alla vita familiare nella giurisprudenza nazionale ed europea*, in *Scritti in onore di G. Silvestri*, I, cit., 105 ss.; pure *ivi*, A. RANDAZZO, *Nuovi modelli di famiglia e dialogo tra le Corti*, III, 1877 ss.; G. BRUNELLI, *Matrimonio same-sex e unioni civili: alla ricerca di una tutela costituzionale e sovranazionale*, in *Scritti in ricordo di P. Cavaleri*, ESI, Napoli 2016, 59 ss.; A. MACCARO - M. MILITERNI, *Famiglia contemporanea tra biodiritto e bioetica*, ESI, Napoli 2016; G. DOSI, *La nuova disciplina delle unioni civili e delle convivenze. Commento alla legge 20 maggio 2016, n. 76, al d.p.c.m. 23 luglio 2016, n. 144, e al d.m. 28 luglio 2016*, Giuffrè, Milano 2016; A. FASANO - G.E. GASSANI, *La tutela del convivente dopo la legge sulle unioni civili*, Giuffrè, Milano 2016; M.C. VENUTI, *La regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e delle convivenze in Italia*, in *Pol. dir.*, 1-2/2016, 95 ss.; AA.VV., *Unioni civili e convivenze di fatto: la legge*, a cura di P. Rescigno e V. Cuffaro, in *Giur. it.*, 7/2016, 1771 ss.; E. GUARDIGLI, *Omosessualità ed eterosessualità nel matrimonio e nelle unioni civili*, in *Fam. e dir.*, 8-9/2016, 781; S. PARISI, *Famiglia “di diritto”: un genere, tre specie? Intorno alla legge Cirinnà sulle unioni civili*, in *Quad. cost.*, 3/2016, 567 ss.; N. COLAIANNI, *Diritto alla vita familiare e unioni civili: la laicità incompiuta*, in www.federalismi.it, 19/2016, 5 ottobre 2016; V. ZAGREBELSKY - R. CHENAL - L. TOMASI, *Manuale dei diritti fondamentali in Europa*, cit., 261 ss. Volendo, v. anche il mio *Famiglie, genitori e figli, attraverso il “dialogo” tra Corti europee e Corte costituzionale: quali insegnamenti per la teoria della Costituzione e delle relazioni interordinamentali?*, in [Consulta OnLine](#), 30 maggio 2014.

²¹ Segnalo in materia, ora, [Corte cost. n. 213 del 2016](#), con cui è stata dichiarata la illegittimità costituzionale dell'art. 33, c. III, l. n. 104 del 1992, nella parte in cui non annovera anche il convivente *more uxorio* tra i soggetti legittimati a fruire del permesso mensile retribuito per l'assistenza ad un familiare portatore di *handicap*, in alternativa al coniuge, parente o affine entro il secondo grado. Del beneficio in parola, dunque, non possono essere private le persone civilmente unite, gravando sulle stesse l'obbligo della mutua assistenza morale e materiale.

Infine, ricordo [Corte cost. n. 225 del 2016](#), che ha rigettato la questione di legittimità costituzionale con cui si sollecitava un intervento additivo al fine di dar modo al minore di mantenere rapporti con persona dello stesso sesso della madre biologica pur dopo la rottura della relazione tra le due donne, assumendo che già il diritto vigente dà modo al giudice di venire incontro all'istanza della parte privata, dal momento che il divieto di frequentazione tra la persona suddetta e il minore opposto dalla madre biologica di quest'ultimo è da considerare pregiudizievole per lo stesso.

²² È appena il caso di rammentare che, con l'entrata in vigore della legge 76, cit., il matrimonio del transessuale dovrebbe essersi ormai convertito, dietro consenso degli interessati, in unione civile.

giurisprudenza costituzionale nella sua opera demolitoria della legge 40 del 2004²³. Permangono, sì, talune gravi oscillazioni e remore non rimosse, di cui ancora di recente si è avuta testimonianza con la [sent. n. 84 del 2016](#), con la quale il giudice delle leggi, allo stesso tempo, riconosce il ruolo cruciale, decisivo, della scienza in ordine alla soluzione di alcune tra le più spinose questioni di biodiritto, tant'è che difettando l'accordo nella cerchia degli scienziati la Costituzione – a suo dire – dovrebbe restare “muta”²⁴, e però sacrifica proprio alcune delle maggiori aspettative della stessa scienza sotto il versante della ricerca scientifica²⁵. Il “silenzio” della Carta²⁶, nondimeno, non si traduce nella neutralità della stessa: risolvendosi, infatti, al piano processuale, nella inammissibilità della questione, di fatto porta all'esito di avallare la disciplina *sub iudice* per un tempo prevedibilmente non breve (fino a quando gli scienziati non avranno fatto chiarezza e raggiunto dunque al proprio interno un accordo...).

Non è di ciò, ad ogni buon conto, che siamo ora nuovamente chiamati a discutere. Importa solo rilevare come una pur cauta e accorta giurisprudenza europea, in cui – com'è noto – è frequente il richiamo alla dottrina del consenso²⁷ e, con esso, la salvaguardia della autodeterminazione discrezionale dei decisori statali²⁸, non abbia comunque fatto da ostacolo a talune non insignificanti

²³ D'altro canto, alcune note pronunzie del giudice europeo (da *S.H. ed altri c. Austria a Costa e Pavan c. Italia*, ad altre ancora) sono assai di frequente richiamate dalla stessa giurisprudenza comune, oltre che ovviamente dalla dottrina, sì da potersi considerare i punti di diritto in esse fissati ormai entrati in circolo e *quodammodo* metabolizzati nella cultura giuridica del nostro tempo. Di tutto ciò si è, ancora di recente, discusso in occasione delle Giornate di studio su *La procreazione medicalmente assistita. Bilancio di un'esperienza, problemi e prospettive*, svoltesi a Messina il 5 e 6 maggio 2016, i cui Atti, a cura di S. Agosta e G. D'Amico, sono in corso di stampa. Con riguardo alle esperienze d'inizio-vita, nella ormai incontenibile lett., richiamo qui solo gli studi monografici di S. AGOSTA, *Bioetica e Costituzione*, I, *Le scelte esistenziali di inizio-vita*, Giuffrè, Milano 2012, e S. PENASA, *La legge della scienza: nuovi paradigmi di disciplina dell'attività medico-scientifica. Uno studio comparato in materia di procreazione medicalmente assistita*, Editoriale Scientifica, Napoli 2015, seguiti da numerosi altri studi degli stessi autori. Altri riferimenti, da ultimo, in C. MASCIOTTA, *La tutela dei diritti fondamentali tra Corte costituzionale e Corte edu alla prova di questioni eticamente controverse*, relaz. al *Quinto seminario annuale dell'Associazione “Gruppo di Pisa” con i dottorandi in materia gius-pubblicistiche*, Università di Roma Tre, 30 settembre 2016, in [www.gruppodipisa.it](#), spec. al § 2.

²⁴ Al riguardo, non è chi non veda la stranezza costituita dal fatto che in molte altre occasioni le divisioni nel mondo della scienza non hanno – giustamente – fatto da ostacolo a pronunzie nel merito, nell'uno o nell'altro senso. E, se così non fosse stato, il giudice non avrebbe potuto, né potrebbe, praticamente pronunziarsi mai.

²⁵ Quest'appunto critico, presente nel mio *Questioni di costituzionalità inammissibili per mancanza di consenso tra gli scienziati (a margine di Corte cost. n. 84 del 2016, in tema di divieto di utilizzo di embrioni crioconservati a finalità di ricerca)*, in *Biolaw Journal* ([www.biodiritto.org](#)), 2/2016, 245 ss., è ora ripreso con originali svolgimenti da G. SORRENTI, *Note minime sul rapporto tra ius, ethos e scientia*, in AA.VV., *La procreazione medicalmente assistita*, cit.

²⁶ Avverto qui di passaggio che altro è il “silenzio” della Carta dovuto ai ritardi ed alle divisioni in seno alla scienza ed altra cosa il “silenzio” addebitabile a lacune di costruzione del dettato costituzionale (in merito alle quali richiamo qui solo l'ampio ed approfondito studio di Q. CAMERLENGO, *Nel silenzio della Costituzione*, in *Dir. soc.*, 2/2014, 267 ss., cui, se si vuole, può aggiungersi il mio *Lacune costituzionali*, in [www.rivistaaic.it](#), 2/2016, 18 aprile 2016).

²⁷ ... per quanto non sempre risulti chiaro il criterio o parametro utilizzato al fine del riscontro del consenso stesso, posto che non risulta decisivo quello meramente quantitativo (così, ora, C. MASCIOTTA, *op. ult. cit.*, che propone “un'articolazione del *consensus* normativo diversificata dal punto di vista ‘qualitativo’ e ‘quantitativo’”, quindi, connotato da “due differenti gradazioni dello stesso: una flessibile, meno restrittiva, incidente sul piano interpretativo, ed una stringente, calcolata in modo rigidamente quantitativo, per misurare la ragionevolezza dell'ingerenza statale”). A mia opinione, il criterio qualitativo, proprio perché tale, per un verso, sollecita il giudice europeo ad un impegno di motivazione in ordine al suo utilizzo ancora maggiore dell'usuale, mentre, per un altro verso, può dotare di spazi più ampi i giudici nazionali in sede d'interpretazione della Convenzione, ben oltre dunque i pur consistenti riconoscimenti in tal senso fatti da [Corte cost. n. 49 del 2015](#).

²⁸ In argomento, nella ormai nutrita dottrina, v. G. RAIMONDI, *La controversa nozione di Consensus e le recenti tendenze della giurisprudenza della Corte di Strasburgo in riferimento agli articoli 8-11 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in [www.europeanrights.eu](#), 11 gennaio 2013, e R. CONTI, *I giudici e il biodiritto*, cit., spec. 214 ss. Sulla dottrina del margine di apprezzamento, tra gli altri, v. J. GARCÍA ROCA, *El margen de apreciación nacional en la interpretación del CEDH: integración y pluralism europeos*, in AA.VV., *Lo strumento costituzionale dell'ordine pubblico europeo. Nei sessant'anni della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (1950-2010)*, a cura di L. Mezzetti - A. Morrone, Giappichelli, Torino 2011, 87 ss.; A. LEGG, *The Margin of Appreciation in International Human Rights Law. Deference and Proportionality*, Oxford University Press, Oxford 2012; D. TEGA, *I diritti in crisi. Tra Corti nazionali e Corte europea di Strasburgo*, Giuffrè, Milano 2012, spec. 88 ss. e 110 ss.; i

aperture della giurisprudenza nazionale, come ad es. a riguardo della eterologa.

3. *Convergenze e divergenze degli indirizzi giurisprudenziali, oltre che nelle soluzioni di ordine sostanziale, nelle tecniche decisorie (in specie, il diffuso riscontro di decisioni di principio, le loro ragioni e valenze, la “rinforzata” efficacia sostanziale delle pronunzie dei giudici nazionali poggianti su analoghi verdeti dei giudici europei)*

Il sempre più vasto ed internamente articolato campo materiale su cui maturano le questioni di biodiritto costituisce un prezioso banco di prova per la verifica delle convergenze e divergenze, oltre che nelle soluzioni di ordine sostanziale, altresì nelle tecniche decisorie adoperate e, perciò, della misura in cui le stesse, al di là della connotazione peculiare di ciascuna, riescono a trapassare dall'uno all'altro piano istituzionale, variamente contagiandosi a vicenda, senza nondimeno smarrire la propria identità.

Si pensi, ad es., al diffuso riscontro di formule di principio presenti nelle pronunzie sia delle Corti europee (e, particolarmente, della Corte EDU) che della nostra Corte costituzionale²⁹. Ancora non molto tempo addietro si era da molti affrettatamente sancito il graduale affievolimento delle additive di principio di cui invece (e non casualmente...) si hanno consistenti tracce proprio nel campo suddetto: un tipo di decisione per più versi accostabile alle decisioni-pilota della Corte di Strasburgo³⁰, al di là ovviamente dei diversi effetti e del regime complessivo propri sia dell'una che dell'altra specie di pronunzia.

Si possono dare spiegazioni diverse di questa marcata convergenza, facendo riferimento, per ciò che attiene al giudice europeo, alla eterogenea estrazione culturale dei suoi componenti, naturalmente portati ad optare per soluzioni *soft*, per quanto possibile inclusive, non divisorie³¹. Un ragionamento, tuttavia, che, pur cogliendo un fondo innegabile di verità, non persuade fino in fondo, sol che si pensi che la connotazione strutturale del giudice stesso non ha impedito né

contributi che sono nella parte II.A di AA.VV., *The Constitutional Relevance of the ECHR in Domestic and European Law. An Italian Perspective*, a cura di G. Repetto, Intersentia, Cambridge 2013; E. CANNIZZARO - B.I. BONAFÈ, *Beyond the archetypes of modern legal thought. Appraising old and new forms of interaction between legal orders*, in AA.VV., *Transnational Law. Rethinking European Law and Legal Thinking*, a cura di M. Maduro - K. Tuori - S. Sankari, University Press, Cambridge 2014, 84 ss.; C. CINELLI, *Corte europea dei diritti dell'uomo, Corte costituzionale italiana e margine di apprezzamento*, in *Riv. dir. internaz.*, 3/2014, 787 ss. Altri riferimenti, infine, in C. NARDOCCI, *Razza e etnia. La discriminazione tra individuo e gruppo nella dimensione costituzionale e sovranazionale*, Editoriale Scientifica, Napoli 2016, 221 ss.

²⁹ Talora, poi, le formule in parola si riscontrano anche nelle pronunzie dei giudici comuni, in specie della Cassazione cui si deve la fissazione di punti di diritto alle volte in significativa misura innovativi del dettato legislativo (una testimonianza in tal senso si è ora avuta con Cass., I sez. civ., 30 settembre 2016, n. 19599, che ha dato il via libera alla trascrizione nel nostro Paese dell'atto di nascita di una minore partorita in Spagna da una donna coniugata con altra donna. Un rilievo critico sul punto può, volendo, vedersi nel mio *Giurisdizione e diritti: un rapporto complesso, ad oggi largamente inesplorato e bisognoso della sua opportuna chiarificazione*, in [Consulta OnLine](#), III/2016, 5 ottobre 2016, 364 in nt. 46).

³⁰ ... esse pure, com'è noto, fatte oggetto di largo esame in dottrina (riferimenti in M. FYRNYS, *Expanding Competences by Judicial Lawmaking: The Pilot Judgment Procedure of the European Court of Human Rights*, in *Germ. Law Journ.*, 2011, 1231 ss.; B. RANDAZZO, *Giustizia costituzionale sovranazionale. La Corte europea dei diritti dell'uomo*, Giuffrè, Milano, 2012, 123 ss.; D. TEGA, *I diritti in crisi. Tra Corti nazionali e Corte europea di Strasburgo*, Giuffrè, Milano 2012, 105 ss.; V. MANES, *I principi penalistici nel network multilivello: trapianto, palingenesi, cross-fertilization*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 3/2012, 864; F. GALLO, *Rapporti fra Corte costituzionale e Corte EDU. Bruxelles 24 maggio 2012*, in [www.rivistaaic.it](#), 1/2013, 1° marzo 2013, spec. § 3; R. CONTI, *La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo sul sovraffollamento carcerario e i diritti del detenuto*, in *Pol. dir.*, 4/2013, spec. 452 ss.).

³¹ Al dato inerente alla struttura delle Corti ha fatto di recente riferimento un'attenta dottrina anche ad altro fine (quello della indipendenza del giudice), qui di non specifico rilievo (v., dunque, A. FUSCO, *Le garanzie di indipendenza dei giudici di Lussemburgo e Strasburgo*, relaz. al Terzo Seminario annuale del “Gruppo di Pisa” coi dottorandi dei discipline giuspubblicistiche su *Corti costituzionali e Corti europee*, Università di Roma Tre, 18 settembre 2014, in [www.gruppodipisa.it](#), e, della stessa, ora, *L'indipendenza del giudice di Lussemburgo e Strasburgo e «I profili costituzionali del diritto processuale»*, in corso di stampa in *Quad. cost.*).

impedisce a quest'ultimo di far luogo, laddove richiesto dal caso, a pronunzie anche particolarmente incisive e perciò idonee ad esprimere vincoli stringenti a carico dei loro destinatari.

Il vero è che il carattere *soft* di alcune decisioni si deve al convergere di plurimi fattori riportabili agli ambiti materiali su cui esse insistono, alle congiunture in cui sono adottate, al rilievo dei beni della vita (o, più largamente, degli interessi) in gioco, al ruolo che in ordine alla loro tutela è esercitato dagli scienziati ed esperti in genere, chiamati ad assumersi sempre più onerose responsabilità, e ad altro ancora. È, in breve, l'oggetto e il contesto, vale a dire la *questione* nella sua complessiva connotazione³², ad attrarre a sé il tipo di decisione, che poi fa da veicolo per la soluzione sostanziali di volta in volta prescelta.

Ancora una volta, solo un paio di esempi di tipi di decisione peraltro diversi tra di loro ma accomunati dall'intento di fissare i principi della futura attività normativa e giurisprudenziale.

Si consideri, dunque, la vicenda del figlio desideroso di conoscere le proprie origini biologiche. Ebbene, non è casuale che il nostro giudice delle leggi abbia mutato avviso riconoscendo finalmente (appunto, con un'additiva di principio: [sent. n. 278 del 2013](#)), sotto la spinta della presa di posizione adottata dalla Corte EDU in [Godelli](#), il diritto negletto dalla legislazione, dopo che lo stesso era stato pochi anni prima negato³³.

E si consideri ancora la vicenda del sovraffollamento carcerario, laddove nuovamente il giudice delle leggi dà mostra (nella [sent. n. 279 del 2013](#)) di aver recepito alcune indicazioni contenute in una pronunzia-pilota del giudice europeo³⁴.

Ecco, queste sono solo alcune tra le molte testimonianze – come si vede – di un “dialogo” andato a buon fine.

Le esperienze cui si è appena fatto cenno acquistano poi uno speciale rilievo di ordine istituzionale, avuto riguardo agli equilibri che possono instaurarsi tanto al piano dei rapporti tra giudici e legislatore quanto a quello dei rapporti tra giudici e giudici. Ed è interessante notare che, proprio facendo leva sulle pronunzie adottate in ambito europeo e sui vincoli che ne discendono in ambito interno, la Corte costituzionale ha avuto modo di rafforzare il proprio *decisum*, spianando la via sia all'intervento, doveroso seppur (in caso di omissione assoluta) non sanzionabile, del legislatore e sia pure a quello dei giudici comuni, per l'intanto sollecitati a dare seguito all'operazione di giustizia costituzionale, svolgendo nel modo più opportuno i principi somministrati dalla Corte stessa.

Nei casi ora discussi, un “dialogo” che si traduca in indirizzi convergenti diventa, dunque, fattore di rinvigorismento della decisione del giudice costituzionale, *soft* per natura o tipo ma *quodammodo* “rilegittimata” *ex ante* dalla decisione del giudice europeo.

Qua, dunque, non è questione di efficacia *sul piano formale-astratto*; è questione di *efficacia*

³² Sul carattere composito dei materiali, normativi e fattuali, di cui si compongono le questioni di costituzionalità, v. A. RUGGERI - A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*⁵, Giappichelli, Torino 2014, 77 ss. Parimenti (e, forse, persino di più) composita è, poi, la struttura delle questioni di “convenzionalità” e di quelle di “comunitarietà” (che, però, oggi dovrebbero chiamarsi di “eurounarietà”), in considerazione del particolare rilievo in esse assunto dal “fatto”.

³³ A riprova della varietà dei casi, in relazione ai quali il legislatore, per un verso, e il giudice costituzionale, per un altro, non possono andare oltre nelle loro decisioni mere affermazioni di principio, rimettendosi quindi ai giudici per la posizione delle regole adeguate al loro svolgimento, può richiamarsi la recente pronunzia della Cassazione, I sez. civ., 15024 del 2016, con cui si è data prevalenza, in sede di bilanciamento, al diritto del figlio in considerazione del fatto che la madre era ormai defunta. Forse, però, maggiore considerazione avrebbero meritato le implicazioni discendenti dalla volontà della madre di restare nell'ombra: ad es., perché aveva taciuto al coniuge o ai figli avuti con quest'ultimo la propria dolorosissima vicenda anteriore, con la conseguenza che i soggetti in parola potrebbero ricevere un grave turbamento nel caso dovessero venire a conoscenza di siffatta vicenda. Di qui, la conclusione per cui il verdetto della Corte avrebbe potuto essere rovesciato su se stesso, dandosi la prevalenza all'interesse della madre, la cui volontà non può più essere sondata a causa del suo decesso, anche in considerazione dei riflessi che potrebbero aversene a carico di altri soggetti. L'esito potrebbe, invece, essere diverso nel caso che la donna sia ancora in vita e si renda pertanto possibile verificare la sua perdurante volontà di anonimato (su ciò, volendo, il mio *Giurisdizione e diritti: un rapporto complesso*, cit., 366 in nt. 50).

³⁴ In tema, rammento la recente [sent. n. 204 del 2016](#), con cui è stato riconosciuto anche agli ergastolani il diritto al risarcimento del danno conseguente a sovraffollamento carcerario.

sostanziale, la quale poi è pur sempre, in concreto, condizionata dalla forza persuasiva di cui la singola decisione è dotata, per l'apparato argomentativo che la sostiene e giustifica.

Ci si intenda. Le additive di principio si differenziano dalle pronunzie di rigetto con monito proprio per il fatto che le une sono giuridicamente vincolanti, diversamente dalle seconde, idonee ad esprimere un vincolo esclusivamente al piano politico; e ciò, checché ne dica la stessa Corte che, al fine di rendere allettanti i propri moniti, li reputa vevoli altresì (e soprattutto) al piano giuridico. Sappiamo però che molte volte le parole della Corte restano lettera morta. Il fatto che siano precedute da analoghe e convergenti affermazioni contenute in pronunzie dei giudici europei giova senz'altro alla loro efficacia persuasiva, tanto più laddove a queste ultime pronunzie sia fatto dalle prime esplicito richiamo.

4. Il singolare andirivieni cui, ad avviso della Consulta, l'operatore sarebbe chiamato in sede d'interpretazione e talune vicende dei diritti maturate in ambito economico-sociale, con la conferma da esse data del contributo offerto dalla giurisprudenza europea alla salvaguardia dei diritti stessi, tanto più considerevole laddove la giurisprudenza si esprima a mezzo di pronunzie di principio (l'esempio della nota, sofferta vicenda delle leggi d'interpretazione autentica)

Le esperienze maturate, specie in tempi di crisi economica, sul terreno su cui allignano i diritti economico-sociali³⁵ si distendono in un ventaglio particolarmente ampio e variegato, sì da rendersi

³⁵ Copiose indicazioni in prospettiva comparata possono aversi dai contributi di AA.VV., *Problemi e prospettive in tema di tutela costituzionale dei diritti sociali*, a cura di F. Facury Scaff - R. Romboli - M. Revenga, Quartier Latin - Giuffrè, Milano 2009 e, più di recente, da J.M. CASTELLÁ ANDREU, *Derechos sociales y Estado autónomico en tiempo de crisis (no solo) económica*, in www.issirfa.cnr.it, giugno 2015; AA.VV., *Crisi economica e diritti sociali. Problemi e prospettive*, a cura di S. Gambino, Giappichelli, Torino 2015. Lo stesso S. GAMBINO è autore di numerosi ed approfonditi studi in tema di diritti sociali, specie per ciò che concerne forme e limiti della loro tutela attraverso il "dialogo" tra le Corti: *ex plurimis*, v. *Stato e diritti sociali*, Liguori, Napoli 2009; *Diritti fondamentali e Unione europea. Una prospettiva costituzional-comparatistica*, Giuffrè, Milano 2009, spec. il cap. IV, dedicato a *I diritti fondamentali sociali fra Costituzioni nazionali e nuovi Trattati*; *Diritti sociali e libertà economiche nelle Costituzioni nazionali e nel diritto europeo*, in AA.VV., *Crisi dello Stato nazionale, dialogo intergiurisprudenziale, tutela dei diritti fondamentali*, cit., 245 ss; *El Estado social y democrático de derecho: desarrollo histórico y conceptual*, in www.federalismi.it, 23/2014, 10 dicembre 2014, e *Crisi economica e costituzionalismo contemporaneo Quale futuro europeo per i diritti fondamentali e per lo Stato sociale?*, in *KorEuropa* (www.unikore.it), 7/2015. V., inoltre, tra i molti altri, A. SPADARO, *I diritti sociali di fronte alla crisi (necessità di un nuovo "modello sociale europeo": più sobrio, solidale e sostenibile)*, in www.rivistaaic.it, 4/2011, 6 dicembre 2011; M. BENVENUTI, *Diritti sociali*, in *Dig./Disc. Pubbl.*, V Agg. (2012), 219 ss.; G. GRASSO, *Il costituzionalismo della crisi. Uno studio sui limiti del potere e sulla sua legittimazione al tempo della globalizzazione*, Editoriale Scientifica, Napoli 2012, spec. il cap. V; AA.VV., *I diritti dei lavoratori nelle Carte europee dei diritti fondamentali*, a cura di S. Borelli - A. Guazzarotti - S. Lorenzon, Jovene, Napoli 2012; AA.VV., *Il diritto costituzionale alla prova della crisi economica*, a cura di F. Angelini - M. Benvenuti, Jovene, Napoli 2012; I. CIOLLI, *Le ragioni dei diritti e il pareggio di bilancio*, Aracne, Roma 2012; F. BALAGUER CALLEJÓN, *Crisi economica e crisi costituzionale in Europa*, in *KorEuropa* (www.unikore.it), 1/2012; S. TROILO, *Tutti per uno o uno contro tutti? Il diritto all'istruzione e all'integrazione scolastica dei disabili nella crisi dello Stato sociale*, Giuffrè, Milano 2012; F. GABRIELE, *Diritti sociali, unità nazionale e risorse (in)disponibili: sulla permanente violazione-inattuazione della parte prima (quella intoccabile!) della costituzione*, in www.rivistaaic.it, 3/2013, 13 settembre 2013; AA.VV., *I diritti sociali dal riconoscimento alla garanzia. Il ruolo della giurisprudenza*, a cura di E. Cavasino - G. Scala - G. Verde, Giappichelli, Torino 2013; AA.VV., *Crisi economica e trasformazioni della dimensione giuridica. La costituzionalizzazione del pareggio di bilancio tra internazionalizzazione economica, processo di integrazione europea e sovranità nazionale*, a cura di R. Bifulco - O. Roselli, Giappichelli, Torino 2013; A. GUAZZAROTTI, *I diritti sociali nella giurisprudenza della corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1/2013, 8 ss., e, dello stesso, *Il ruolo dei diritti sociali (e dei giudici) nella 'costituzionalizzazione' dell'Unione europea*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 1/2014, 55 ss.; G. FONTANA, *Crisi economica ed effettività dei diritti sociali in Europa*, in www.forumcostituzionale.it, 27 novembre 2013; F. BIONDI DAL MONTE, *Dai diritti sociali alla cittadinanza. La condizione giuridica dello straniero tra ordinamento italiano e prospettive sovranazionali*, Giappichelli, Torino 2013; gli scritti che sono in *Quad. cost.*, 1/2014, part. quello di A. MORRONE, *Crisi economica e diritti. Appunti per lo stato costituzionale in Europa*, 79 ss.; R. CALVANO, *La tutela dei diritti sociali tra meccanismo europeo di stabilità e legalità costituzionale ed europea*, in www.costituzionalismo.it, 20 gennaio 2014; E. FAGNANI, *Tutela dei diritti fondamentali e*

estremamente disagiata, forse persino temerario, il tentativo di darne una sintesi seppur approssimativa e largamente incompleta. Il quadro, poi, si presenta in molti suoi punti alquanto appannato e confuso, con la conseguenza che la sua chiarificazione comporta in sé il rischio dell'arbitraria sovrapposizione al pensiero di questa o quella Corte di quello dei loro interpreti.

Va fatta al riguardo una preliminare avvertenza; ed è che, anche su questo terreno, nel mentre, per un verso, occorre tenere distinto l'orientamento delle Corti, per un altro verso, ci si avvede che ciò non può farsi fino in fondo, in considerazione della sollecitazione rivolta da ciascuna Carta a se stessa ed alle altre per la loro mutua integrazione nei fatti interpretativi. Qui, tuttavia, a questa evenienza farebbe da ostacolo la circostanza per cui, secondo opinione corrente, la CEDU e la stessa Carta dell'Unione esibirebbero in materia carenze di cui non sarebbe afflitta la nostra legge fondamentale, assunta anzi a modello di Carta particolarmente avanzata (e non solo per il tempo in cui fu adottata ma per la idoneità di cui appare ancora oggi dotata al fine di assicurare un'adeguata salvaguardia ai diritti in parola).

Questa diffusa credenza richiede, a mia opinione, talune non secondarie precisazioni e correzioni.

In primo luogo, volendosi prestare attenzione all'esperienza, il riferimento va fatto alle sedi istituzionali in cui il diritto vigente si converte in vivente, e dunque alle sedi in cui si somministra giustizia, sia comune che costituzionale (aggettivo che qui pure intendo *in senso materiale*, facendolo valere per gli stessi giudici europei tendenzialmente portati a conformarsi appunto come costituzionali³⁶). E la giurisprudenza, anche quella delle Corti europee (e, segnatamente, quella della Corte di Strasburgo, da molti considerata la meno sensibile ai diritti in discorso), non è affatto avara d'indicazioni a beneficio dei diritti stessi.

Sarebbe, a parer mio, un grave errore di prospettiva, foriero di deformanti rappresentazioni della

crisi economica: il caso dell'istruzione. Stato di attuazione, funzioni amministrative e finanziamento del sistema, Giuffrè, Milano 2014; Q. CAMERLENGO - L. RAMPA, *I diritti sociali fra istituti giuridici e analisi economica*, in *Quad. cost.*, 1/2015, 59 ss.; A. RANDAZZO, *Crisi economica e Costituzione: notazioni "fuori dal coro"*, in www.dirittifondamentali.it, 19 marzo 2015; G.L. CECCHINI, *I diritti sociali nel quadro del diritto dell'Unione europea*, in *KorEuropa* (www.unikore.it), 7/2015; G. FIENGO, *La nuova frontiera dei diritti sociali e della cittadinanza europea alla luce del Trattato di Lisbona*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 4/2015, 1029 ss. A *I diritti sociali nel "gioco delle tre Carte: qualche riflessione"* è, ora, dedicata l'accurata disamina di C. SALAZAR, in AA.VV., *La Carta dei diritti dell'Unione Europea e le altre Carte (ascendenze culturali e mutue implicazioni)*, cit., 217 ss., della quale v., inoltre, *Il diritto al lavoro e il Jobs Act: quale destino per il "principe dei diritti sociali"*, in *Scritti in onore di G. Silvestri*, III, cit., 2206 ss. e, già, *Crisi economica e diritti fondamentali*, in www.rivistaaic.it, 4/2013, 11 ottobre 2013, e *Regioni, diritti fondamentali, crisi economica: qualche considerazione alla luce del disegno "Renzi-Boschi"*, in www.issirfa.cnr.it, aprile 2015; F. SALMONI, *Riflessioni minime sul concetto di Stato sociale e vincoli comunitari. Selezione dei diritti o selezione dei soggetti da tutelare?*, in www.rivistaaic.it, 2/2016, 11 aprile 2014; AA.VV., *I diritti sociali nella pluralità degli ordinamenti*, a cura di E. Catelani e R. Tarchi, Editoriale Scientifica, Napoli 2015; G. ALLEGRI - G. BRONZINI, *Libertà e lavoro dopo il Jobs Act. Per un garantismo sociale oltre la subordinazione*, DeriveApprodi, Roma 2015; M. LUCIANI, *Diritti sociali e livelli essenziali delle prestazioni pubbliche nei sessant'anni della Corte costituzionale*, in www.rivistaaic.it, 3/2016, 25 luglio 2016; F. SAIITO, *La 'solitudine' delle Corti costituzionali? Sindacato sulle misure di austerità e protezione dei diritti sociali tra giudici nazionali e Corte EDU*, in *Dir. pubbl.*, 1/2016, 421 ss.; AA.VV., *La dis-eguaglianza nello Stato costituzionale*, a cura di M. Della Morte, Editoriale Scientifica, Napoli 2016; M. D'ALBERTI, *L'unione europea e i diritti*, cit., spec. 772 ss.; G. ROMEO, *Riposizionare i diritti sociali nelle tradizioni costituzionali comuni*, relaz. II Seminario annuale di *diritticomparati su Costruendo le tradizioni dei diritti in Europa*, Macerata 11 dicembre 2015, in *La cittadinanza europea*, Suppl. al fasc. 1/2016, FrancoAngeli, Milano 2016, 129 ss.; S. ROSSI, *Oltre il margine. Diritti, povertà estrema e diseguaglianza sociale*, in www.federalismi.it, 20/2016, 19 ottobre 2016. Infine, i contributi all'incontro di studi su *Poteri normativi del Governo ed effettività dei diritti sociali*, svoltosi a Pisa il 27 ottobre 2016; G. GRASSO, *I diritti sociali e la crisi oltre lo Stato nazionale*, in www.rivistaaic.it, 4/2016, 1 novembre 2016; nonché volendo, anche i miei *Crisi economica e crisi della Costituzione*, in [Consulta OnLine](http://ConsultaOnLine), 21 settembre 2012, e, nella stessa *Rivista*, *Fatti "interposti" nei giudizi di costituzionalità, sacrifici insostenibili imposti ai diritti fondamentali in tempi di crisi economica, tecniche decisorie a salvaguardia dell'etica pubblica repubblicana*, 6 novembre 2014.

³⁶ Questa tendenza è colta da tempo dalla più sensibile dottrina (tra gli altri, A. CERRI, *Corso di giustizia costituzionale plurale*, Giuffrè, Milano 2012; B. RANDAZZO, *Giustizia costituzionale sovranazionale*, cit.; D. TEGA, *I diritti in crisi.*, cit., spec. 63 e 143; altri riferimenti in GUAZZAROTTI, *La CEDU e l'Italia: sui rischi dell'ibridazione delle tutele giurisdizionali dei diritti*, in *Giur. cost.*, 4/2013, 3657 ss.).

realtà, circoscrivere il raffronto alle sole Carte, a ciò che dicono come pure a ciò che non dicono, laddove il raffronto stesso va fatto *in vivo*, più (o anzi) che *in vitro*.

Ora, come si faceva poc' anzi notare, le stesse Carte richiedono il loro adattamento interpretativo fondato sul (ed orientato dal) canone della massimizzazione della tutela. Nelle letture della Carta dell'Unione va, dunque, vista in filigrana la CEDU verso la quale la prima intende volgersi, salvo nondimeno il caso che la prima si dimostri in grado di offrire una tutela maggiormente intensa ai diritti in campo. Come dire che l'interprete, dopo aver esperito il tentativo d'interpretazione della Carta eurounitaria in senso conforme alla Convenzione, potrebbe trovarsi costretto a tornare al punto di partenza ed imboccare una via diversa da quella che porta a Strasburgo. Lo stesso – secondo la discussa e discutibile [sent. n. 49 del 2015 della Corte costituzionale](#) – dovrebbe fare l'interprete delle leggi in rapporto alla Convenzione. Laddove infatti il tentativo d'interpretazione conforme dovesse portare ad un esito ripugnante per Costituzione, disvelare cioè un'antinomia della Convenzione con la nostra legge fondamentale, l'operatore dovrebbe nuovamente fare marcia indietro, abbandonare il riferimento alla Convenzione e fermare lo sguardo sulla sola Costituzione. Cosa che – ci dice la Corte – può (e deve) fare, sempre che tuttavia non si abbia al riguardo un indirizzo consolidato della Corte EDU ovvero una decisione-pilota in materia; nel qual caso il giudice sarebbe costretto ad investire la Consulta della questione di legittimità della norma convenzionale “interposta” (*rectius*, della legge di esecuzione “*nella parte in cui...*”).

Questo andare avanti ed indietro dell'interprete è logicamente, oltre che praticamente, privo di senso. Senza senso è chiamare “interpretazione” un'attività intellettuale posta in essere dal medesimo operatore che si reputi facultizzato (ed anzi obbligato) ad intraprendere vie reciprocamente divergenti al fine di pervenire alla giusta messa a punto semantica di un enunciato, nel suo fare “sistema” con gli enunciati restanti.

Sta di fatto però che la spinta che viene dai canoni sull'interpretazione indicati dalle Carte europee per la loro mutua integrazione è davvero formidabile; e porta – a me pare – naturalmente all'abbandono di ogni possibile ordinazione gerarchica su basi formali- astratte dei documenti normativi in parola (e, discendendo, degli interi ordinamenti o sistemi normativi sugli stessi fondati), dovendosi piuttosto ambientare – come si è venuti dicendo – le loro relazioni su basi assiologico-sostanziali, nell'intento di cogliere di volta in volta qual è la mutua influenza culturale che le Carte stesse, per voce delle Corti, sono in grado di farsi. Non si dimentichi, peraltro, che ogni giudice può, per la sua parte e dal proprio punto di vista, far parlare ogni Carta, senza che nessuno possa appropriarsene in esclusiva.

La questione, poi, si complica non poco sol che si pensi che l'influenza stessa non si ha nei soli casi in cui le Corti si fanno reciproco ed esplicito richiamo ma può aver aversi (ed effettivamente si ha) anche in difetto di siffatti riferimenti.

La CEDU, perciò, sta dietro le quinte o – se più piace – sta sotto, al pari della montagna sommersa dell'*iceberg*, la Carta dell'Unione e la sorregge. In un certo senso, però, è vero anche l'inverso, sol che si pensi che il patrimonio eurounitario dei diritti non attinge alle sole indicazioni della Carta proclamata a Nizza prima e poi a Strasburgo, dal momento che la stessa richiede di essere riletta alla luce delle “tradizioni costituzionali comuni”, della cui considerazione la stessa Corte EDU non può fare in alcun caso o modo a meno, secondo quanto testimonia la dottrina del consenso che culturalmente e positivamente poggia sugli stessi materiali normativi da cui si traggono le tradizioni suddette.

Il circolo interpretativo, con la complessità e fluidità dei materiali che in esso s'immettono, viene così ulteriormente confermato e rafforzato. Mi pare importante che se ne tenga conto anche in sede di vaglio della giurisprudenza sui diritti economico-sociali.

È poi interessante notare che l'influenza può, ovviamente, aversi quale che sia la tecnica decisoria adoperata; in un certo senso, è dunque invariante rispetto a questa. E tuttavia non credo che sia un caso che l'influenza stessa risulti particolarmente marcata nei casi in cui si sia in presenza di quelle pronunzie di principio cui si è dietro fatto cenno. Come dire, insomma, che le pronunzie in parola posseggono una naturale attitudine a veicolare scambi d'informazione e – fin

dove possibile – favorire la convergenza delle posizioni. È altresì interessante osservare che proprio le decisioni in parola sono quelle che maggiormente si prestano a far luogo ad affermazioni valevoli non poche volte non soltanto per il caso specificamente trattato ma idonee, grazie proprio al loro essere contenitori di enunciati di principio, a spingersi oltre il caso stesso fino a dotarsi talora di generale valenza.

Si pensi alla discussa vicenda delle leggi d'interpretazione autentica: una delle non poche vicende in cui maggiormente aspro è stato lo scontro tra il nostro giudice delle leggi e la Corte EDU³⁷. È però anche uno dei casi in cui, a mio modo di vedere, quest'ultima ha mostrato una maggiore sensibilità rispetto all'altro giudice per ciò che attiene alla ricaduta del *decisum* sui diritti patrimoniali dei ricorrenti. È vero che, come si è fatto da alcuni notare, quest'esito era facilmente prevedibile, persino scontato, sol che si consideri che il giudice europeo non ha da farsi carico dei problemi di bilancio ai quali invece, per la sua parte, non può (e non deve) volgere le spalle il giudice nazionale, specie se costituzionale, le cui pronunzie producono un effetto ablativo provvisto di generale valenza.

Il punto è – com'è chiaro – di cruciale rilievo. Resta, nondimeno, il fatto che certi diritti costituzionali dei cittadini (e, in genere, delle persone) possono talvolta trovare proprio nel giudice europeo una sponda in grado di far rimbalzare le loro aspettative di tutela ancora più in alto di come potrebbe fare il giudice nazionale laddove richiesto di farsene cura.

Sarebbe bene non scordarsene.

³⁷ Sulle leggi interpretative, riferimenti in R. RORDORF, *Diritti fondamentali, leggi interpretative e leggi retroattive nel dialogo tra corti supreme europee*, relaz. al Convegno su *Diritti fondamentali e Corti supreme europee*, svoltosi presso la Corte di Cassazione l'8 aprile 2016, in *paper*. Adde, ora, [Corte cost. n. 187 del 2016](#), dove si conclude nel senso che, nella circostanza, la violazione del diritto dell'Unione si sarebbe, sì, perpetrata ma coloro che ne hanno subito un danno avrebbero già avuto il necessario ristoro (accenno, *per incidens*, al fatto che nella stessa data, il 20 luglio 2016, in cui è stata depositata questa pronunzia sono state altresì depositate le [ordd. n. 194](#) e [195](#), nelle quali non si fa parola della prima decisione e, in conseguenza dell'adozione della pronunzia della Corte di giustizia nel caso *Mascolo* assimilata quanto agli effetti ad un vero e proprio *ius superveniens*, si sono restituiti gli atti all'autorità remittente per una nuova valutazione della rilevanza). V., infine, la [sent. n. 214 del 2016](#).

Giorgio Grasso*

**Autonomia universitaria, senza responsabilità?
Spunti dall'esperienza costituzionale italiana****

SOMMARIO: 1. Premessa: le varianti dell'autonomia universitaria e il principio di responsabilità. – 2. L'autonomia universitaria come autonomia normativa. – 3. L'autonomia universitaria come autonomia finanziaria. – 4. L'autonomia universitaria tra valutazione della didattica e valutazione della ricerca. – 5. Prime conclusioni: autonomia universitaria senza responsabilità: quali rimedi? – 6. Riferimenti bibliografici essenziali.

1. Premessa: le varianti dell'autonomia universitaria e il principio di responsabilità

Il tema molto generale della *Primera Sesión* del Convegno, intitolata *Autonomía Universitaria, Alcance y Sentido*, può essere affrontato considerando il rapporto tra l'autonomia universitaria e il principio di responsabilità, nello specifico contesto dell'esperienza costituzionale italiana.

Si tratta di due nozioni che, nella più recente disciplina legislativa sulla materia universitaria, sono non a caso declinate insieme (si veda in particolare l'art. 1 della legge n. 240/2010, secondo il quale, «[i]n attuazione delle disposizioni di cui all'articolo 33 e al titolo V della parte II della Costituzione, ciascuna Università opera ispirandosi a principi di autonomia e di responsabilità»), ricordando peraltro che solo la prima espressione, “autonomia universitaria”, è esplicitamente menzionata nella Costituzione italiana (si veda l'art. 33, comma 6, Cost., che dispone che le Università, oltre alle Accademie e alle Istituzioni di alta cultura, «hanno il diritto di darsi ordinamenti autonomi nei limiti stabiliti dalla legge dello Stato»), mentre la seconda, “responsabilità”, si può soprattutto dedurre dall'art. 97 e dal principio del buon andamento che deve caratterizzare in generale l'attività di tutte le pubbliche amministrazioni e quindi anche quella delle Università pubbliche.

In particolare, nel presente contributo, i nessi tra autonomia universitaria e responsabilità saranno scorti su tre diversi versanti, riguardanti:

- a) l'autonomia universitaria come autonomia normativa, ai sensi del già citato art. 33, comma 6, Cost.;
- b) l'autonomia (universitaria) come autonomia finanziaria;
- c) l'autonomia universitaria, in quanto strumento di tutela della libertà della scienza e del suo insegnamento, riconosciuta sempre in Costituzione, all'art. 33, comma 1, ed i più recenti meccanismi di valutazione della ricerca e della didattica.

2. L'autonomia universitaria come autonomia normativa

La latitudine dell'autonomia universitaria come autonomia normativa riflette il carattere della riserva di legge prevista dal comma 6 del ridetto art. 33, Cost., che, sulla base di una distinzione assai consolidata nella dottrina costituzionalistica italiana, potrebbe risultare sia assoluta, sia relativa.

La tesi che ha finito per prevalere, e alla quale ci si sente di aderire, è che una simile riserva sia allo stesso tempo assoluta per la sua capacità di escludere la presenza di regolamenti governativi, e relativa per la sua funzione di costituire un quadro di riferimento generale per l'esercizio del potere normativo secondario delle Università (per primo FOIS, 1990, e appresso, tra gli altri, MANGIAMELI, 2000 e BALDUZZI, 2004; ma sul carattere assoluto della riserva, senza la differenziazione in parola, vedi LOMBARDI, 1969 e ora CALVANO, 2012): che, peraltro, concretizzato nelle forme delle potestà

* Professore associato confermato di Istituzioni di diritto pubblico nell'Università degli Studi dell'Insubria. Direttore del Centro di Ricerca sul Federalismo e le Autonomie locali e della Collana di Studi “Sovranità, Federalismo, Diritti”. E-mail: giorgio.grasso@uninsubria.it.

** Il testo riproduce, con qualche lieve aggiornamento, la relazione al *Foro Internacional de Derecho Comparado* “Derecho, Educación y Universidad”, Universidad Nacional de Cuyo, Mendoza (Argentina), 29-31 agosto 2016.

statutaria e regolamentare, deve essere necessariamente riconosciuto alle Università a meno di non voler negare in radice lo stesso principio di autonomia.

Tale impostazione è stata seguita, una prima volta, in attuazione della menzionata previsione costituzionale, dall'art. 6 della legge n. 168/1989, stabilendosi, al comma 2, che, «nel rispetto dei principi di autonomia stabiliti dall'art. 33 Costituzione e specificati dalla legge, le Università sono disciplinate, oltre che dai rispettivi statuti e regolamenti, esclusivamente da norme legislative che vi operino espresso riferimento».

Nondimeno, di scarsa coerenza con il dettato costituzionale ora ricordato e con quanto previsto dalle trascritte previsioni della legge n. 168/1989, si è rivelata in qualche caso la giurisprudenza della Corte costituzionale, che, nella [sentenza n. 145/1985](#), ha affermato che quella delle Università non sarebbe «un'autonomia piena ed assoluta, ma ... un'autonomia che lo Stato può accordare in termini più o meno larghi, sulla base di un suo apprezzamento discrezionale, che, tuttavia, non sia irrazionale», e, soprattutto, nella [sentenza n. 383/1998](#), proponendo l'inedita distinzione tra riserva di legge aperta e riserva di legge chiusa¹, ha stabilito che se la riserva di legge non deve «comprimere l'autonomia delle Università, per quanto riguarda gli aspetti della disciplina che ineriscono a tale autonomia», non esclude, però, «l'eventualità che un'attività normativa secondaria possa legittimamente essere chiamata dalla legge stessa a integrarne e svolgerne in concreto i contenuti sostanziali».

Ed è anche allegando una riserva “aperta” alla possibilità che la legge disponga «l'intervento normativo dell'esecutivo, per la specificazione concreta della disciplina legislativa, quando la sua attuazione, richiedendo valutazioni d'insieme, non è attribuibile all'autonomia delle Università» ([sentenza n. 383/1998](#)), che le Università stesse sono state fatte oggetto di una disciplina normativa alluvionale, costituita da una miriade di atti normativi di natura secondaria di provenienza dell'Esecutivo (ed anche, in misura via via maggiore, di numerosi decreti di natura non regolamentare). Riducendosi così in modo sensibile lo spazio di manovra proprio delle fonti di autonomia universitaria (si è qui ragionato efficacemente di una tutela ministeriale nei loro confronti: D'ATENA, 2001).

A loro volta, pur nelle anguste maglie di tale complessiva normativa, le Università hanno talora sviluppato un assetto non privo di criticità, come è avvenuto per esempio per la definizione degli ordinamenti didattici in attuazione prima del d.m. n. 509/1999 e poi del d.m. n. 270/2004. Se è vero infatti che tali decreti avevano “ferito” l'assolutezza (e pure, a ben vedere, la relatività) della riserva di legge dell'art. 33, comma 6, Cost., arrivando a fissare il numero degli esami rispetto ai crediti da conseguire per l'ottenimento del titolo di studio insieme a molte altre disposizioni di minuto dettaglio, è anche innegabile che le Università, non sempre responsabilmente, hanno attivato nuovi corsi di laurea con l'obiettivo di ottenere maggiori finanziamenti (in funzione dell'incremento del numero di studenti iscritti), senza avere sempre a disposizione il numero di docenti adeguato per erogare quei corsi. Non ha sorpreso pertanto che i decreti ministeriali di attuazione dei due decreti sugli ordinamenti didattici (e da ultimo il d.m. n. 1059 del 2013) siano parsi impegnati a restringere gli ambiti dell'autonomia, imponendo il rigoroso criterio dei requisiti necessari per l'attivazione dei corsi di studio (tra cui, non a caso, quello circa la numerosità dei docenti di riferimento per i singoli corsi di studio) e determinando la chiusura di un elevato numero di corsi, molti dei quali, peraltro, del tutto inessenziali². E l'ultimo intervento normativo in materia, concernente l'accreditamento mediante il

¹ La prima corrisponderebbe alla riserva relativa, la seconda alla riserva assoluta, con una diversità di formulazione che, almeno in riferimento al carattere aperto della riserva, sembra rendere però ancora più invasivo l'intervento della fonte regolamentare, tanto che nel caso specifico oggetto della [sentenza n. 383/1998](#) la Corte individuò, per la predeterminazione legislativa delle «scelte normative sostanziali», capaci di circoscrivere l'attività normativa secondaria in materia di accesso agli studi universitari e di numero chiuso, un gruppo di direttive comunitarie, che solo indirettamente si erano occupate dell'argomento.

² Secondo i dati dell'ANVUR, *Rapporto biennale sullo stato del sistema universitario e della ricerca 2016*, Roma, 2016, 10, il numero dei corsi di studio ha raggiunto il valore massimo di 5.879 corsi nell'anno accademico 2007/2008, per poi iniziare a ridursi gradualmente dall'anno successivo sino a giungere agli odierni 4.586 corsi. Nel *Rapporto* si

c.d. sistema AVA (Autovalutazione, Valutazione, Accreditamento), e recato dal d.lgs. n. 19/2012³, si regge proprio sul principio di responsabilità, laddove i singoli Atenei devono dimostrare, al momento della valutazione esterna da parte dei gruppi di esperti valutatori dell'ANVUR (l'Agenzia nazionale di valutazione del sistema universitario e della ricerca), di essere davvero in grado di assicurare quella buona gestione dei corsi di studio attivati, affermata nei documenti di autovalutazione interna periodica da essi stessi predisposti, non solo ai fini dell'accennato accreditamento ministeriale⁴, ma anche della partecipazione alla ripartizione della quota premiale delle risorse, annualmente assegnate alle Università (aspetto, quest'ultimo, inerente al problema dell'autonomia finanziaria di cui si dirà subito di seguito).

Alcuni pesanti vincoli sul reclutamento dei docenti, per vero non sempre del tutto giustificabili, hanno poi cercato di concorrere a questo processo di maggiore responsabilizzazione degli Atenei.

3. *L'autonomia universitaria come autonomia finanziaria*

L'autonomia universitaria nella sua configurazione di autonomia finanziaria rappresenta più di un corollario dell'autonomia riconosciuta al gruppo sociale incardinato nell'ordinamento universitario (docenti e studenti, ma anche, non va dimenticato, il personale tecnico-amministrativo), perché senza la disponibilità di adeguate risorse finanziarie le due principali finalità che quel gruppo sociale persegue, la libertà della ricerca scientifica e la libertà di insegnamento, sono destinate ad essere vanificate.

In un contesto, pertanto, che, come quello odierno, sconta gli effetti della crisi economico-finanziaria, perviene ad assumere rilievo anche l'art. 9, che dispone che è compito della Repubblica promuovere la ricerca scientifica e tecnica. La contrazione delle risorse finanziarie a disposizione dei bilanci pubblici, anche quelle destinate alle Università, per sostenere appunto la ricerca scientifica e il suo insegnamento, apre dunque la prospettiva di finanziamenti selettivi di certe attività di ricerca o di certi percorsi di studio rispetto ad altri (AINIS-FIORILLO, 2015), sulla base di meccanismi premiali e incentivanti non abituali nel panorama universitario pubblico italiano.

Negli ultimi anni, come testimoniato anche dal *Rapporto biennale dell'ANVUR sullo stato del sistema universitario e della ricerca*⁵, è drasticamente diminuito il fondo per il finanziamento ordinario delle Università⁶ che rappresenta il vero mezzo di sostentamento delle Università, con cui si pagano gli stipendi di tutto il personale, docente e tecnico-amministrativo, nel tempo stesso che altre fonti di finanziamento, e in particolare le tasse di contribuzione studentesca, non possono superare, per ogni singola Università, il tetto massimo del 20% del medesimo fondo di finanziamento ordinario. Mezzi ulteriori di finanziamento, derivanti dal conto terzi o da progetti di ricerca, nazionali

sottolinea che la principale ragione che ha portato al calo dei corsi è stata la riduzione delle sedi decentrate di erogazione dei corsi di studio.

³ Emanato in attuazione della legge n. 240/2010.

⁴ Nel Documento *Autovalutazione, Valutazione e Accreditamento del sistema universitario italiano*, approvato nel gennaio 2013 dal Consiglio direttivo dell'ANVUR e reperibile sul sito internet dell'Agenzia, dopo aver descritto non a caso un modello imperniato sul trinomio autonomia-responsabilità-valutazione, si segnala che, con l'accREDITamento, si dà garanzia agli utenti che le loro esigenze siano soddisfatte e che i loro diritti fondamentali siano tutelati e al contempo si sottolinea che uno degli obiettivi principali del sistema di accREDITamento è proprio «l'esercizio da parte degli Atenei di una autonomia responsabile e affidabile nell'uso delle risorse pubbliche e nei comportamenti collettivi e individuali relativi alle attività di formazione e di ricerca» (pag. 6). E' vero peraltro che il modello è molto complesso, talora macchinoso e spesso interpretato dalle Università in modo meramente burocratico, con il pericolo di trasformarsi, come paventato dalla stessa ANVUR, in un «rigido sistema dualistico controllore-controllato di natura esclusivamente formale e di dubbia utilità».

⁵ Cfr. *supra* alla nota 2.

⁶ I dati riportati (pag. 28) sono impietosi: «nel 2015 le somme stanziare dal MIUR per il finanziamento del sistema universitario e per il sostegno agli studenti e al diritto allo studio ammontano a 7,25 miliardi di euro; nel 2016 l'ammontare previsto è di 7,34 miliardi, valori simili a quelli del 2013 e 2014, ma lontani dal massimo raggiunto nel 2009 di 8,44 miliardi».

o internazionali⁷, sono invece variabili, dipendendo dal contesto geo-economico dei diversi Atenei e dal tipo di ricerca perseguita (così, per esempio, per un Dipartimento di un Politecnico la voce del conto terzi assume naturalmente una sicura rilevanza, diversamente da ciò che può accadere per un Dipartimento di storia dell'età moderna).

Ad un'autonomia finanziaria assai ridotta per effetto dei rigorosi vincoli di bilancio imposti dalla crisi economico-finanziaria anche in correlazione con il principio dell'equilibrio di bilancio per tutte le pubbliche amministrazioni statali, regionali e locali disposto dalla revisione costituzionale del 2012, va aggiunta una certa *mala gestio* con particolare riguardo alle politiche di reclutamento.

Essa si è manifestata, tra l'altro, durante la disciplina concorsuale delle c.d. idoneità locali, previste dalla legge n. 210/1998 (vedi GRASSO, 2015), non mancando, peraltro, anche ragioni di censura nelle chiamate da parte dei singoli Atenei, dopo la conclusione delle prime due tornate della nuova abilitazione scientifica nazionale (ASN), con un meccanismo che avrebbe favorito «la provincializzazione delle Università, fatalmente spinte a privilegiare candidati locali con cospicuo bagaglio di servizio in sede» (così ora LUCIANI, 2016, peraltro critico pure sulla procedura dell'ASN, se paragonata ai tradizionali concorsi unici nazionali con posti predeterminati).

Autonomia finanziaria che implica oggi anche impiegare, come si diceva, criteri selettivi e obiettivi incentivanti, misurati su indicatori che, sempre per quello che riguarda il fondo di finanziamento ordinario, tengano conto della qualità della ricerca e della didattica dei singoli Dipartimenti e delle strutture di ricerca. Tale cruciale esigenza è riconosciuta anche nell'ultimo Decreto ministeriale sui criteri di ripartizione del fondo di finanziamento ordinario, del luglio 2016, per l'anno 2016, che assegna complessivamente alle Università per finalità premiali e perequative la consistente cifra di € 1.605.000.000, così come nelle ancora più recenti Linee generali di indirizzo della programmazione delle Università 2016-2018 e indicatori per la valutazione periodica dei risultati, dell'agosto 2016, che pone tra gli obiettivi da perseguire la valorizzazione dell'autonomia responsabile degli Atenei, dettando le modalità con cui le Università possono concorrere, in vista di tale obiettivo, alla ripartizione di una frazione della quota premiale del citato fondo di finanziamento ordinario⁸.

4. *L'autonomia universitaria tra valutazione della didattica e valutazione della ricerca*

L'autonomia universitaria tra valutazione della ricerca e valutazione della didattica si presenta come l'ultimo profilo da sondare.

Come si è già accennato, il diritto per le Università di darsi un ordinamento autonomo è strumentale a garantire al «corpo sociale organizzato» di riferimento (MODUGNO, 1978) che costituisce il sostrato fondamentale dell'istituzione universitaria, ossia la comunità dei professori e ricercatori, il pieno esplicarsi della libertà della scienza e della libertà di insegnamento. Questo collegamento irrinunciabile, tra il primo e il sesto comma dell'art. 33 Costituzione, tra scienza e suo insegnamento proclamati liberi e un'autentica autonomia delle Università⁹, non può e non deve scivolare, come spesso è accaduto, in passato, e come talvolta ancora accade, verso forme autoreferenziali che vorrebbero escludere meccanismi anche esterni di valutazione o che vedono comunque con eccessivo timore il prevalere di una seria cultura della valutazione, piuttosto che su diffusi fenomeni deresponsabilizzanti, dai quali quella comunità scientifica dei professori universitari dovrebbe invece

⁷ Anche per questo versante, citando solo i dati relativi ai fondi dedicati ai PRIN e ai FIRB, la diminuzione è stata eclatante dal 2009 a oggi (vedi sempre il *Rapporto biennale dell'ANVUR sullo stato del sistema universitario e della ricerca 2016*, cit., 45). Per quello che riguarda poi l'accesso ai finanziamenti europei, il tasso di successo dei progetti italiani è significativamente inferiore rispetto ad altri importanti Paesi europei (vedi ancora il *Rapporto biennale dell'ANVUR sullo stato del sistema universitario e della ricerca 2016*, cit., 47).

⁸ In particolare sono le stesse Università a selezionare autonomamente gli indicatori sui cui dover essere valutate, nell'ambito di tre diversi gruppi, relativi alla qualità dell'ambiente della ricerca, alla qualità della didattica e alle strategie di internazionalizzazione, per concorrere così alla distribuzione dei fondi di premialità messi a disposizione.

⁹ Anche l'art. 1, comma 1, della già citata legge n. 240/2010 esordisce riferendosi a questo legame: «[I]e Università sono sede primaria di libera ricerca e di libera formazione nell'ambito dei rispettivi ordinamenti».

tenersi ben lontana (come suggeriva già, molti anni fa, un grande costituzionalista come Leopoldo Elia: ELIA, 1990).

In tale prospettiva, cercando di esaminare rapidamente alcune implicazioni costituzionali della valutazione della ricerca e della didattica, si può affermare che un adeguato sistema di valutazione di chi fa ricerca e didattica in Università è implicito nella stessa tutela e valorizzazione delle due libertà costituzionalmente garantite ai docenti universitari. La libertà scientifica e la libertà di insegnamento, per potersi interamente manifestare, devono correlarsi ad una grande responsabilità anche verso il mondo esterno all'Università, non meno che all'autonomia normativa e a quella finanziaria, di cui si è detto in precedenza. Valutare la ricerca, valutare la didattica, non vuol dire limitare illegittimamente le due libertà che trovano una robusta copertura costituzionale, dovendosi contrastare senza incertezze o ambiguità le interpretazioni che intravedono nella valutazione un rischio per tali libertà e sotto le quali potrebbe celarsi soltanto la volontà di proteggere forme di irresponsabilità o di privilegio, di cui occorre invece farsi a meno (per ulteriori rimandi GRASSO, 2015). In questa cornice, accanto al sistema AVA prima ricordato, una tra le procedure più interessanti, pur se non prive di criticità, che sono state attivate per la valutazione della ricerca, è la c.d. VQR (Valutazione della qualità della ricerca), rivolta in particolare a realizzare, attraverso una stima scientifica dei prodotti di ricerca dei professori e ricercatori universitari, una complessiva verifica di merito delle strutture della ricerca complessivamente intese, i Dipartimenti, i singoli Atenei, le aree scientifiche di ricerca (va sottolineato il forte impatto che i risultati della VQR hanno sui finanziamenti pubblici alle Università, con una diretta incidenza, secondo fonti ANVUR, sull'assegnazione di circa il 15% del totale del finanziamento pubblico all'università italiana)¹⁰.

5. Prime conclusioni: autonomia universitaria senza responsabilità: quali rimedi?

Il titolo di questo breve intervento, concluso da un punto interrogativo, intendeva da subito sottolineare come all'autonomia delle Università non sempre abbia dato adeguato riscontro la responsabilità delle Università medesime, delle specifiche strutture della ricerca e della comunità dei professori universitari.

Il binomio autonomia-responsabilità si rivela però il fattore centrale per il futuro delle Università italiane, sotto la stretta oggi di pesanti condizionamenti di natura finanziaria, che non esistevano, tra l'altro, in un recente passato: laddove, in mancanza di una piena assunzione di responsabilità o in presenza di un'autonomia senza responsabilità, sembrerebbe quasi inevitabile giustificare qualche ulteriore riduzione della consistenza dell'autonomia universitaria.

Del resto, già Santi Romano, scrivendo nel lontano 1947 la voce "Autonomia", nei suoi *Frammenti di un dizionario giuridico*, osservava che la nozione di autonomia non può essere considerata solo «soggettivamente», quale potestà di darsi un ordinamento autonomo, come si è anche descritto poco sopra, ma anche «oggettivamente», guardando cioè al carattere proprio dell'ordinamento giuridico e alla tutela di interessi che, se sono certamente esclusivi dell'ordinamento di riferimento (nel caso dell'ordinamento universitario tali interessi rimandano alle due libertà della scienza e del suo insegnamento, più volte ricordate), quando l'autonomia non è utilizzata responsabilmente, potremo oggi dire attualizzando il pensiero dell'illustre Maestro, devono «essere armonizzati e coordinati, anzi subordinati», agli interessi dell'ordinamento generale statale (ROMANO, 1947).

In altre parole, quelle Università e Dipartimenti che non si dimostrano in grado di produrre una buona didattica e/o una buona ricerca, anche per offrire agli studenti un servizio di livello adeguato, sono suscettibili di vedersi proporzionalmente inaridire le fonti di finanziamento provenienti dal livello centrale, con la necessità, per esempio, di tagliare corsi di studio o di razionalizzare le strutture di ricerca esistenti. Analogamente, a quei docenti che non occupano effettivamente il loro tempo di lavoro nell'attività di ricerca e/o che trascurano i loro compiti d'insegnamento, potranno applicarsi

¹⁰ *Rapporto biennale dell'ANVUR sullo stato del sistema universitario e della ricerca 2016*, cit., 59.

meccanismi anche di tipo sanzionatorio (un aggettivo che si fa sempre fatica a impiegare in Università, almeno in Italia), come la mancata partecipazione ai bandi per l'assegnazione di fondi per la ricerca, di Ateneo o nazionali, l'impossibilità di fare parte di commissioni concorsuali, il divieto di poter diventare direttori di Dipartimento, presidi o rettori e di poter essere membri elettivi o designati degli organi di vertice degli Atenei (consigli di amministrazione e senati accademici, in particolare), e finanche il congelamento degli aumenti stipendiali (che invero vi è stato, ma in forma generalizzata e inaccettabile in ragione delle modifiche legislative che, dopo aver abolito opportunamente nel nome del merito il meccanismo dell'automaticità degli scatti di anzianità, si sono confrontate con un lungo blocco degli scatti determinato dalla necessità di garantire certi equilibri di bilancio della spesa pubblica).

Di converso, forti incentivi, anche economici, e meccanismi di autentica premialità dovrebbero indirizzarsi alle Università e ai Dipartimenti virtuosi e a ricercatori e professori realmente impegnati sul versante della ricerca e/o della didattica, nonché nelle sempre più numerose incombenze di governo amministrativo che caratterizzano le Università italiane dei giorni nostri.

Solo così, con un valoroso salto in avanti, si potrà ridare linfa all'autonomia universitaria, che rischia altrimenti di essiccare insieme alle due libertà fondamentali che dovrebbe invece costituzionalmente tutelare.

6. Riferimenti bibliografici essenziali (studi utilizzati per la stesura dell'intervento)

M. AINIS-M. FIORILLO, *L'ordinamento della cultura. Manuale di legislazione dei beni culturali*, 3^a edizione, Giuffrè, Milano, 2015.

R. BALDUZZI, *L'autonomia universitaria dopo la riforma del Titolo V della Costituzione*, in *Le istituzioni del federalismo*, 2004.

R. CALVANO, *La legge e l'Università pubblica. I principi costituzionali e il riassetto dell'Università italiana*, Jovene, Napoli, 2012.

A. D'ATENA, *Un'autonomia sotto tutela ministeriale: il caso dell'Università*, in A. D'ATENA, *L'Italia verso il "federalismo". Taccuini di viaggio*, Giuffrè, Milano, 2001.

L. ELIA, *Il dibattito dottrinale*, in *Universitas. Studi e documentazione di vita universitaria*, 35, 1/1990,

S. FOIS, *Intervento*, in Associazione Italiana dei Costituzionalisti, *L'autonomia universitaria*, Bologna, 25-26 novembre 1988, CEDAM, Padova, 1990.

G. GRASSO, *Ricerca (valutazione della)*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, vol. 6 Aggiornamento, UTET giuridica, Milano, 2015.

G. LOMBARDI, *Autonomia universitaria e riserva di legge*, in *Studi Sassaesi*, I, Giuffrè, Milano, 1969.

M. LUCIANI, *Ruolo della docenza universitaria*, in www.costituzionalismo.it, 2/2016.

S. MANGIAMELI, *Università e Costituzione (considerazioni sulla recente evoluzione dell'ordinamento)*, in *Rivista di diritto costituzionale*, 2000.

F. MODUGNO, *Riserva di legge e autonomia universitaria*, in *Diritto e Società*, 1978.

S. ROMANO, *Autonomia*, in *Frammenti di un dizionario giuridico*, Giuffrè, Milano, 1947.

Ugo Adamo

Alcune osservazioni critiche a proposito delle prospettive *de jure condendo* nella legislazione italiana in tema di ‘Direttive’ Anticipate di Trattamento

SOMMARIO: 1. *Premessa*. – 2. *Intorno ai molteplici disegni di legge presentati alla Camera dei Deputati: una prospettiva de jure condendo*. – 3. *Il valore delle ‘dichiarazioni’ anticipate di trattamento*. – 4. *La natura e l’attualità delle DAT*. – 5. *Il ruolo del medico e quello del fiduciario*. 6. *La nutrizione ed alimentazione artificiali come trattamento sanitario*. – 7. *Conclusioni*.

1. *Premessa*

A valle della presentazione di diversi disegni di legge presso la Camera dei Deputati e nell’attesa che una chiara volontà politica decida di disciplinare quelle che nel panorama internazionale sono note come *living will*, la presente analisi ha la finalità di proporre una ricostruzione il più possibile critica ed esaustiva sulle direttive anticipate di trattamento.

L’interesse nasce, come si è detto, dall’attualità dei lavori parlamentari, che, dallo scorso 31 marzo, vedono – in Commissione in sede *Referente* alla XII *Affari Sociali* – lo svolgimento dell’esame abbinato di diversi (e antitetici) progetti di legge proprio su tale (annosa) questione¹. Si è tuttora in fase di dibattito generale; manca ancora, quindi, un testo unificato da poter assumere come riferimento per un’attenta analisi interpretativa,

¹ Tali progetti sono i seguenti: [A.C. 1142](#) (Mantero ed altri, *Norme in materia di consenso informato e di dichiarazioni di volontà anticipate nei trattamenti sanitari al fine di evitare l’accanimento terapeutico*), [A.C. 1298](#) (Locatelli ed altri, *Disposizioni in materia di consenso informato e di dichiarazioni di volontà anticipate nei trattamenti sanitari*), [A.C. 1432](#) (Murer ed altri, *Disposizioni in materia di consenso informato e di dichiarazioni anticipate di trattamento sanitario*), [A.C. 2229](#) (Roccella ed altri, *Disposizioni in materia di alleanza terapeutica, di consenso informato e di dichiarazioni anticipate di trattamento*), [A.C. 2264](#) (Nicchi ed altri, *Disposizioni in materia di consenso informato e di dichiarazioni anticipate di volontà per i trattamenti sanitari*), [A.C. 2996](#) (Binetti ed altri, *Disposizioni relative all’alleanza terapeutica, in materia di consenso informato e di dichiarazioni anticipate di trattamento*), [A.C. 3391](#) (Carloni ed altri, *Disposizioni in materia di consenso informato e di dichiarazioni anticipate di volontà per i trattamenti sanitari*), [A.C. 3561](#) (Miotto ed altri, *Disposizioni in materia di alleanza terapeutica e di dichiarazioni anticipate di trattamento*), [A.C. 3584](#) (Nizzi ed altri, *Disposizioni in materia di alleanza terapeutica, di consenso informato e di dichiarazioni anticipate di trattamento*), [A.C. 3586](#) (Fucci ed altri, *Disposizioni in materia di alleanza terapeutica, di consenso informato e di dichiarazioni anticipate di trattamento*), [A.C. 3596](#) (Calabrò e Binetti, *Disposizioni in materia di alleanza terapeutica, di consenso informato e di dichiarazioni anticipate di trattamento*), [A.C. 3599](#) (Brignone ed altri, *Modifiche al codice civile in materia di consenso informato, di dichiarazione anticipata di volontà sui trattamenti sanitari e di testamento biologico, nonché istituzione della banca di dati telematica nazionale dei testamenti biologici*) e [A.C. 3630](#) (Iori ed altri, *Disposizioni in materia di rifiuto di trattamenti sanitari e direttive anticipate di trattamento*). Inoltre, il 1 marzo 2016 sono stati assegnati in sede *Referente* alle Commissioni Riunite II *Giustizia* e XII *Affari Sociali* i progetti di legge [A.C. 3535](#) (Mucci e Prodani, *Disciplina dell’eutanasia e norme in materia di consenso informato e di dichiarazioni di volontà anticipate nei trattamenti sanitari*) e [A.C. 3575](#) (Marzano ed altri, *Disposizioni in materia di rifiuto di trattamenti sanitari e per la tutela della dignità della persona nella fase terminale della vita*). In ultimi, il progetto di legge [A.C. 3723](#) (Marzano, *Disposizioni in materia di consenso informato, di rifiuto dei trattamenti sanitari e di dichiarazioni anticipate di trattamento*) è stato assegnato l’8 aprile 2016 in sede *Referente* alla Commissione XII *Affari Sociali*, così come (il 28 aprile) l’[A.C. 3730](#) (Marazziti ed altri, *Disposizioni in materia di dichiarazioni anticipate di trattamento, di consenso informato e di pianificazione condivisa dei trattamenti sanitari*) e l’[A.C. 3970](#) (Silvia Giordano ed altri, *Disposizioni in materia di consenso informato, di disposizioni anticipate di trattamento e di testamento biologico*, l’8 luglio 2016).

anche se si attende (nelle prossime settimane)² la predisposizione di un testo unificato che funga da base per gli emendamenti e la discussione generale³.

2. *Intorno ai molteplici disegni di legge presentati alla Camera dei Deputati: una prospettiva de jure condendo*

Nell'ordinamento italiano a tutt'oggi manca una disciplina legislativa su ciò che nel panorama comparato⁴, o comunque in letteratura, va sotto il nome di 'direttiva anticipata' ovvero 'decisione anticipata', o 'testamento biologico'⁵, anche se, come sottolinea autorevole dottrina⁶, bisognerebbe parlare solo di 'direttiva', termine che ha in sé quel portato orientativo che è assente sia nel termine 'testamento' (atto che rinvia per la sua attuazione ad una fase *post mortem* del sottoscrittore)⁷ che in quello di 'decisione anticipata'.

Ancora più precisamente, è assente una regolamentazione legislativa che disciplini la possibilità per qualsiasi soggetto di far valere le sue determinazioni vincolanti (direttive) quando, nel pieno possesso delle facoltà mentali (ed anche nell'ipotesi in cui non rivesta necessariamente 'le vesti del paziente'), voglia liberamente decidere 'ora per allora' su

² In Commissione si è deciso di costituire un Comitato ristretto. Dei lavori del Comitato, a differenza delle sedute della Commissione, non si pubblica il riassunto e quindi le riunioni sono prive di ogni pubblicità; ci si limita a render noto che l'ultima riunione è stata quella del 6 ottobre.

³ Il testo ha come relatrice di maggioranza la deputata del Gruppo del PD on. Lenzi.

⁴ G. VALENTE, *Testamento biologico ed eutanasia nel diritto tedesco: Patientenverfügung und Sterbehilfe*, in *Famiglia e diritto*, n. 12/2011, 1167-1183; C. CASONATO, T.E. FROSINI, T. GROPPI, *L'atipicità del panorama italiano in tema di biodiritto*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, IV-2007, 1650, ss.; M. DELLI CARRI, *Il valore dell'autodeterminazione nelle dichiarazioni anticipate di fine vita in Italia. Lo scenario europeo di riferimento*, in G. BALDINI, M. SOLDANO (a cura di), *Quando dire basta. Nascere e morire: quando decido io?*, Firenze, 2011, 169-188. In ultimo C. PICIOCCHI, *Dichiarazioni anticipate di trattamento: dare "forma al vuoto" in attesa di una legge*, in *Rivista AIC*, n. 2/2016, 1 ss.

⁵ Si decide di riportare la definizione che di esso ha dato il Comitato Nazionale di Bioetica: "un documento con il quale una persona, dotata di piena capacità, esprime la sua volontà circa i trattamenti ai quali desidera o non desidera essere sottoposta nel caso in cui, nel decorso di una malattia o a causa di traumi improvvisi non fosse in grado di esprimere il proprio consenso o il proprio dissenso informato"; cfr., allora, il Parere del 18 dicembre 2003 *Dichiarazioni anticipate di trattamento*, reperibile presso <http://presidenza.governo.it/bioetica/>, 2. Cfr., almeno, D. NERI, *Note sul documento del CNB sulle "Dichiarazioni anticipate di trattamento"*, in *Bioetica*, n. 2/2004, 188-199.

⁶ C. CASONATO, *Le direttive anticipate di trattamento: un fenomeno paradigmatico dei problemi del biodiritto*, in E. CECCHERINI, T. GROPPI (a cura di), *Bioetica*, Napoli, 2010; M. AZZALINI, *Le disposizioni anticipate del paziente: prospettiva civilistica*, in S. CANESTRARI, G. FERRANDO, C.M. MAZZONI, S. RODOTÀ, ZATTI, *Il governo del corpo. Trattato di biodiritto*, Milano, 2010, 1935; S. AGOSTA, *Bioetica e Costituzione. II. Le scelte esistenziali di fine-vita*, Milano 2012, 127.

⁷ La loro effettività deve aversi durante la vita del soggetto. Si vedrà – più avanti – che in alcuni ddl, ora depositati nel Parlamento italiano – come ad esempio nella proposta di legge [A.C. 1142](#) (Mantero ed altri *Norme in materia di consenso informato e di dichiarazioni di volontà anticipate nei trattamenti sanitari al fine di evitare l'accanimento terapeutico*) e [A.C. 1432](#) (Murer ed altri *Disposizioni in materia di consenso informato e di dichiarazioni anticipate di trattamento sanitario*) –, è prevista tale possibilità, rientrando nel contenuto anche le direttive che devono prendersi in considerazione solo dopo la morte della persona, come la volontà, appunto, sulla donazione di organi. Il termine 'testamento', inoltre, nell'ordinamento italiano ha un contenuto essenzialmente patrimoniale ed anche l'aggiunta dell'aggettivo 'biologico' tende comunque a limitare la libera determinazione del soggetto, mentre l'espressione 'direttiva anticipata di trattamento', costituendo una estensione del diritto al consenso informato ha un contenuto 'semanticamente' più 'largo' che abbraccia qualsiasi trattamento sanitario e non solo quello di sostegno vitale.

eventuali trattamenti sanitari che potrebbero riguardarlo e sui quali non fosse in condizione di prestare il consenso, esprimendo tale volontà mediante la redazione di un atto all'uopo previsto per legge.

Il panorama italiano continua a soffrire di questa lacuna legislativa, solo in minima parte colmata dal prodotto giurisprudenziale⁸ – con riguardo alle condizioni che, se rilevate in sede processuale, legittimano (come nel caso di stato vegetativo permanente – SVP) quel processo di ricostruzione della volontà in grado di autorizzare l'interruzione di trattamenti di sostegno vitale⁹ o riconoscono ad un soggetto terzo la facoltà di decidere per il beneficiario¹⁰ – e (seppur limitatamente alla loro efficacia) da alcune fonti internazionali¹¹ e deontologiche¹², che variamente prevedono il dovere di *prendere in considerazione* le direttive anticipate.

⁸ Il Legislatore ha, nei fatti, demandato le questioni più controverse ai giudici (che si sono sempre trovati dinanzi ad un parametro a 'maglie larghissime'), la disciplina legislativa delle materie inerenti il fine vita sarebbe senz'altro utile, anche al fine di garantire un trattamento eguale in qualsiasi parte del territorio statale stante la mancanza, nel nostro ordinamento, del principio dello *stare decisis*. Ampiamente in tema A. MORELLI, *I diritti senza legge*, in *questa Rivista*, n. 1-2015. Del resto è stato naturale che diverse questioni siano state portate per la loro risoluzione all'attenzione dei giudici, i quali, per non denegare giustizia, hanno cercato risposte nel formante normativo a loro disposizione, anche 'stressando' istituti non configurati per affrontare le tematiche del fine vita (si pensi su tutti a quello dell'amministrazione di sostegno: CENDON, *Amministrazione di sostegno*, in *Enciclopedia del Diritto*, Annali VII, 2014; B. VIMERCATI, *Consenso informato e incapacità. Gli strumenti del diritto costituzionale all'autodeterminazione terapeutica*, Milano, 2014; G. FERRANDO, *L'amministrazione di sostegno nelle sue recenti applicazioni*, in *Famiglia, persone e successioni*, 10/2012. In giurisprudenza, almeno, Corte di Cassazione, sezione VI, sent. 20 dicembre 2012, n. 23707.

⁹ Cfr., *ex multis*, [Cass. civ., sez. I, 16 ottobre 2007, sentenza n. 21748](#), [Consiglio di Stato, sez. III, 2 settembre 2014, n. 4460](#).

¹⁰ Cfr. *infra* nt. 17.

¹¹ La *Convenzione per la protezione dei diritti dell'uomo e la dignità dell'essere umano riguardo alle applicazioni della biologia e della medicina* (Convenzione di Oviedo, 1997) e quindi il suo articolo 9: "i desideri precedentemente espressi a proposito di un intervento medico da parte di un paziente che, al momento dell'intervento, non è in grado di esprimere la sua volontà saranno tenuti in considerazione".

¹² L'articolo 38 del Codice del 2006 disponeva che il medico "deve attenersi, nell'ambito della autonomia e indipendenza che caratterizza la professione, alla volontà liberamente espressa della persona di curarsi e deve agire nel rispetto della dignità, della libertà e autonomia della stessa [...]. Il medico, se il paziente non è in grado di esprimere la propria volontà, deve tenere conto nelle proprie scelte di quanto precedentemente manifestato dallo stesso in modo certo e documentato". Dopo la riforma operata nel 2014, il medesimo articolo 38 *Dichiarazioni anticipate di trattamento* così recita: "[i]l medico tiene conto delle dichiarazioni anticipate di trattamento espresse in forma *scritta, sottoscritta e datata* da parte di persona capace e successive a un'informazione medica di cui resta traccia documentale. La dichiarazione anticipata di trattamento comprova la libertà e la consapevolezza della scelta sulle procedure diagnostiche e/o sugli interventi terapeutici che si desidera o non si desidera vengano attuati in condizioni di totale o grave compromissione delle facoltà cognitive o valutative che impediscono l'espressione di volontà attuali. Il medico, nel tenere conto delle dichiarazioni anticipate di trattamento, verifica la loro congruenza logica e clinica con la condizione in atto e ispira la propria condotta al rispetto della dignità e della qualità di vita del paziente, dandone chiara espressione nella documentazione sanitaria. Il medico coopera con il rappresentante legale perseguendo il migliore interesse del paziente e in caso di contrasto si avvale del dirimente giudizio previsto dall'ordinamento e, in relazione alle condizioni cliniche, procede comunque tempestivamente alle cure ritenute indispensabili e indifferibili". Il Codice pare non prendere in considerazione la possibilità di rifarsi alla volontà del paziente desunta anche da altri elementi rispetto a quelli scritti, ai quali si è già riferita la giurisprudenza e che sono in grado di costituire elementi di prova che ben possono 'completare' mere direttive che non sempre riescono ad essere, proprio per la forma scritta, capaci di determinare in modo completo la volontà del sottoscrittore; si ricordino, quindi, le affermazioni di [Cass. civ., sez. I, 16 ottobre 2007, sentenza n. 21748](#), punto 7.3. della *Motivazione*: la presunta volontà

Non si è, quindi, dinanzi ad un assoluto vuoto ordinamentale sulle direttive anticipate di trattamento, la qual cosa da sola basterebbe a non rendere (strettamente) necessaria la produzione di una decisione legislativa¹³. Lo stesso può dirsi anche con riguardo all'opportunità che una scelta in materia di direttive anticipate di trattamento venga posta dall'organo costituzionale rappresentativo della sovranità popolare? A noi pare di dover rispondere negativamente alla domanda.

Un intervento legislativo è ritenuto opportuno per una maggiore certezza del diritto che in tale materia è quanto mai carente. È proprio l'esigenza che sia garantita una maggiore certezza giuridica a richiedere la disciplina delle direttive anticipate di trattamento attraverso la legge statale, in modo tale da limitare le diverse 'spinte' locali¹⁴ e le possibili divergenze interpretative che possono giungere dalle diverse autorità giudiziali¹⁵, dato che in un sistema, che non è (e continua a non essere) di *common law*,

del paziente incosciente può essere desunta anche "dalla sua personalità, dal suo stile di vita, dalle sue inclinazioni, dai suoi valori di riferimento e dalle sue convinzioni etiche, religiose, culturali e filosofiche".

¹³ E non anche per il (più che condivisibile) timore (che però, è bene esplicitarlo, è di natura politica) che una regolazione legislativa possa "risolvere in termini di limitazioni e divieti quello che dovrebbe essere risolto in termini di libertà"; dubita, quindi, dell'opportunità della legge, anzi ne teme la pericolosità, S. RODOTÀ, *Perché laico*, Roma-Bari, 2009, 89, 101; S. ROSSI, *Amministrazione di sostegno. Un diritto mite per il fine-vita*, in A. PÉREZ MIRAS, G.M. TERUEL LOZANO, E.C. RAFFIOTTA (a cura di), *Desafíos para los derechos de la persona ante el siglo XXI. Vida e Ciencia*, Navarra, 2013, 374. Sull'"urgenza" nel provvedere tramite legislazione cfr. M. DI CIOMMO, *Dignità umana e Stato costituzionale. La dignità umana nel costituzionalismo europeo, nella Costituzione italiana e nelle giurisprudenze europee*, Firenze, 2010, 184; e, con particolare intensità, l'allora Presidente della Corte costituzionale italiana, G.M. FLICK: "[L]auspicio è, ovviamente, che simili tematiche, proprio perché coesenziali alla visione dei diritti fondamentali, non restino aspetti solo incidentalmente sfiorati dalla Corte – a seguito della «rapsodica» investitura che le può derivare da qualche conflitto o questione di legittimità – ma formino oggetto di chiare opzioni legislative: perché solo con la legge può raggiungersi un ponderato equilibrio dei valori in gioco, soprattutto di fronte alla «esplosione» dei nuovi diritti determinata, in particolare, dalle incessanti conquiste della scienza e della tecnica. Allo stesso modo, solo la enunciazione di un preciso dettato normativo è in grado di circoscrivere l'impiego di un «diritto giurisprudenziale» che altrimenti, secondo alcuni, correrebbe il rischio di spingersi oltre il limite dell'interpretazione; ma che al tempo stesso si giustifica in qualche modo con l'esigenza – fortemente avvertita dalla collettività – di non lasciare aree dell'ordinamento (specie se particolarmente «sensibili») prive di garanzia e tutela giurisdizionale", così nelle *Considerazioni finali del Presidente Giovanni Maria Flick sulla giurisprudenza costituzionale del 2008, in occasione dell'Udienza straordinaria del 28 gennaio 2009, Roma, Palazzo della Consulta*, in www.cortecostituzionale.it, *Archivio-Relazioni annuali*, 4 s. Cfr., anche, S. CANESTRARI, *Principi di biodiritto penale*, Bologna, 2015, 14.

¹⁴ È noto, infatti, che diversi Comuni hanno da tempo istituito i registri per la raccolta delle dichiarazioni anticipate di trattamento su di essi cfr., almeno, E. STRADELLA, F. BONACCORSI, *L'esperienza dei Registri delle Dichiarazioni anticipate di Trattamento sanitario tra linee guida e prospettive di regolazione del fine vita*, in A. D'ALOIA (a cura di), *Il diritto alla fine della vita. Principi, decisioni, casi*, Napoli, 2012, 303-332; G. RAZZANO, *Dignità del morire, eutanasia e cure palliative nella prospettiva costituzionale*, Torino, 2014, 154. Si pensi anche alla recente Legge regionale del Friuli Venezia Giulia del 13 marzo 2015, n. 4, *Istituzione del registro regionale per le libere dichiarazioni anticipate di trattamento sanitario (DAT) e disposizioni per favorire la raccolta delle volontà di donazione degli organi e dei tessuti*. La normativa è stata impugnata per violazione della competenza legislativa statale con ricorso n. 55 del 26 maggio 2015. A seguito di tale ricorso, il Legislatore regionale ha modificato il provvedimento contestato con la legge n. 16 del 2015 anch'essa impugnata dal Governo con ricorso n. 87 del 2015. I giudizi in via principale sono ancora pendenti. Ampiamente in tema C. PICIOCCHI, *Dichiarazioni anticipate di trattamento*, cit., 13 ss.

¹⁵ A. MORELLI, *I diritti senza legge*, cit., 17 ss. L'A. bene mette in risalto le differenze che in sé esistono tra le 'risposte' che possono dare il Legislatore e il giudice per la stessa natura degli organi; infatti, i secondi, rispondono alla domanda di giustizia con il principio della domanda definito nel *thema decidendum*. Inoltre (29) la mancanza di una legge generale ed astratta, che rimette al giudice la decisione al caso concreto, produce una disparità (violazione del principio di eguaglianza) tra chi ha la possibilità e le risorse per

non si applica il vincolo del precedente¹⁶ (a tal proposito la giurisprudenza sull'amministrazione di sostegno è di qualche rilevanza)¹⁷.

È senz'altro vero che nell'ordinamento esiste il diritto a decidere sulle proprie cure e il diritto a farlo in modo anticipato per far valere la propria intenzione quando non si dovesse essere più in condizione di esprimersi perché incapaci di farlo, ma lo stesso non può dirsi con riferimento alle *modalità di esercizio del diritto*¹⁸ e quindi alla sua

accedere agli strumenti di protezione e chi, non avendoli, rimane escluso dal diritto non positivamente riconosciuto. Cfr. anche M. LUCIANI, *Positività, metapositività e parapositività dei diritti fondamentali*, in G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, VERONESI (a cura di), *Scritti in onore di Lorenza Carlassare*, Napoli, 2009, 1059-1060; R. BIN, *Il fatto nel diritto costituzionale*, in *Rivista Aic*, [3/2015](#), 8-11; ID., *Nuovi diritti e vecchie questioni*, in A. PÉREZ MIRAS, G.M. TERUEL LOZANO, E.C. RAFFIOTTA (a cura di), *Desafíos*, cit., 97 ss; M. D'AMICO, *Le questioni "eticamente sensibili" fra scienza, giudici e legislatore*, in [Forum di Quaderni Costituzionali](#), [Rassegna n. 10/2015](#), 9; C.M. MAZZONI, *Introduzione. La bioetica ha bisogno di norma giuridiche*, in ID. (a cura di), *Una norma giuridica per la bioetica*, Bologna, 1998, 11, per il quale la legge serve anche per prendere una posizione in un contesto in cui la produzione normativa è caratterizzata da un'internazionalizzazione della bioetica; su tale processo di internazionalizzazione si v. C. CAMPIGLIO, *L'internazionalizzazione delle fonti*, in S. RODOTÀ, M. TALLACCHINI (a cura di), *Ambito e fonti del biodiritto. Trattato di biodiritto*, Milano, 2010, 609-635; nel medesimo *Trattato* si v. l'ampio contributo di A. SANTOSUOSSO, S. AZZINI, *Scienza, tecnologia e gli attuali flussi giuridici transnazionali*, 731 ss.

¹⁶ G.U. RESCIGNO, *Dal diritto di rifiutare un determinato trattamento sanitario secondo l'art. 32, co. 2, Cost., al principio di autodeterminazione intorno alla propria vita*, in *Diritto Pubblico*, n. 1/2008, 85-112; S. AGOSTA, *Della guerra tra poteri che si accende quando una vita si spegne: a margine della proposta di legge in tema di dichiarazioni anticipate di trattamento*, S. STAIANO, *Legiferare per dilemmi sulla fine della vita: funzione del diritto e moralità del legislatore*, entrambi in A. D'ALOIA (a cura di), *Il diritto alla fine della vita*, cit., e rispettivamente a 369-392 e 393-406.

¹⁷ Si può richiamare l'art. 3 della legge n. 6 del 2004 che ha modificato gli artt. 404-413 del codice civile disciplinanti l'istituto dell'amministrazione di sostegno. Una ondivaga giurisprudenza dei giudici tutelari, in alcuni casi riconosce al soggetto, pur nel pieno possesso delle proprie capacità psico-fisiche, di attivare la procedura di designazione dell'amministratore da parte del giudice 'ora per allora', in altri casi nega tale possibilità limitando la nomina dell'amministratore di sostegno da parte del giudice al solo momento in cui la condizione di incapacità o infermità del soggetto beneficiario diviene attuale. A proposito delle diverse interpretazioni che possono scaturire dalla lettera della legge sull'istituto dell'amministrazione di sostegno si v., almeno, Tribunale di Cagliari, decreto 22 ottobre 2009, Tribunale di Cagliari, dec. 14 dicembre 2009 (che hanno offerto due soluzioni diametralmente opposte dell'interpretazione del dispositivo), cfr. M.N. BUGETTI, *Amministrazione di sostegno in favore di persona attualmente capace ed autonoma: oltre i confini dell'istituto?*, in *Famiglia e diritto*, n. 2/2010, 171-177. V., anche, Tribunale di Verona, decreto 4 gennaio 2011; Tribunale d'Appello di Firenze, decreto 3 luglio 2009, con una tesi (*rectius* un avverbio) utilizzata *ad abundantiam* che vale la pena riportare a dimostrazione della delicatezza della materia e dell'incertezza che gli operatori del diritto hanno in mancanza di una legge creata allo scopo: "ove la tesi favorevole dovesse scongiuratamente diffondersi, l'Ufficio del Giudice Tutelare verrebbe costretto a nominare forse milioni di inutili amministratori di sostegno, avviando i relativi procedimenti e gli onerosi adempimenti connessi". Il richiamo ad una simile preoccupazione di tipo economicistico che prevarrebbe sui diritti della persona non può che essere manifestamente rifiutata, così come fa il Tribunale di Firenze, decreto 22 dicembre 2010, che si domanda, appunto, se "è legittimo sbarrare la strada ad applicazioni evolutive di una legge solo per ragioni di economicità del sistema". Si v., anche, Tribunale di Pistoia, 8 giugno 2009; Tribunale di Roma, 1 aprile 2009; Tribunale di Pistoia, 1 aprile 2009; Tribunale di Firenze, 8 aprile 2009. Ampiamente in dottrina B. VIMERCATI, *Consenso informato e incapacità. Gli strumenti del diritto costituzionale all'autodeterminazione terapeutica*, Milano, 2014. Sui contrasti giurisprudenziali è intervenuta da ultimo la Corte di Cassazione, cfr. B. VIMERCATI, *Dai requisiti di attivazione dell'amministrazione di sostegno alla necessità dell'interposizione del legislatore in materia di decisioni di fine vita (sulla sentenza di Cassazione civile, sez. I, 20 dicembre 2012, n. 23707)*, Osservatorio costituzionale, luglio 2013, www.osservatoriocostituzionale.it, n. 00/2013.

¹⁸ L. CARLASSARE, *La Costituzione, la libertà e la vita*, in [ASTRID](#), *Rassegna* 25/03/2009, n. 89 (Anno 5, numero 6), 6, corsivi dell'A. Adesivamente F. PUZZO, *Progresso bio-tecnologico, personalismo costituzionale e diritto alla vita*, in [Forum di Quaderni Costituzionali](#), [Rassegna n. 6/2012](#), 12 ss.

garanzia¹⁹. Infatti, solo la disciplina legale delle direttive anticipate può risolvere una molteplicità di problematiche e senza di essa (molto probabilmente) sarà un giudice, e solo a valle di un procedimento giudiziario, ad accertare, ad esempio, la volontà della persona divenuta incapace e a risolvere le problematiche dovute alla ricostruzione della stessa; non sarà meno semplice l'accertamento se compiuto dal tutore²⁰. Ma la decisione sarà appunto presa da un giudice e non piuttosto dal Legislatore che invece dovrebbe, soprattutto in queste 'nuove' materie, rivendicare il proprio ruolo di rappresentanza degli interessi (finanche diversi e contrapposti) e di prevalenza²¹ nei confronti del diritto giurisprudenziale.

Non si è dunque d'accordo con autorevole dottrina²² seguita anche da quei giudici che, dopo aver richiamato la giurisprudenza della Corte di cassazione sul caso Englaro e la giurisprudenza della Corte costituzionale sul consenso informato, affermano che è di "difficile confutazione la conclusione dell'assoluta superfluità di un intervento del Legislatore volto ad introdurre e disciplinare il c.d. testamento biologico"²³. Questa tesi si è viepiù sviluppata alla luce dell'interpretazione 'estensiva' del contenuto dell'amministrazione di sostegno, che tende a sovrapporre tale istituto a quello delle direttive anticipate di trattamento e che in dottrina è stata accolta con il neologismo di "testamento di sostegno"²⁴.

La precisa regolamentazione delle direttive anticipate avrebbe anche il triplice effetto di sgravare la famiglia o le persone care del paziente in stato di incoscienza, di 'deresponsabilizzare' il medico, in quanto può dar corso a volontà che sono certe e sicure, ma soprattutto di riconoscere alla persona che sottoscrive le proprie direttive di assumere in piena coscienza le decisioni che la riguardano, essendole consentito 'legislativamente' di rimanere 'padrone di sé' anche quando dovesse perdere lo stato di coscienza. La legge servirebbe proprio a 'rendere conoscibile' uno strumento che si mostra fra quelli più adatti a chi voglia decidere ora per allora. Inoltre, la regolamentazione legislativa consentirebbe di chiarire, stabilendole, quali sono in tale ambito le responsabilità dei sanitari.

Un'ulteriore affermazione – espressa in termini chiaramente provocatori – può arrivare a sostenere che, purché esista la legge, questa può persino essere 'scritta male'²⁵. Ciò su cui si vuole portare l'attenzione è la constatazione che un intervento legislativo (cioè la produzione di un atto-fonte primario sulle direttive anticipate) avrebbe come sua diretta conseguenza anche quella di permettere alla Corte costituzionale, sempre se adita, di

¹⁹ A. PIOGGIA, *Consenso informato e rifiuto di cure: dal riconoscimento alla soddisfazione del diritto. A proposito della sentenza Tar Lombardia 214 del 2009*, in [ASTRID](#), Sezione 'Diritti e giustizia-Diritti civili e libertà costituzionali', 5.

²⁰ F. VIGANÒ, *L'interruzione dell'alimentazione e dell'idratazione artificiali ei confronti dei pazienti in stato vegetativo permanente: la prospettiva penalistica*, in [Forum di Quaderni Costituzionali](#), 16 marzo 2009, 19.

²¹ C. TRIPODINA, *Il 'diritto' a procreare artificialmente in Italia: una storia emblematica, tra legislatore, giudici e Corti*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, n. 2/2014, 85.

²² S. RODOTÀ, *L'appello sospetto alla Legge*, in *Il Manifesto*, 23 dicembre 2006.

²³ Tribunale di Modena, decreto 13 maggio 2008. Nello stesso senso anche Tribunale di Prato, 8 aprile 2009.

²⁴ G. PAGLIANI, *Trattamenti sanitari, fine vita e amministrazione di sostegno*, in *Giurisprudenza di merito*, n. 7-8/2009, 1794; G. COSCIONI, *L'amministrazione di sostegno rende superfluo il testamento biologico*, in *Questioni di diritto di famiglia*, 2008.

²⁵ Chiaramente si è d'accordo, fin dal titolo, con chi ha scritto che non si possono "perdere di vista alcuni elementi fondamentali suscettibili di delimitare l'ideale perimetro entro cui collocare una buona legge in materia", così BORSELLINO, *La sfida di una buona legge in materia di consenso informato e di volontà anticipate sulle cure*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, n. 2/2014, 94 (corsivi nostri).

giudicare la conformità a Costituzione della normativa prodotta, avviando, in tal modo, un dialogo con il Legislatore al fine di far avanzare il livello di tutela nell'ambito del diritto alla salute complessivamente inteso.

Dopo aver fatto una “gran figuraccia” nel sollevare il conflitto di attribuzioni, forse al fine di seguire l'indicazione della Corte secondo cui “in qualsiasi momento [si può] adottare una specifica normativa della materia, fondata su adeguati punti di equilibrio fra i fondamentali beni costituzionali coinvolti”²⁶, le nostre Camere hanno iniziato a disciplinare una normativa con il fine di colmare la lacuna legislativa o, forse, per limitare al massimo l'esercizio della funzione giurisdizionale e di dettare una propria visione etica della vita. Ciò ha determinato, a ridosso del tristemente noto ‘caso Englaro’, la presentazione di diversi disegni di legge depositati nel corso della XVI legislatura, i quali, per la forte matrice ideologica e quindi divisiva²⁷ (che non dovrebbe guidare il Legislatore quando norma su queste materie e la Corte quando le giudica²⁸) e per il raffreddamento della discussione intorno a quello che è diventato un ‘caso’, sono stati congelati (o come si è soliti dire *dimenticati in un cassetto*).

3. Il valore delle ‘dichiarazioni’ anticipate di trattamento

La tesi che qui si sostiene, dunque, è la seguente: le direttive devono essere (anche se non in modo assoluto, per come si specificherà) vincolanti, perché, se, come è vero, costituiscono manifestazione del principio di autonomia del paziente, esse hanno il fine di legittimare (o meno) il trattamento medico.

Nuovamente, nelle recenti discussioni parlamentari avviate nel nostro Paese (ancora solo in Commissione Affari Sociali) si ripropone la dicotomia di scelta fra direttive vincolanti e non vincolanti, per cui la discussione si sta riavviando proprio a partire da alcuni contenuti già presenti nel ddl A.C. n. [2350](#) *Disposizioni in materia di alleanza terapeutica, di consenso informato e di dichiarazioni anticipate di trattamento* (c.d. testo Calabrò, della scorsa Legislatura, la n. XVI). Ed in effetti, fra i diversi ddl depositati, si legge che “[g]li orientamenti espressi dal paziente sono valutati dal medico, dopo aver sentito il fiduciario, in scienza e in coscienza, nonché in applicazione dei principi di inviolabilità della vita umana, precauzione, proporzionalità e prudenza. Il medico non può prendere in considerazione orientamenti volti a cagionare la morte del paziente o comunque in contrasto con le norme giuridiche e con la deontologia medica”²⁹.

²⁶ Ord. n. [334/2008](#). L'espressione virgolettata nel testo prima della citazione della pronuncia della Corte è di R. ROMBOLI, che l'ha impiegata nell'annotare tale decisione: *Il conflitto tra poteri dello Stato sulla vicenda Englaro: un caso di evidente inammissibilità*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it (8 ottobre 2008), 4.

²⁷ G.M. FLICK, *Libertà di fine vita*, in *Il Riformista* del 7 luglio 2009; S. RODOTÀ, *George Orwell a Palazzo Madama*, in *La Repubblica* del 27 marzo 2009; ID., *Lo tsunami costituzionale*, in *La Repubblica* del 9 febbraio 2009.

²⁸ Qualche perplessità deriva dalla lettura delle sentt. nn. [229/2015](#) e [86/2016](#), nella misura in cui la Corte limita il suo scrutinio, in quanto vertente proprio su una ‘materia eticamente sensibile’.

²⁹ [A.C. 2996](#) (Binetti ed altri *Disposizioni relative all'alleanza terapeutica, in materia di consenso informato e di dichiarazioni anticipate di trattamento*), si v. l'art. 7 (*Ruolo del medico*), comma 3, corsivi nostri. Si v. anche [A.C. 2229](#) (Roccella ed altri *Disposizioni in materia di alleanza terapeutica, di consenso informato e di dichiarazioni anticipate di trattamento*), [A.C. 3596](#) (Calabrò e Binetti *Disposizioni in materia di alleanza terapeutica, di consenso informato e di dichiarazioni anticipate di trattamento*), tali testi, fondamentalmente, riproducono il contenuto il noto testo già esaminato nel corso della XVI

Prima di ritornare criticamente su tale formulazione, si vuole dare uno sguardo complessivo a tutti i disegni di legge finora depositati. Un punto in comune a tutte i ddl presentati è proprio la ricerca di una definizione di ciò che si debba intendere per DAT, ovverosia l'atto *scritto e non obbligatorio* con il quale ciascuno può disporre in merito ai trattamenti sanitari in caso di *perdita di coscienza* con conseguente privazione di capacità decisionale³⁰ e/o di comprensione delle informazioni intorno al trattamento sanitario e di valutazione delle conseguenze che ragionevolmente possono derivare dalla propria decisione. Per come avremo modo di sottolineare, ogni ddl tende ad allargare o a restringere i criteri soggettivi e quelli oggettivi delle direttive anticipate di trattamento (d'ora in poi DAT); da tali requisiti bisogna partire per giungere, al di là delle varie definizioni proposte, a valutare l'efficacia delle direttive.

Considerando, dunque, il requisito soggettivo: se per tutti i disegni di legge la sottoscrizione delle DAT richiede la piena capacità di intendere e di volere, vi sono alcune previsioni per cui “ciascuno può disporre in merito ai trattamenti sanitari”³¹ purché maggiorenne, ed altre, invece, per le quali è indicato un limite per la minore età³². Quindi, in alcune proposte (*rectius* solo in due) si riconosce l'attivazione delle DAT ad individui di età inferiore a quella prescritta per la generale capacità di agire del singolo. Questa indicazione legislativa è *in parte* da annotare favorevolmente perché è coerente alle disposizioni legislative che riconoscono ai ‘minorenni’ la possibilità di decidere su altri diritti personalissimi, quali, ad esempio, quello del matrimonio (art. 84, comma 2, cc). Ma per quale ragione si è detto che tale disposizione è condivisibile solo in parte e non del tutto? Perché il riferimento all'età compiuta rappresenta un bilanciamento ‘in vitro’ e non, per come dovrebbe essere, ‘in vivo’. Bisognerebbe rispettare, ove possibile, la volontà del minore, dei suoi interessi, della sua volontà, *prescindendo dall'età*, ma tenendo in conto la sua *capacità di discernimento* e la piena capacità di poter decidere su

Legislatura, ovverosia l'[A.C. 2350](#) *Disposizioni in materia di alleanza terapeutica, di consenso informato e di dichiarazioni anticipate di trattamento* (c.d. testo Calabrò).

³⁰ In alcune Proposte, forse, ci si è spinti ‘troppo oltre’ richiedendo che le DAT siano sottoscritte “nell'eventuale sopravvenienza di una condizione *irreversibile* di incapacità di esprimerle” (corsivi nostri), così l'art. 4 dell'AC [3561](#). Il medesimo pdl non norma sui requisiti delle DAT, ma si limita a prescrivere (all'art. 2) che sarà un decreto ministeriale (entro 12 mesi) a disciplinarne le caratteristiche, Altro limite di applicazione e di validità, anche in questo caso non motivato con conseguente disconoscimento delle DAT come propaggine del consenso informato, è l'art. 4, comma 1, lett. c), per cui esse si applicano quando il soggetto è affetto da “una patologia grave e inguaribile in fase terminale, da stato vegetativo o da come irreversibile anche di origine traumatica”. Altrettanto problematica, e non conforme alla *ratio* del contenuto del disegno di legge presentato, è la previsione per cui le DAT siano vincolanti nel caso in cui “sopravvenga un'incapacità *permanente* o una perdita *definitiva* della capacità di comunicare” (corsivi nostri), così l'art. 2 dell'A.C. [3723](#). Si v., anche, l'art. 3, comma 1, dell'A.C. [1298](#), per il quale il sottoscrittore “dà disposizione per il proprio fine vita”; tale locuzione non ha molto senso sia perché le DAT dovrebbero (per loro natura) riferirsi ad ogni trattamento sanitario, a prescindere da quelli del solo fine vita, sia perché, in alcune circostanze, ogni trattamento potrebbe essere di fine vita. In dottrina, per tutti, S. AGOSTA, *Bioetica e Costituzione*, cit., 96.

³¹ Art. 2, [A.C. 1142](#); art. 1, A.C. [3391](#) (si fa riferimento a “ciascuno”); art. 1, comma 1, lett. f), A.C. [1432](#): “ciascuna persona maggiorenne e capace di intendere e di volere può redigere una dichiarazione anticipata di trattamento”. Nello stesso senso l'art. 4 dell'[A.C. 2229](#); l'art. 2, comma 1, dell'A.C. [2264](#); art. 4, comma 1, dell'[A.C. 2996](#); art. 1, comma 4, dell'A.C. [3561](#); l'A.C. [3599](#), art. 5-*quarter*; art. 3, comma 1, dell'A.C. [3630](#); A.C. [3723](#), art. 2; A.C. [3730](#), art. 1, lett. d).

³² A.C. [1298](#), art. 3: “[o]gni persona capace maggiore di *sedici* anni ha la facoltà di redigere una dichiarazione anticipata di volontà”; A.C. [3535](#), art. 3, comma 1: “Ogni persona capace di intendere e di volere maggiore di *quattordici* anni ha la facoltà di redigere una dichiarazione di volontà anticipata”.

di sé e sul suo corpo (guardando, quindi, alla maturità raggiunta), così come, del resto, prescrive l'art. 24, comma 1, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea³³.

Procedendo nell'analisi, ogni pdl³⁴ – per come si diceva – si apre con una definizione di direttiva anticipata di trattamento. Le definizioni tendono a coincidere formalmente, ma non sostanzialmente e si afferma ciò sottolineando l'impiego del termine *decisione* in luogo di *direttiva*. Altra differenza sostanziale è possibile rinvenire a proposito del requisito oggettivo (che trova anch'esso una relazione di dipendenza con il termine impiegato) e quindi, in ultima analisi, in merito alla portata vincolante o meno delle DAT.

Intanto, abbandonato definitivamente l'utilizzo dell'espressione di testamento biologico³⁵, ogni disegno norma l'istituto della DAT con il principio del consenso informato. La scelta di procedere in tale modo è da imputarsi all'essere la DAT (proprio) un'estensione logica del principio del consenso informato, seppur quest'ultimo principio conosca una positivizzazione in diverse previsioni normative già da tempo³⁶ – anche se in modo del tutto disorganico – nel nostro ordinamento, oltre che in quello internazionale e nella codicistica deontologica.

Se intento di questo contributo è quello di soffermarsi non tanto sul diritto fondamentale del consenso (dissenso) informato, quanto piuttosto sull'istituto delle DAT, per come si diceva, pare opportuno, per rilevare le differenze (contenutistico-formali) pur presenti tra i vari ddl finora presentati, soffermarsi proprio sull'acronimo. Ed infatti, una ricaduta normativo-applicativa dipende anche dalla parola 'direttiva', 'decisione', 'dichiarazione'³⁷ ovvero 'disposizione'³⁸, di cui la lettera 'D' nell'acronimo costituisce l'abbreviazione. Infatti, per come già ricordato³⁹ – e per quello che si dirà di qui a breve – parrebbe opportuno parlare solo di 'direttiva', termine che ha in sé quel portato orientativo assente, invece, in quello di 'decisione'. Di "dichiarazioni"⁴⁰ anticipate di

³³ *Diritti del minore*: “[i] minori hanno diritto alla protezione e alle cure necessarie per il loro benessere. Essi possono esprimere liberamente la propria opinione. Questa viene presa in considerazione sulle questioni che li riguardano in funzione della loro età e della loro maturità”.

³⁴ I lavori parlamentari sono iniziati nella XII Commissione e, ad oggi, si sono tenute sei sedute (dal 7 marzo al 19 aprile 2016) di audizioni nell'ambito dell'indagine conoscitiva sulle proposte di legge di cui si darà conto

³⁵ Tranne che per l'A.C. [3599](#), art. 5-quarter (*Testamento biologico*) e l'A.C. [3970](#), art. 2, lett. b, per cui il testamento biologico può essere integrato dalla “disposizione anticipata di trattamento”.

³⁶ E. ROSSI, *Profili giuridici del consenso informato: i fondamenti costituzionali e gli ambiti di applicazione*, in *Rivista Aic*, n. 4/2011, 1-12. In giurisprudenza, almeno, Corte cost., sent. n. [438/2008](#), punto 4 del *Considerato in diritto*.

³⁷ Termine preferito da quanti vogliono ridurre la portata vincolante dei desiderata, ma alla luce degli eventuali sviluppi medico-scientifici che determinerebbero una non perfetta conciliabilità fra la decisione presa 'allora' per 'ora'. Cfr., in tal senso, la posizione espressa dal vicepresidente del CNB nell'*indagine conoscitiva* n. 1, 6 (il testo è reperibile sul sito telematico della Camera dei Deputati). Cfr. anche la posizione espressa dal Presidente del CNB prof. Lorenzo D'Avack a 18. Il termine *dichiarazione* è altresì impiegato punto 4.3.2. del Documento che può essere visionato all'indirizzo telematico <https://undirittogentile.wordpress.com/2015/09/19/le-linee-propositive-del-cortile-dei-gentili/>. *Contra* gli interventi (in indagine conoscitiva n. 2 del 16 marzo presso la Commissione XII (Affari Sociali) del dottor. Riccio e del prof. Lecaldano rispettivamente a 3 e 5, che preferiscono parlare di 'dichiarazioni'.

³⁸ Di cui parla l'A.C. [3970](#), art. 2, lett. b, secondo cui il “testamento biologico” può essere integrato dalle “disposizioni anticipate di trattamento”.

³⁹ Cfr. *retro* nt. 6.

⁴⁰ Il primo documento ad impiegare tale espressione è stato redatto il Comitato Nazionale per la Bioetica nel documento del 18 dicembre 2003 (*Dichiarazioni anticipate di trattamento*), da interpretarsi alla luce della Convenzione di Oviedo: “Questo carattere non (assolutamente) vincolante, ma nello stesso tempo non (meramente) orientativo, dei desideri del paziente non costituisce una violazione della sua autonomia, che

trattamento, invece, parla il Documento *Linee propositive per un diritto della relazione di cura e delle decisioni di fine vita* redatto dalla [Corte dei Gentili](#), intendendo, con l'impiego di tale termine, quelle decisioni rivolte “al futuro in previsione di situazioni ipotetiche [e che] esigono una mediazione interpretativa, di attualizzazione e di concretizzazione, volta al fine del miglior rispetto delle convinzioni, delle preferenze e della volontà del dichiarante nella situazione data, e affidata alla collaborazione tra il medico e un fiduciario nominato dal paziente (o in mancanza un amministratore di sostegno *ad hoc*), ricreando così la struttura propria della relazione di cura”⁴¹.

Escluso l'utilizzo del termine decisione, sarebbe opportuno non impiegare, neanche, il termine ‘testamento’, in quanto esso è un atto che rinvia per la sua attuazione ad una fase *post mortem* del sottoscrittore⁴² ed ha un contenuto essenzialmente patrimoniale (artt. 587 e ss. c.c.). Inoltre, mentre le DAT possono contenere come contenuto *qualsiasi* indicazione di volontà per *qualsiasi* trattamento sanitario, il testamento biologico ha *per sua natura* un contenuto (in parte) più ristretto, ovverosia *limitato* solo ai trattamenti salvavita e più in generale ai procedimenti di sostegno vitale e, quindi, alle decisioni di fine-vita, avendo come finalità principale, nella maggior parte dei casi, quella di indicare l'interruzione o il non inizio di trattamenti che possono prolungare artificialmente la vita, determinandone, in tal modo, la sua fine ‘naturale’.

Ritorniamo, però, sull'acronimo DAT e cerchiamo di mettere in rilievo l'equivocità dell'utilizzo dei termini ‘direttiva’ e ‘dichiarazione’. Nei ddl esaminati il termine ‘direttiva’ appare una sola volta⁴³, mentre quello di ‘dichiarazione’ compare in quasi tutti gli altri⁴⁴. Richiamare questo dato significa soffermarsi su un mero aspetto di semantica? Forse sì, ma con una specificazione. In (quasi) tutti i testi di legge si usa il termine dichiarazione⁴⁵, poi, però, lo stesso termine nel corpo del medesimo testo di legge viene

anzi vi si esprime in tutta la sua pregnanza; e non costituisce neppure (come alcuni temono) una violazione dell'autonomia del medico e del personale sanitario”, 77. Sul (grado) di vincolatività si v. *infra*.

⁴¹ Il documento è reperibile sul portale internet: [Corte dei Gentili](#), punto 4.3.2.

⁴² La loro effettività deve aversi durante la vita del soggetto; su tale punto insiste anche B. CASADO CASADO, *El testamento vital como instrumento jurídico de protección de derechos*, in G. RUIZ-RICO RUIZ, M^a.L. MORENO-TORRES HERRERA, N. PÉREZ SOLA, (a cura di), *Principios y derechos constitucionales de la personalidad: su proyección en la legislación civil*, Valencia, 2010, 31. Si vedrà – più avanti – che le DAT, in alcuni disegni di legge, hanno (paradossalmente, però) come contenuto anche delle direttive che devono prendersi in considerazione solo dopo la morte della persona, come la volontà circa la donazione di organi. Cfr., anche, L.E. PERIELLO, *L'autonomia negoziale nel fine vita*, in [www.cortecostituzionale.it](#), *Studi e ricerche*, 7.

⁴³ Iori ed altri, A.C. [3630](#) (art. 3 *Direttiva anticipata di trattamento*).

⁴⁴ Mantero ed altri, [A.C. n. 1142](#) (art. 4 *Dichiarazione di volontà anticipata di trattamento*); Locatelli ed altri, A.C. n. [1298](#) (art. 3 *Dichiarazione anticipata sui trattamenti sanitari*); Murer ed altri, A.C. n. [1432](#) (art. 1, lett. f, “dichiarazione anticipata di trattamento”); Roccella ed altri, [A.C. n. 2229](#) (art. 3 *Contenuti e limiti della dichiarazione anticipata di trattamento*); Nicchi ed altri, A.C. n. [2264](#) (art. 2 *Dichiarazioni anticipate di volontà*); Binetti ed altri, A.C. n. [2996](#) (art. 3 *Contenuti e limiti della dichiarazione anticipata di trattamento*); Carloni ed altri, A.C. n. [3391](#) (art. 2 “dichiarazione anticipata di volontà”); Miotto ed altri, A.C. n. [3561](#) (art. 1 “dichiarazioni anticipate di trattamento”); Nizzi ed altri, A.C. n. [3584](#) (art. 3 *Contenuti e limiti della dichiarazione anticipata di trattamento*); Fucci ed altri, A.C. n. [3586](#) (art. 3 *Contenuti e limiti della dichiarazione anticipata di trattamento*); Calabrò, Binetti, [A.C. 3596](#) (art. 3 *Contenuti e limiti della dichiarazione anticipata di trattamento*); Brignone ed altri, A.C. n. [3599](#) (art. 1 *Consenso informato e dichiarazione di volontà relativi ai trattamenti sanitari*), nella stessa proposta, poi, si fa riferimento ‘anche’ al testamento biologico; Mucci, Prodani, A.C. n. [3535](#) (art. 3 *Dichiarazione di volontà anticipata sui trattamenti sanitari*); Marzano, A.C. n. [3723](#) (art. 2 *Dichiarazioni anticipate di trattamento*); Marazziti ed altri, A.C. n. [3730](#) (art. 1, lett. d, *dichiarazione anticipata di trattamento*).

⁴⁵ Il termine dichiarazione in luogo di direttiva è stato adottato a partire dal documento predisposto dal Comitato Nazionale di Bioetica nel 2003 *Dichiarazioni anticipate di trattamento* al fine di non limitare il

riempito di un contenuto e di una portata normativa – per come si avrà modo di sottolineare – significativamente differente, vale a dire che, se in alcuni progetti di legge si impiega la parola ‘dichiarazione’ nella sua accezione (giuridicamente) semantica di mero volere non vincolante, in altri, per inverso, pur parlandosi di dichiarazioni, si sta regolando la materia come se si trattasse di direttive, volendo attribuire, al contenuto e alla portata delle stesse, un carattere (il più possibile) vincolante.

Per chiarezza interpretativa, si afferma – anche per attribuire un contenuto univoco all’acronimo DAT che si impiegherà fino alla conclusione del presente scritto – che qui si intende utilizzare il termine direttiva (atto vincolante). Ciò in quanto non avrebbe alcun senso giuridico predisporre uno strumento che permetta di redigere un atto scritto quando si è nello stato di intendere e di volere tendente ad assicurare il proprio volere, convinzione e volontà in caso di pervenuta condizione di incapacità e poi far venir meno (in quanto non vincolanti) le volontà manifestate anticipatamente. Verrebbe meno la *ratio* della norma, che ha il precipuo fine di eliminare (il più possibile) la disparità fra individui che, in condizioni personali differenti (capacità, incapacità) sono trattati in modo discriminatorio e quindi non conforme al parametro *ex art. 3 Cost.* D’altronde, parlare di vincolatività non significa incorrere nel rischio dell’abbandono terapeutico o nella mancata valutazione medica della non corrispondenza tra contenuto delle DAT e disponibilità di trattamenti nuovi rispetto al momento le DAT erano state sottoscritte (c.d. contestualizzazione delle direttive). Per tale motivo, può essere evitato l’equivoco che può generarsi dal mancato impiego del termine ‘direttiva’ (la cui semantica rinvia alla vincolatività del suo contenuto); non si deve, cioè, “aver paura di parlare di vincolatività”⁴⁶, in quanto essa comporta non una applicazione meccanica (di automaticità quasi ‘robotica’) ed acritica, quanto piuttosto una attuazione ‘sostanziale’ delle volontà espresse alla luce delle sopravvenute circostanze concrete.

4. La natura e l’attualità delle DAT

Al di là della scelta che farà il Legislatore sull’impiego del termine, che comunque non è materia secondaria ed irrilevante, l’importante sarà il contenuto e la portata (e quindi i limiti) che avranno le DAT, e, dunque, il ruolo del fiduciario e la forma nonché la modalità di documentazione delle direttive anticipate di trattamento. Se si ricorda l’‘aspro’ dibattito sviluppatosi a valle dalla presentazione del ddl ‘Calabrò’ nel 2009 durante la XVI Legislatura, non si possono non apprezzare le disposizioni normative presenti nella maggior parte dei ddl per le quali le ‘dichiarazioni’ sono vincolanti per il medico. In piena continuità con la Convenzione di Oviedo, si prevede che il medico può disattendere le direttive (solo ed esclusivamente) nel caso in cui esse non siano rispondenti a quanto il paziente aveva previsto ‘ora per allora’ essendo intervenute (nel frattempo) innovazioni tecnico-scientifiche o farmaceutiche che le hanno rese obsolescenti.

Si inizia, quindi, dalla *questio* sul grado di vincolatività. Si è già spesa qualche riga sul carattere vincolante delle direttive (che i testi di legge chiamano dichiarazioni). Che

ruolo del medico nella relazione con il paziente (divenuto) incapace. Intorno al termine dichiarazione, nella scorsa Legislatura, si è incentrato tutto il dibattito sulla non vincolatività delle DAT (sulla discussione del testo di legge ‘Calabrò’).

⁴⁶ BORSELLINO, *Audizione presso la XII Commissione*, seduta n. 6 di martedì 19 aprile 2016; C. PICCOCCHI, *Dichiarazioni anticipate di trattamento*, cit., 12.

L'unica interpretazione possibile sia quella qui proposta e accolta, lo si comprende, anche, dalla lettura della Convenzione sui diritti dell'uomo e sulla biomedicina, firmata ad Oviedo il 4 aprile 1997, ratificata dall'Italia con legge 28 marzo 2001, n. 145 (seppure ancora non ne risulta depositato lo strumento di ratifica)⁴⁷.

Se certamente va rilevata la sua mancata entrata in vigore, la Convenzione – pur non rappresentando ancora norma di diritto positivo vigente – svolge un innegabile valore di ausilio interpretativo⁴⁸, così come dimostrato da una nota decisione della Cassazione civile, nella quale la Suprema Corte ha esplicitamente affermato che dal mancato deposito non consegue che “la Convenzione sia priva di alcun effetto nel nostro ordinamento. Difatti, all'accordo valido sul piano internazionale, ma non ancora eseguito all'interno dello Stato, può assegnarsi – tanto più dopo la legge parlamentare di autorizzazione alla ratifica – una *funzione ausiliaria* sul piano interpretativo: esso dovrà cedere di fronte a norme interne contrarie, ma può e deve essere utilizzato nell'interpretazione di norme interne al fine di dare a queste una lettura il più possibile ad esso conforme”⁴⁹.

Con più precisione, ci si riferisce all'art. 9 della Convenzione di Oviedo e alla prescrizione per cui “[i] desideri anteriormente espressi a proposito di un intervento medico da parte di un paziente che, al momento dell'intervento, non è in grado di esprimere la sua volontà saranno tenuti in considerazione”; si tenga a mente, in particolare, il punto 62 del *Rapporto esplicativo* allegato alla Convenzione medesima, contenente le spiegazioni della Convenzione medesima⁵⁰, che, pur se evidentemente non vincolanti, risultano comunque significative per un chiarimento interpretativo: “quando

⁴⁷ S. PENASA, *Alla ricerca dell'anello mancante: il deposito dello strumento di ratifica della Convenzione di Oviedo*, in [Forum di Quaderni Costituzionali](#), 15 dicembre 2007. V., altresì, A. GUAZZAROTTI, *Il caso Welby: adattamento ai trattati e deleghe non attuate*, in *Quaderni costituzionali*, 2/2007, 357-361.

⁴⁸ C. CASONATO, *Introduzione al biodiritto*, Torino, 2012, 148 s.; E. FURLAN (a cura di), *Bioetica e dignità umana: interpretazioni a confronto. Interpretazioni a confronto dalla Convenzione di Oviedo*, Milano, 2009; BECCHI, *Il principio di dignità umana*, Brescia, 2009, 63-65; S. RODOTÀ, *Introduzione*, in G. BALDINI, M. SOLDANO (a cura di), *Quando dire basta*, cit., XII.

⁴⁹ [Cass. civ., sez. I, 16 ottobre 2007, n. 21748](#), punto 7.2 dei *Motivi della decisione*. Esplicitamente la Corte costituzionale ricorda il mancato deposito dello strumento di ratifica solo con Corte cost., sentenza n. 438/2008, e non già, ad esempio, nelle sentenze nn. 45, 46, 47, 48 e 49 del 2005 sull'ammissibilità dei referendum in materia di procreazione medicalmente assistita. Non è la prima volta che la Corte richiama a titolo ausiliario disposizioni ancora prive di efficacia giuridica, si pensi su tutte a Corte cost., sentenze nn. 135/2002 e 394/2006 sul 'valore' della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea alla quale sarà attribuita efficacia giuridica solo a seguito della ratifica del Trattato di Lisbona. In dottrina, per tutti, A. SPADARO, *Sulla giuridicità della Carta europea dei diritti: c'è, ma (per molti) non si vede*, in G.F. FERRARI (a cura di), *I diritti fondamentali dopo la Carta di Nizza*, Milano, 2001, 257. Anche la Corte EDU fa ampio riferimento alla Convenzione di Oviedo fin dalla metà degli anni 2000 (Corte europea dei diritti dell'uomo (Sezione IV), 9 marzo 2004, caso *Glass c. Regno Unito*; Corte europea dei diritti dell'uomo (Grande Camera), 8 luglio 2004, caso *Vo c. France*), vale a dire da quando si occupa sempre più spesso di ciò che va sotto il nome di biodiritto. La Corte EDU fa anche, sempre più spesso, riferimento ai testi elaborati dal Comitato di bioetica del Consiglio d'Europa. Esempio di tale modo di procedere è bene espresso nella decisione sul caso *Lambert* (2015) nel quale la *Grande Chambre* fonda alcuni dei suoi ragionamenti sia sulla Convenzione di Oviedo, che sulla *Guida sul processo decisionale nell'ambito del trattamento medico nelle situazioni di fine vita* (2014). Anche la Corte EDU fa ampio riferimento alla Convenzione di Oviedo fin dalla metà degli anni 2000 (Corte europea dei diritti dell'uomo (Sezione IV), 9 marzo 2004, caso *Glass c. Regno Unito*; Corte europea dei diritti dell'uomo (Grande Camera), 8 luglio 2004, caso *Vo c. France*), vale a dire da quando si occupa sempre più spesso di ciò che va sotto il nome di biodiritto. La Corte EDU fa anche, sempre più spesso, riferimento ai testi elaborati dal Comitato di bioetica del Consiglio d'Europa.

⁵⁰ Inoltre, il 5 maggio 2014, il Consiglio d'Europa ha redatto la *Guida sul processo decisionale nell'ambito del trattamento medico nelle situazioni di fine vita*, 18 ss.

le persone hanno espresso anteriormente i propri desideri, questi devono essere tenuti in considerazione. Tuttavia, tenere in considerazione i desideri espressi anteriormente non significa che essi debbano essere necessariamente rispettati. Per esempio, quando i desideri si esprimono molto tempo prima dell'intervento e la scienza ha da allora compiuto dei progressi, può non esserci alcuna base per rispettare l'opinione del paziente. Così, il medico, tenendo in considerazione specialmente gli sviluppi della medicina, deve, per quanto possibile, convincersi che i desideri del paziente troverebbero applicazione alla situazione attuale e che sono ancora validi". Ciò che si sta palesando è il carattere 'mite' delle DAT nell'essere queste né rigidamente vincolanti né meramente orientative.

Come nella scorsa Legislatura, si riproporrà nuovamente la questione, anch'essa intimamente legata a quanto finora detto, dell'attualità o meno della dichiarazione. Compito del Legislatore potrebbe essere quello di specificare l'ambito in cui si deve muovere il medico quando decide di dar seguito o meno alle DAT poste dal dichiarante. Intanto è auspicabile l'obbligo di motivare per iscritto le ragioni di un eventuale diniego a conformarsi alle direttive. Le motivazioni, che non possono essere quelle di non procurare la morte del paziente⁵¹, devono essere rispettose del diritto all'autodeterminazione⁵². Ecco, quindi, che eventuali giustificazioni potrebbero essere quelle che dimostrino la non attualità della scelta allora fatta, perché il periodo temporale trascorso dalla sottoscrizione permetterebbe che le acquisizioni scientifiche possano dare risposte a problematiche fino a poco tempo prima inimmaginabili ed in effetti non immaginate. Questa possibilità, che potrebbe favorire il riemergere delle problematiche che invece si vogliono superare, a ben vedere, possono essere limitate il più possibile prevedendo una vigenza limitata nel tempo delle DAT⁵³. Ad esempio, il limite temporale⁵⁴ di cinque anni⁵⁵ (termine solo indicativo) rappresenta la possibilità di aggiornare (obbligatoriamente)⁵⁶ la predisposizione della volontà trasfigurata nelle DAT e di avvalersi di eventuali innovazioni scientifiche⁵⁷.

⁵¹ In tal senso, invece, cfr. l'art. 7, comma 2, dell'[A.C. 2229](#); l'art. 7, comma 3, dell'A.C. [2996](#); l'art. 7, comma 2, dell'A.C. [3584](#); l'art. 7, comma 2, dell'[A.C. 3586](#); l'art. 7, comma 2, dell'[A.C. 3596](#).

⁵² Fermo restando che la sola espressione dell'autodeterminazione ha in sé il valore dell'attualità: "tra i due sacrifici [rispettare una volontà anche non attuale o porla nel nulla perché non più attuale] sembra di maggiore entità quello che fa scaturire dall'*incertezza relativa* sulla attualità della volontà una *violazione certa* dell'ultima volontà conosciuta" (A. SANTOSUOSSO, *A proposito di 'living will' e di 'advance directives': note per il dibattito*, in *Politica del diritto*, n. 3/1990, 487, corsivi dell'A.); "quando la volontà è condizionata al verificarsi di fatti futuri, il requisito della sua attualità subisce una dilatazione, nel senso che la volontà è attuale dal momento in cui è stata manifestata fino al verificarsi della condizione futura, salvo che non sia intervenuta una sua revoca" (F. GIUNTA, *Diritto a morire e diritto penale*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1997, 108).

⁵³ Previsione che non è prevista in nessun ddl finora depositato

⁵⁴ Fra i tanti in dottrina, C. TRIPODINA, *Il diritto nell'età della tecnica. Il caso dell'eutanasia*, Napoli, 2004, 106.

⁵⁵ L'art. 4, comma 3, [A.C. 2229](#), che fissa la validità delle DAT, per l'appunto, per cinque anni, ferma restando la loro sempre possibile rinnovazione. Cfr., anche, l'art. 4, comma 2, A.C. [2996](#); l'art. 4, comma 3, A.C. [3584](#); art. 4, comma 3, [A.C. 3586](#); art. 4, comma 3, [A.C. 3596](#); l'art. 3, comma 2, lett. d), dell'A.C. [3630](#).

⁵⁶ Sull'irragionevolezza della previsione di tale obbligo, cfr. S. AGOSTA, *Bioetica e Costituzione*, cit., 172.

⁵⁷ Come si vede, le possibilità che al medico sarebbero pur sempre riconosciute, nei fatti, sarebbero limitate, pur nella considerazione che "[p]oiché la pratica dell'arte medica si fonda sulle acquisizioni scientifiche e sperimentali, che sono in continua evoluzione, la regola di fondo in questa materia è costituita dalla autonomia e dalla responsabilità del medico che, sempre con il consenso del paziente, opera le scelte

In questa stessa linea (sostanziale vincolatività delle DAT), oltre ad autorevolissima dottrina⁵⁸, si è già mosso il Comitato nazionale per la bioetica adottando nel dicembre del 2003 un parere su *Dichiarazioni anticipate di trattamento* nel quale si legge che “ogni persona ha il diritto di esprimere i propri desideri anche in modo anticipato in relazione a tutti i trattamenti terapeutici e a tutti gli interventi medici circa i quali può lecitamente esprimere la propria volontà attuale [. E, quindi, che] se il medico, in scienza e coscienza, si formasse il solido convincimento che i desideri del malato fossero non solo legittimi, ma ancora attuali, onorarli da parte sua diventerebbe non solo il compimento dell’alleanza che egli ha stipulato col suo paziente, ma un suo preciso dovere deontologico: sarebbe infatti un ben strano modo di tenere in considerazione i desideri del paziente quello di fare, non essendo mutate le circostanze, il contrario di ciò che questi ha manifestato di desiderare e volere. È altresì ovvio che se il medico, nella sua autonomia, dovesse diversamente convincersi, avrebbe l’obbligo di motivare e giustificare in modo esauriente tale suo diverso convincimento, anche al fine di consentire l’intervento del fiduciario o curatore degli interessi del paziente”⁵⁹.

Il ruolo del medico rimane di estrema rilevanza⁶⁰, in quanto questi deve valutare l’attualità delle DAT alla luce delle acquisizioni scientifiche. In mancanza di eventuali innovazioni tecniche e dinanzi a DAT che non rinviino se non a quanto scelto in piena autonomia e responsabilità⁶¹, alle DAT si dovrebbe dar seguito senza alcuna valutazione contraria.

Alle DAT non dovrebbe essere limitato il solo ruolo (anche se non marginale) di pianificare i trattamenti futuri quando si è in una fase ‘lontana’ dallo stato patologico, ma – anche e sempre per il fine di avere una maggiore efficacia e rispondenza sulla situazione attuale e/o del prossimo futuro del paziente – anche quello di rappresentare il *modus operandi* della relazione medico-paziente-(familiari) in riferimento alla promozione di scelte di cura consapevoli da prendere durante il processo di cura (nella fase cioè patologica) attraverso una pianificazione delle stesse (ACP - *Advance Care Planning*)⁶².

Fra i ddl ‘più problematici’, sempre con riguardo al profilo oggettivo dell’istituto delle direttive anticipate di trattamento, vi sono quelli che si aprono, nel loro primo articolo, riconoscendo come diritto assoluto la vita umana. Gli articoli da sottoporre a critica

professionali basandosi sullo stato delle conoscenze a disposizione”, così Corte cost., [sentenza n. 282/2002](#), punto 4 del *Considerato in diritto*.

⁵⁸ C. CASONATO, *Le direttive anticipate*, cit., 4 ss.

⁵⁹ A pagina 15 del Parere del CNB.

⁶⁰ BORSELLINO, *La sfida di una buona legge in materia di consenso informato e di volontà anticipate sulle cure*, cit., 14.

⁶¹ Il contenuto delle DAT risponde a criteri di natura morale, avendo a che fare con l’immagine che ciascuno ha di sé e che magari vuole lasciare a chi gli sopravvivrà e con la percezione della propria umanità e dignità, così C. CASONATO, *Consenso e rifiuto*, cit., 547.

⁶² L. ORSI, A. GIANNINI, M. VEGANO, G. R. GRISTINA, *Le cure di fine vita in Italia: il problema e la sua possibile soluzione nella prospettiva dei clinici*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, n. 2/2015, 230 s. Alla luce di un ricchissimo apparato bibliografico e da una prospettiva esclusivamente clinica, tali AA. hanno affermato che “modelli di ACP ritagliati sulle concrete condizioni di malattia hanno dimostrato che un approccio coordinato, sistematico, centrato sul paziente e i familiari e su un processo decisionale condiviso, che include discussioni riguardanti le cure di fine vita, migliora la qualità di queste ultime, riduce lo stress nei caregiver, evita cura e ricoveri inappropriati. In questo modo, direttive anticipate di trattamento (DAT), maturate nel contesto dell’ACP, diverrebbero più solide e affidabili”, 231. In ultimo, su tale distinzione, cfr. la *Guida al processo decisionale nell’ambito del trattamento medico nelle situazioni di fine vita*, Consiglio d’Europa, Dicembre, 2014, che parla di “pianificazione” del processo di cura. Cfr. l’art. 5 dell’A.C. [3730](#). In dottrina, almeno, G. RAZZANO, *Dignità del morire*, cit., 162 ss.

attenzione sono quelli rubricati *Contenuti e limiti della dichiarazione anticipata di trattamento*, per i quali “l'alimentazione e l'idratazione, nelle diverse forme in cui la scienza e la tecnica possono fornirle al paziente, sono forme di sostegno vitale e fisiologicamente finalizzate ad alleviare le sofferenze fino alla fine della vita. Esse non possono formare oggetto di dichiarazione anticipata di trattamento”⁶³. Le altre disposizioni che ‘svuotano’ del tutto la DAT sono contenute sotto l'intitolazione *Forma e durata della dichiarazione anticipata di trattamento*, secondo cui “[i]n condizioni di urgenza o quando il soggetto versa in pericolo di vita immediato, la dichiarazione anticipata di trattamento non si applica”⁶⁴.

I disposti appena richiamati riguardano ancor più da vicino il tema della vincolatività. Tali proposte di legge, che si aprono al richiamo del principio della indisponibilità della vita⁶⁵, legittimano il medico a non considerare le dichiarazioni (per l'appunto il richiamo non è alle direttive) come vincolanti, in quanto possono essere disattese con il solo obbligo di motivazione per cui ad esse non si è dato corso. La problematica insita in queste proposte⁶⁶ – oltre a quanto si dirà fra poco nel testo – sta nel fatto che la motivazione adducibile non è limitata ad alcune ipotesi, come potrebbero essere quelle della contrarietà all'ordinamento giuridico e alla *lex artis* e quelle della incompatibilità con il presupposto di fatto indicato dall'interessato nel momento in cui sono state manifestate le DAT. Tale criticità è, infatti, presente in quei disegni di legge per cui il limite è solo quello di conseguire dei benefici per il paziente, sempre se non già presi in considerazione da questi. Altri disegni⁶⁷, ancora, limitano tale facoltà ai casi in cui “non vi sia più corrispondenza tra la situazione attuale e quelle prevista dal paziente”, in ragione, ad esempio, di “acquisizioni scientifiche”⁶⁸. Il medico deve tener presenti questi progressi

⁶³ Art. 3, comma 5, dell'A.C. [3584](#); art. 3, comma 5, dell'A.C. [3596](#). Seppur palesando che anche questo trattamento possa essere considerato futile, ma che comunque non può formare oggetto di DAT, sostanzialmente identici, sono: l'art. 3, comma 4, dell'A.C. [2229](#); l'art. 3, comma 4, dell'A.C. [2996](#); l'art. 3, comma 5, dell'A.C. [3586](#). Il testo così recita: “l'alimentazione e l'idratazione, nelle diverse forme in cui la scienza e la tecnica possono fornirle al paziente, devono essere mantenute fino al termine della vita, ad eccezione del caso in cui le medesime risultino non più efficaci nel fornire al paziente in fase terminale i fattori nutrizionali necessari alle funzioni fisiologiche essenziali del corpo. Esse non possono formare oggetto di dichiarazione anticipata di trattamento”.

⁶⁴ Corsivo nostro. Cfr. anche l'art. 4, comma 6, dell'A.C. [2229](#); l'art. 4, comma 3, dell'A.C. [2996](#); l'art. 4, comma 6, dell'A.C. [3584](#); l'art. 4, comma 6, dell'A.C. [3586](#); l'art. 4, comma 6, dell'A.C. [3596](#).

⁶⁵ Su tale principio la letteratura (non solo giuridica) è sterminata; riassuntivamente, possono riportarsi le parole impiegate nella *Postilla* allegata al Documento redatto dal Comitato Nazionale di Bioetica sul *Rifiuto e rinuncia consapevoli al trattamento sanitario nella relazione paziente-medico* del 24 ottobre 2008 da F. D'AGOSTINO, per il quale “la vita deve essere ritenuta eticamente e giuridicamente indisponibile, non perché sia sacra (questa è un'opinione più che legittima, ma valida solo per i credenti e a volte solo per alcuni di loro), ma perché questa indisponibilità è il presupposto e il fondamento di tutti i diritti umani (dicendo questo, riconosco che questo argomento non può avere valore per chi neghi l'esistenza e/o l'assolutezza dei diritti umani)”, 25.

⁶⁶ AA.CC. [2229](#), [2996](#), [3584](#), 3586, [3596](#), [3730](#).

⁶⁷ Art. 11, comma 4, [A.C. 1142](#); art. 1, comma 4, A.C. [3561](#); art. 5, c. 6, A.C. [3730](#).

⁶⁸ Secondo l'art. 5, comma 6, dell'A.C. [3730](#), “La DAT non ha valore in presenza di acquisizioni significative circa le risorse terapeutiche utilizzabili che si siano rese note dopo la sua redazione. In tale caso gli stessi medici firmatari possono promuovere, nel rispetto delle disposizioni del presente articolo, una nuova pianificazione condivisa delle terapie. In ogni caso, la DAT può essere disattesa dal medico curante, in tutto o in parte, qualora sussistano motivate e documentabili possibilità, non prevedibili all'atto della DAT, di poter altrimenti conseguire ulteriori benefici per il paziente, in accordo con il soggetto fiduciario di cui all'articolo 6, se indicato, e con i familiari del medesimo paziente. Gli stessi medici firmatari promuovono una nuova sottoscrizione della DAT depositata o una nuova DAT allo scadere del quinto anno dal deposito della DAT precedente. (corsivi nostri).”

tecnico-scientifici, ma sempre (ben inteso) per rimanere il più possibile aderente a quelle che erano le direttive.

Continuando con i requisiti formali⁶⁹, tutte le proposte finora presentate in Commissione richiedono l'atto scritto. La *ratio* di tale previsione è quella di garantire al massimo l'attendibilità e la certezza delle volontà del soggetto e su tale contenuto scritto il medico può far valere la sua condotta lecita per aver seguito le direttive poste o per non averle seguite previa motivazione da annotare in cartella clinica. Molte proposte richiedono la sola annotazione nella cartella clinica⁷⁰; a ben vedere, però, visto che le DAT possono essere redatte in qualsiasi momento, sono assolutamente da preferire quelle proposte che prevedono l'inserimento nel registro telematico⁷¹, ovvero l'istituzione di un archivio unico nazionale informatico⁷², od anche l'istituzione di un registro comunale⁷³ (la qual cosa non pare possa costituire una misura efficace, per la 'limitatezza' di tale ambito territoriale). Con questa modalità si assicura la possibilità certa di reperire sempre e dovunque la documentazione richiesta (in special modo nelle situazioni di emergenza-urgenza) e di farlo nella maniera più sicura ed istantanea. Quindi, seppur si possano prevedere diverse forme di direttive, l'importante è che si normi con una certa attenzione intorno alle procedure di reperibilità secondo i più moderni ed affidabili criteri di archiviazione. Solo così, del resto, si renderà effettivo⁷⁴ il diritto a decidere sulle cure da ricevere in fase di incoscienza.

Passando, ora, al requisito oggettivo, si nota che in molti progetti di legge⁷⁵ le DAT sono spesso accompagnate (*rectius* possono essere affiancate) dalle direttive anticipate sulla donazione degli organi. Si è coscienti del fatto che nel panorama comparato le direttive hanno un contenuto abbastanza ampio (si pensi, ad esempio, all'ordinamento spagnolo nel quale vigono le *instrucciones previas*) nel quale rientra anche quello sulla donazione degli organi *post mortem* (tanto che, in Spagna, si parla comunemente di *testamento vital*); però, vale la pena ribadirlo, se le DAT si riferiscono ai trattamenti *in*

⁶⁹ BORSELLINO, *La sfida di una buona legge in materia di consenso informato e di volontà anticipate sulle cure*, cit., 305-306.

⁷⁰ Art. 4, comma 2, dell'[A.C. 1142](#).

⁷¹ Art. 7, A.C. [1298](#); art. 7, A.C. [3535](#). Cfr., altresì, gli AA.CC. [1142](#), [2264](#), [2229](#), [2996](#).

⁷² Art. 7, A.C. [1298](#); art. 8, A.C. [2229](#); art. 8, A.C. [2996](#); art. 7, A.C. [3535](#).

⁷³ Art. 5 dell'[A.C. 2264](#).

⁷⁴ L'art. 12 dell'[A.C. 1142](#), a tal proposito rubricato *Programmi di informazione*, prescrive che “[e]ntro due mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge, il Ministro della salute, con proprio decreto, disciplina le forme e le modalità attraverso le quali le ASL, tramite i medici di medicina generale, informano i propri assistiti della, rinvia ad un decreto del Ministro della salute la definizione possibilità di rendere la dichiarazione di volontà anticipata di trattamento. Tutte le informazioni di carattere scientifico o metodologico sulla possibilità di rendere la dichiarazione di volontà anticipata di trattamento sono rese disponibili anche attraverso il sito *internet* del Ministero della salute”. L'art. 9 (*Attività di pubblicizzazione e informazione*) dell'A.C. [1298](#): “1. Il Ministero della salute e il Ministero dell'istruzione, dell'università e della ricerca, ciascuno per le proprie competenze, si attivano affinché le disposizioni della presente legge siano pubblicizzate in tutto il territorio nazionale, nelle forme ritenute più opportune dai medesimi Ministeri. 2. Nell'ambito dell'attività di pubblicizzazione prevista dal comma 1 e, in particolare, curata la diffusione dell'informazione presso gli istituti della scuola secondaria di secondo grado e presso le aziende sanitarie locali e ospedaliere, anche tramite la distribuzione di appositi opuscoli divulgativi. 3. L'informazione sulle disposizioni della presente legge è, altresì, assicurata prevedendo la diffusione di appositi *spot* nell'ambito della programmazione nazionale e regionale della RAI – Radiotelevisione italiana Spa. Gli *spot* devono essere trasmessi con frequenza giornaliera nelle ore di maggiore ascolto e per la durata di un mese continuativo a decorrere dalla data di entrata in vigore della presente legge”.

⁷⁵ Art. 2, comma 1, lett. a), [A.C. 1142](#); art. 1, comma 1, lett. g), A.C. [1432](#); art. 5-*quarter*, comma 1, e art. 5-*quinqies*, comma 2, punti 1, 2, 3 e 4, A.C. [3599](#); art. 3, comma 2, lett. d), A.C. [3630](#).

vita – ovverosia a quando il soggetto vuole esercitare il diritto a decidere da sé sul proprio corpo e ‘gestire’ la sua vita –, la donazione degli organi rimanda ad un tempo che giunge (solo) dopo la morte. Alcune proposte, quindi, pur se non parlano di testamento biologico è come se normassero pensando ad esso. Anzi, in alcuni ddl – a dimostrazione di come l’intenzione del Legislatore sia quella di raccogliere in un unico documento tutte le ‘idee’ che il soggetto ha di sé e su di sé – si riconosce lo ‘spazio’ di decidere financo circa la sepoltura e l’assistenza religiosa⁷⁶.

La domanda che ci si deve porre è se questo modo di procedere sia utile alla regolamentazione di cui il Parlamento ha deciso di occuparsi o se esso possa generare una certa confusione.

Si può affermare che non è strettamente necessario allargare così tanto il contenuto delle DAT, sia per non generare incertezza fra decisioni inerenti le fasi della vita e quelle *post* vita, sia per l’esistenza di una legislazione che garantisce la possibile predisposizione di tali dichiarazioni. Sono almeno tre le modalità che possono essere seguite per dichiarare la volontà di donazione degli organi: 1. con il rinnovo o il rilascio della carta di identità⁷⁷; 2. con una dichiarazione di volontà datata e firmata presso l’associazione AIDO (Associazione Italiana per la Donazione di Organi, tessuti e cellule); 3. con una dichiarazione da predisporre presso gli Uffici Relazione con il Pubblico presenti nelle ASL. Tutte le informazioni sono, poi, caricate nel SIT (Sistema Informativo Trapianti), tali da renderle prontamente accessibili e reperibili sull’intero territorio nazionale. Dunque, esistono già modalità (sicuramente da potenziare), che non richiedono (strettamente) l’impiego di uno strumento predisposto per altra finalità, vale a dire per la decisione sul consenso consapevole ai trattamenti sanitari *in vita*.

5. Il ruolo del medico e quello del fiduciario

Trattando, ora, del (di quello che potrebbe essere il) ruolo del medico dinanzi ad una DAT, occorre richiamare una previsione già presente nel ‘testo Calabrò’⁷⁸ e ora ripresentata in non pochi ddl⁷⁹, vale a dire quella per cui “[i]l medico *non può prendere in considerazione* orientamenti volti a *cagionare* la morte del paziente o comunque in contrasto con le norme giuridiche o la deontologia medica. Gli orientamenti sono valutati dal medico, sentito il fiduciario, in scienza e *coscienza*, in applicazione del principio

⁷⁶ AA.CC. [1142](#) e [1432](#).

⁷⁷ I riferimenti normativi sono l’art. 3, comma 8-*bis*, della l. 25 del 2010 (di modifica del testo unico delle leggi di pubblica sicurezza: “[a]ll’articolo 3 del testo unico delle leggi di pubblica sicurezza, di cui al regio decreto 18 giugno 1931, n. 773, e successive modificazioni, dopo il secondo comma è inserito il seguente: «La carta d’identità può altresì contenere l’indicazione del consenso ovvero del diniego della persona cui si riferisce a donare i propri organi in caso di morte»”) e l’art. 43 d.l. 69 del 2013 così come modificato dalla l. conv. n. 98 del 2013 ([all’articolo 43: “dopo il comma 1 è inserito il seguente: «l-*bis*. Il consenso o il diniego alla donazione degli organi confluisce nel fascicolo sanitario elettronico di cui all’articolo 12 del decreto-legge 18 ottobre 2012, n. 179, convertito, con modificazioni, dalla legge 17 dicembre 2012, n. 221, e successive modificazioni»]).

⁷⁸ S. AMATO, *Il testamento biologico: dal parere del Comitato Nazionale per la Bioetica al disegno di legge Calabrò*, L. RISICATO, *Autodeterminazione del paziente e responsabilità penale del medico nel d.d.l. sulle direttive anticipate di trattamento. Profili problematici*, entrambi in M. GENSABELLA FURNARI, A. RUGGERI (a cura di), *Rinuncia alle cure e testamento biologico. Profili medici, filosofici e giuridici*, Torino, 2010, 239-276.

⁷⁹ Cfr. *retro* nota 29.

dell'*invulnerabilità* della vita umana e della tutela della salute e della vita, secondo i principi di precauzione, proporzionalità e prudenza⁸⁰.

Si rileva che per tale Legislatore, la coscienza⁸¹ del medico varrebbe più di quella del dichiarante le DAT: ciò da cui il paziente potrebbe dissentire sono solo le cure non salvifiche. La previsione non convince, non solo per la manifesta lesione del principio di autodeterminazione e quindi della possibilità di dissentire anche sulle terapie salvavita, ma anche perché tutte le cure possono essere salvifiche su un corpo che non gode di uno stato di integrità fisica che gli consenta di superare autonomamente patologie, a differenza di quanto avviene in un soggetto che non versi in tale situazione.

In questa previsione normativa si rinviene la penna ideologizzata⁸² del Legislatore che lo ha portato a scrivere che la legge riconosce e tutela la vita umana quale diritto inviolabile ed *indisponibile*. L'uso dell'aggettivo indisponibile non può che lasciare perplessi soprattutto se presente in un testo di legge che vorrebbe disciplinare il consenso informato e le dichiarazioni anticipate. Che significato può avere l'aggettivo preso in considerazione se non quello di spogliare l'individuo della propria autodeterminazione sulla scelta della cura? Se la vita è indisponibile, bisogna che essa sia tutelata sempre e comunque, anche dinanzi ad un esplicito rifiuto da parte del paziente, che non avrebbe alcuna possibilità di dissentire su un trattamento sanitario; senza dire altro sulla conseguente totale privazione di senso delle dichiarazioni anticipate di trattamento. Il bene vita diventa un diritto assoluto⁸³, per la cui tutela il soggetto deve sottostare a qualsiasi tipo di cura sulla quale senza poter esercitare alcuna decisione⁸⁴; la

⁸⁰ Art. 7 (*Ruolo del medico*), comma 3, [A.C. 2229](#). Nel testo si prenderà in esame, in modo esemplare, tale A.C. Cfr., comunque, l'art. 7, comma 3, dell'A.C. [2996](#); l'art. 7, comma 2, dell'A.C. [3584](#); l'art. 7, comma 2, dell'[A.C. 3586](#); l'art. 7, comma 2, dell'A.C. [3596](#).

⁸¹ Su tale termine, criticamente, almeno S. AGOSTA, *Bioetica e Costituzione*, cit., 175.

⁸² Per la specificazione del termine impiegato si v. *infra* nt. 122.

⁸³ Non si può a questo punto non riportare integralmente una delle decisioni della Corte, che si condivide nella sua totalità: “[t]utti i diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione si trovano in rapporto di integrazione reciproca e non è possibile pertanto individuare uno di essi che abbia la prevalenza assoluta sugli altri. La tutela deve essere sempre “sistemica e non frazionata in una serie di norme non coordinate ed in potenziale conflitto tra loro” ([sentenza n. 264 del 2012](#)). Se così non fosse, si verificherebbe l'illimitata espansione di uno dei diritti, che diverrebbe “tiranno” nei confronti delle altre situazioni giuridiche costituzionalmente riconosciute e protette, che costituiscono, nel loro insieme, espressione della dignità della persona. Per le ragioni esposte, non si può condividere l'assunto del rimettente giudice per le indagini preliminari, secondo cui l'aggettivo “fondamentale”, contenuto nell'art. 32 Cost., sarebbe rivelatore di un “carattere preminente” del diritto alla salute rispetto a tutti i diritti della persona. Né la definizione data da questa Corte dell'ambiente e della salute come “valori primari” ([sentenza n. 365 del 1993](#), citata dal rimettente) implica una “rigida” gerarchia tra diritti fondamentali. La Costituzione italiana, come le altre Costituzioni democratiche e pluraliste contemporanee, richiede un continuo e vicendevole bilanciamento tra principi e diritti fondamentali, senza pretese di assolutezza per nessuno di essi. La qualificazione come “primari” dei valori dell'ambiente e della salute significa pertanto che gli stessi non possono essere sacrificati ad altri interessi, ancorché costituzionalmente tutelati, non già che gli stessi siano posti alla sommità di un ordine gerarchico assoluto. Il punto di equilibrio, proprio perché dinamico e non prefissato in anticipo, deve essere valutato – dal legislatore nella statuizione delle norme e dal giudice delle leggi in sede di controllo – secondo criteri di proporzionalità e di ragionevolezza, tali da non consentire un sacrificio del loro nucleo essenziale”, l'ampio stralcio appena riportato è presente in Corte cost., [sent. n. 85/2013](#), punto 9 del *Considerato in diritto*.

⁸⁴ Chiara da questo punto di vista l'impostazione ideologica e manifestamente irragionevole in cui si imbatteva la normativa. “L'apprezzamento del concetto di vita libera e dignitosa [...] è di tipo soggettivo e pertanto è al solo soggetto capace di intendere e di volere, libero e informato, che occorre rimettere le relative determinazioni di rifiuto eventuale dei trattamenti sanitari e di fine vita. Ogni altra ipotesi di tipo etico rischierebbe pericolosi scivolamenti verso orientamenti statalistici e totalizzanti che non trovano

contraddizione rispetto al titolo della legge è più che palese, segnando un significativo passo indietro che restituisce l'alleanza terapeutica (di cui comunque si parla nell'art. 2, comma 3) al mito e riportando la realtà ad un passato (non poi così lontano) dove il potere della decisione risiederebbe tutto nella direzione del medico dotto. Detto in modo ancora più chiaro: il Legislatore pare confondere la vita (indisponibilità e irrinunciabilità), che deve essere garantita per evitare che altri possano disporne, con quella intesa come interesse che trascende la persona per un interesse collettivo. L'affermazione dell'indisponibilità della vita potrebbe comportare la diretta conseguenza che il dovere di vivere si impone anche contro la volontà del suo stesso titolare, vale a dire sempre e comunque.

L'art. 3 disciplina i contenuti e i limiti delle dichiarazioni anticipate di trattamento, le quali chiaramente “non sono obbligatorie” (ex art. 4, comma 1, ddl). Il dichiarante, che è in stato di piena capacità di intendere e di volere e destinatario di una adeguata informazione medico-clinica, esprime *orientamenti* e *informazioni utili* per il medico circa l'attivazione di trattamenti terapeutici riferendosi ad un'eventuale futura perdita permanente della propria capacità di intendere e di volere. La totale dequotazione dell'istituto è ormai avvenuta: le dichiarazioni diventano meri orientamenti ed informazioni utili, perdendo qualsiasi forma di prescrittività. Se la DAT è predisposta a salvaguardia del principio di autodeterminazione del soggetto e del consenso informato, la previsione appena riportata è del tutto irragionevole rispetto alla premessa da cui ha preso le mosse.

L'irragionevolezza della disciplina è anche nella previsione per la quale “[i]n condizioni di urgenza o quando il soggetto versa in pericolo di vita immediato, la dichiarazione anticipata di trattamento non si applica”⁸⁵. Come dovrebbe essere oramai manifesto, la *ratio* che muove questo Legislatore è quella di rendere superflue le DAT attraverso uno sbilanciamento a sfavore dell'autodeterminazione del soggetto e a tutto vantaggio dell'(inesistente) dovere di vivere⁸⁶. Diversamente ragionando, non si comprenderebbe la disposizione appena riportata. Infatti, se un soggetto in piena capacità

conforto in una lettura non ideologica della Carta”, S. GAMBINO, *Diritto alla vita, libertà di morire con dignità, tutela della salute. Le garanzie dell'art. 32 della Costituzione*, in ID. (a cura di), *Inizio e fine vita fra etica, scienza e diritto*, Cosenza, 2013, 75 s. In dottrina si può richiamare (così come fatto per le altre note) chi si è già interessato al tema allorquando era in discussione il ddl Calabrò, cfr., quindi, A. PIOGGIA, *Brevi considerazioni sui profili di incostituzionalità del ddl Calabrò*, in *ASTRID*, Rassegna 25/02/2009, n. 87 (Anno 5, numero 4), 2; S. AGOSTA, *Se l'accanimento legislativo è peggio di quello terapeutico: sparse annotazioni al disegno di legge in materia di alleanza terapeutica, di consenso informato e di dichiarazioni anticipate di trattamento*, in M. GENSABELLA FURNARI, A. RUGGERI (a cura di), *Rinuncia alle cure e testamento biologico*, cit., 281; S. RODOTÀ, *Chi vuole rubarci la vita*, in *La Repubblica* del 7 luglio 2011; B. BARBISAN, *La morte che ci sfugge, le dichiarazioni anticipate di volontà ed il limite del rispetto della persona umana*, in *ASTRID*, Rassegna 06/10/2009, n. 100 (numero 17/2009), 2; F. MEOLA, *Sul diritto di rifiutare le cure fino a lasciarsi morire*, in *Rassegna di diritto pubblico europeo*, n. 1/2013, 132 ss. Si veda il chiaro, già dal titolo, appello sottoscritto da un centinaio di costituzionalisti e pubblicato sul sito telematico di *personaedanno.it*, *No alla cancellazione del diritto fondamentale all'autodeterminazione*; A. SCALERA, *La proposta di legge sulle dichiarazioni anticipate di trattamento*, in *Famiglia e diritto*, 6/2010, 627-637. Per una altrettanto chiara presa di posizione opposta a quella da ultimo citata si v., sempre sul sito *Persona e Danno* (26 febbraio 2011), l'intervento di A. GAMBINO, *Biotestamento. Obiezioni alla tesi di Ferrando, Pace, Rescigno e Rodotà*.

⁸⁵ Art. 4, comma 6, ddl. È bene precisare che ci si riferisce alla eventualità per cui il contenuto delle DAT è comunque noto all'operatore sanitario.

⁸⁶ Fra i tanti, almeno, F.G. PIZZETTI, *Il disegno di legge governativo sui “DICO” e il testamento biologico: spunti di riflessione*, in F.G. PIZZETTI, M. ROSTI (a cura di), *Inizio e fine vita: soggetti, diritti, conflitti*, Milano, 2007, 77.

intellettiva è nella riconosciuta possibilità di rifiutare un trattamento, a prescindere dal momento in cui il medico dovesse effettuarlo, un soggetto in stato di incoscienza è invece costretto a ricevere un trattamento a cui non ha dato, tramite le DAT (ora per allora), il consenso⁸⁷, con chiara violazione del principio di eguaglianza⁸⁸. Se la legge serve ad attribuire efficacia giuridico-prescrittiva alla DAT (che, diversamente, non sarebbe necessaria) essa non può, poi, privarla d'efficacia. L'irragionevolezza della norma sta(rebbe) anche nella manifesta contraddittorietà tra fine perseguito (tutela dell'autodeterminazione) e mezzo prescelto (sottoscrizione di una dichiarazione non vincolante e quindi inutile). La previsione è intrinsecamente illogica e quindi irragionevole in modo manifesto e palese⁸⁹; inoltre, ritorna, anche nell'ipotesi appena ora richiamata, la violazione del principio di eguaglianza a cui la stessa legge (*rectius* il presentatore del pdl) si richiama nel primo comma del primo articolo che apre il disegno di legge.

La conclusione paradossale del non attribuire valore giuridico-vincolante alle DAT è che, per escludere la possibilità di rischio tra lo sfasamento temporale intercorrente tra il momento in cui sono state redatte e il momento in cui vengono applicate, si mortifica, fino ad annullarla, l'autonomia del malato che 'ripudia' il paternalismo del medico, il quale prevarrebbe su una manifestazione di volontà comunque espressa.

Non si cadrebbe in nessun paradosso se si considerasse che il concetto dell'attualità esprime un "requisito logico e non meramente cronologico-temporale"⁹⁰, che fa comunque conservare in capo al redattore la possibilità di conservare il diritto di revoca o modifica della propria volontà fino all'ultimo momento precedente la perdita della consapevolezza, e questo perché non è dato a nessuno di "congetturare se e quali altri

⁸⁷ Anche al fine di ridurre al massimo la distanza tra consenso informato ad un trattamento sanitario (dato 'ora per ora') e DAT (che non si esprime sempre dietro informazione medica) – espressioni ambedue del medesimo principio di autonomia – sarebbe più che opportuno pensare ad una previsione per la quale la redazione delle DAT dovrebbe farsi *con* il medico, in modo particolare quello di base, stante la presenza capillare sul territorio italiano di tale figura professionale.

⁸⁸ G.M. FLICK, *Dovere di vivere, diritto di morire, oppure ...?*, in Federalismi.it, n. 2 - 26/01/2011, 17; S. AZZINI, A. SANTOSUOSSO, *Definizioni sociali e giurisdizione: a proposito delle scelte di fine vita*, in *Notizie di Politeia*, n. 91/2008, 90; R. MASONI, *Amministrazione di sostegno e direttive anticipate di trattamento medico-sanitarie: contrasti, nessi e relazioni*, in *Giurisprudenza di merito*, n. 1/2010, 117.

⁸⁹ L'autodeterminazione del paziente è altresì compressa da un'altra disposizione, che segna l'inutilità della redazione delle DAT, che più avanti nel testo si richiamerà rispetto alla sua validità e alla possibilità di revoca. "Il medico non può prendere in considerazione orientamenti volti comunque a cagionare la morte del paziente o comunque in contrasto con le norme giuridiche o la deontologia medica. Gli orientamenti sono valutati dal medico, sentito il fiduciario, in scienza e coscienza, in applicazione del principio dell'inviolabilità della vita umana e della tutela della salute e della vita, secondo i principi di precauzione, proporzionalità e prudenza", *ex art. 7, comma 2 ddl*. Si pensi anche alla previsione per cui "[n]ella dichiarazione anticipata di trattamento può essere esplicitata la rinuncia da parte del soggetto ad ogni o ad alcune forme particolari di trattamenti terapeutici in quanto di carattere sproporzionato o sperimentale" come è stato efficacemente sottolineato "Il concetto di proporzione in medicina non ha una definizione quantitativa e qualitativa teoricamente predeterminata e dunque universale, dipendendo piuttosto dalle presenti e specifiche condizioni cliniche del paziente, dalle sue aspettative di remissione dalla malattia e dal rapporto tra l'efficacia dei trattamenti ed il dolore che essi infliggono al paziente", così B. BARBISAN, *La morte che ci sfugge*, cit., 2. Sulla parola *coscienza*, si v. criticamente – e a ragione – S. AGOSTA, *Bioetica e Costituzione*, cit., 175-176.

⁹⁰ Parere del 18 dicembre 2003, *Dichiarazioni anticipate di trattamento*, cit., 13. In dottrina già F. GIUNTA, *Il consenso informato all'atto medico tra principi costituzionali e implicazioni penalistiche*, in *Annali della Università di Ferrara - Scienze giuridiche. Nuova serie*, XIII, 1999, 5; L. D'AVACK, *Scelte di fine vita*, in U. VERONESI (a cura di), *Testamento biologico. Riflessioni di dieci giuristi*, Milano, 2006, 83.

cambiamenti possano essere intervenuti nel soggetto nel tempo successivo alla perdita della coscienza”⁹¹.

Se si è persa la coscienza, non si può neanche pensare di poter cambiare idea; quindi, le DAT sono *per definitionem* sempre attuali per la coscienza, possono non esserlo per le scoperte scientifiche e/o per le cure non prese in considerazione (ad es. perché è trascorso un considerevole tempo dalla redazione dell’atto). Se la direttiva è vincolante in una situazione non modificata, il mero trascorrere del tempo non può costituire, quindi, motivo per negare validità ad una valida manifestazione di volontà: “il fatto che la persona non abbia più la possibilità di revocare l’atto non è un motivo per disconoscerle *a posteriori* la libertà che, compiendo l’atto, ha esercitato”⁹².

In conclusione, il consenso è attuale per il solo fatto che è possibile revocarlo o modificarlo in qualsiasi momento⁹³ e non perché deve essere espresso nel preciso momento in cui deve trovare attuazione. Da questa prospettiva, la possibilità di decidere ‘ora per allora’ rappresenta il logico corollario del principio dell’autodeterminazione e del consenso informato, che non recede dinanzi all’incapacità del soggetto titolare⁹⁴.

Nella maggior parte dei ddl presentati presso la Camera dei Deputati si prevede la figura del fiduciario al quale (se nominato) è possibile affidare l’esecuzione delle “disposizioni”⁹⁵.

La figura del fiduciario (la cui nomina, naturalmente, ricade nella possibilità e non di certo nell’obbligo) ha il precipuo scopo di rendere flessibile⁹⁶ il contenuto, per attualizzarlo, e di evitare l’insorgere di un conflitto sull’applicazione delle DAT.

In molti ddl si cerca di dare una risposta all’eventuale contrasto che dovesse comunque insorgere tra soggetti legittimati ad esprimere il consenso e il medico curante. Tale

⁹¹ Parere del 18 dicembre 2003, *Dichiarazioni anticipate di trattamento*, cit., 13.

⁹² RESCIGNO, *La scelta del testamento biologico*, in U. VERONESI (a cura di), *Testamento biologico*, cit., 22. “[u]n paziente non smarrisce la propria «identità» quando raggiunge le soglie estreme dell’incapacità caratterizzate dalla perdita irreversibile della coscienza, pur nel mantenimento intatto delle altre parti del cervello che governano le funzioni vegetative, con la conseguenza che, in nome della tutela e della valorizzazione della sua stessa «identità», appare compatibile con il quadro costituzionale che l’ordinamento giuridico gli riconosca un diritto a pianificare le cure e gli metta a disposizione degli strumenti per realizzare la sua «identità personale» anche in quelle angosciose situazioni”, così F.G. PIZZETTI, *Alle frontiere della vita. Il testamento biologico tra valori costituzionali e promozione della persona*, Milano, 2008, 138.

⁹³ Previsione presente in tutti i ddl.

⁹⁴ *Contra*, chi afferma che “ciò che oggi si vuole, domani si potrebbe non volere più”, così N. ZANON, *Basta con i soliti refrain. Primum vivere*, in www.ilsussidiario.net, 27 marzo 2009. A favore, invece, E. MALFATTI, *Nella ‘babele di lingue’, una logica di inclusione porta con fatica alla composizione giudiziaria del caso Englaro*, in G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, VERONESI (a cura di), *Scritti in onore di Lorenza Carlassare*, cit., 1096, nt. 61, che sottolinea – e a ragione – che nello SVP non può attuarsi alcun processo volitivo e, per tanto, non può determinarsi in contraddizione la maturazione di una volontà contraria a quella espressa quando si aveva la capacità di farlo. A tal proposito pare rilevante quanto affermato dal Comitato Nazionale di Bioetica: dal momento che “tutte le decisioni anticipate di trattamento possiedono inevitabilmente un carattere precario, contingente ed incerto, [colui che] confermasse comunque la sua ferma volontà di redigerle, con la sua firma [...] manifesterebbe senza equivoci l’intenzione di assumersi personalmente e pienamente, almeno sul piano etico, tale rischio. Trattandosi di un soggetto maggiorenne, autonomo, informato e capace di intendere e di volere, oltre che personalmente convinto dell’opportunità per lui di redigere dichiarazioni anticipate, non si vede perché il rischio che egli coscientemente deciderebbe di correre dovrebbe operare nel senso di togliere validità alle sue indicazioni”, così il Parere del 18 dicembre 2003, *Dichiarazioni anticipate di trattamento*, cit., 12.

⁹⁵ L’art. 5 dell’A.C. [1142](#) così le definisce.

⁹⁶ S. AGOSTA, *Bioetica e Costituzione*, cit., 164.

controversia dovrà essere risolta da un collegio di medici⁹⁷, dal giudice⁹⁸ ovvero dal comitato etico della struttura⁹⁹. Fra le scelte previste, sicuramente preferibile sarebbe quella per cui la decisione ultima fosse assunta dal giudice; in tal modo si fuggirebbe il rischio di un ritorno ‘sotto mentite spoglie’ di una forma più o meno blanda di paternalismo medico. Lo stesso dicasi per le proposte che affidano la risoluzione del conflitto ai Comitati etici, organi il cui compito istituzionale riguarda la ricerca scientifica, la sperimentazione, ma non certo la risoluzione di un conflitto riguardante un soggetto e le sue volontà.

Le direttive anticipate avranno un diverso peso – e determineranno un ampliamento o meno del ruolo del fiduciario scongiurando ipotesi di contrasto – se riferite ad una patologia già sorta e sulla quale inizia il percorso di ospedalizzazione (con relativa prognosi), ovvero se esse saranno sottoscritte quando si è in piena salute. Proprio per tale seconda ipotesi (in cui si assiste ad un ampliamento del ruolo del fiduciario), si prevede la possibilità di scrivere nelle DAT anche i valori di riferimento esistenziale a cui si ispira il sottoscrittore e che possono aiutare il medico ed il fiduciario alla concretizzazione ed attualizzazione delle sue volontà.

Il fiduciario in questa delicatissima opera non deve mai esprimere la sua volontà, ma deve ‘semplicemente’ essere un tramite della volontà altrui (quella del fiduciante, “vestendone i panni”¹⁰⁰). Il fiduciario dovrebbe svolgere e la funzione di vigilanza sulle applicazioni delle direttive e quella di cooperazione con il medico; il fiduciario è il soggetto a cui è riconosciuto il compito di mediare, interpretare, attualizzare e concretizzare le DAT scritte ‘ora per allora’ di colui i cui interessi tutela in relazione con il medico. Il fiduciario non può in nessun caso rappresentare in modo pieno la titolarità di atti personalissimi, che, in quanto tali, non possono essere ‘trasferiti’; se così non fosse questi sarebbero disponibili e lo strumento delle DAT, che hanno il precipuo scopo di tutelare anche nel caso di incapacità i diritti fondamentali dell’individuo – mettendolo così a riparo dal ‘paternalismo’ medico – ne risulterebbe svilito nella sua *ratio* essenziale a seguito di una sua inaccettabile torsione.

6. *La nutrizione ed alimentazione artificiali come trattamento sanitario*

Ultima notazione in vista della (futura) discussione parlamentare non può che riguardare una delle questioni politicamente più dibattute, in particolar modo, durante il ‘caso’ Englaro, ovvero sia l’‘essenza’ della Nutrizione ed Idratazione Artificiali (d’ora in avanti NIA). Infatti, in alcune proposte di legge è previsto che “[n]el rispetto della Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità, fatta a New York il 13 dicembre 2006, resa esecutiva dalla legge 3 marzo 2009, n. 18, l’alimentazione e l’idratazione, nelle diverse forme in cui la scienza e la tecnica possono fornirle al paziente, *devono essere mantenute fino al termine della vita*, ad eccezione del caso in cui esse non

⁹⁷ Art. 7, comma 3, [A.C. 3586](#).

⁹⁸ Art. 6, comma 1, A.C. [1298](#); art. 4, comma 1, [A.C. 2264](#); art. 4 A.C. 3391; art. 8 A.C. [3584](#); art. 8 A.C. [3596](#); art. 6 A.C. [3535](#).

⁹⁹ Cfr. l’art. 9 dell’A.C. [1142](#) (con la seguente specificazione: “[i]n caso di impossibilità del comitato etico a pervenire a una decisione, questa è assunta, su istanza del pubblico ministero, dal giudice competente.”); l’art. 4 dell’A.C. 3391; l’art. 6 dell’A.C. [3535](#).

¹⁰⁰ Si v. Documento *Linee propositive per un diritto della relazione di cura e delle decisioni di fine vita*, in [Corte dei Gentili](#), punto 4.3.2.

siano grado di fornire al paziente i fattori nutrizionali necessari per garantire le sue funzioni fisiologiche essenziali. *Esse non possono formare oggetto di dichiarazione anticipata di trattamento*¹⁰¹. Quindi, di nuovo, anche, la riproposizione di una ‘frattura’ sulla alimentazione e idratazione artificiali. Il problema si porrà – se ne è certi – e costituirà perno centrale nel futuro dibattito (non solo) politico-parlamentare su tale (annosa) questione.

In questa sede non si può che ricordare che i più importanti organismi di regolamentazione di settore¹⁰² considerano la NIA come trattamento terapeutici. In linea piena con le argomentazioni sul tema prodotte dalla Cassazione¹⁰³, ma anche dalla

¹⁰¹ Cfr. l’A.C. [2996](#) (Binetti ed altri *Disposizioni relative all’alleanza terapeutica, in materia di consenso informato e di dichiarazioni anticipate di trattamento*), si v. l’art. 3 (*Contenuti e limiti della dichiarazione anticipata di trattamento*), comma 4. (corsi nostri).

¹⁰² Si rinvia per tutti, ancora, a S. AGOSTA, *Bioetica e Costituzione*, cit., 147 ss., che ne parla come di una questione intorno alla quale si è sviluppato uno “stanco e logoro dibattito”, 51; ID., *Se l’accanimento legislativo è peggio di quello terapeutico*, cit., 282-287, per una più che esaustiva ricognizione delle determinazioni medico-scientifiche che acquisiscono la NIA come trattamento sanitario. Cfr., altresì, G. GALAZZO, *Qualificazione dei trattamenti di nutrizione e idratazione artificiale e discrezionalità del legislatore*, in A. D’ALLOIA (a cura di), *Il diritto alla fine della vita*, cit., 199-212. Qui si vuole solo richiamare il documento “Precisazioni in merito alle implicazioni bioetiche della nutrizione artificiale”, elaborato nel gennaio 2007 dal *Consiglio Direttivo e dalla Commissione di Bioetica della Società Italiana di Nutrizione Parenterale ed Enterale* (SINPE), vale a dire l’associazione che rappresenta i medici che si occupano in prima persona del trattamento della nutrizione artificiale: “la SINPE intende essere garante perché la *nutrizione artificiale* (NA) venga considerata a tutti gli effetti un trattamento medico, spesso salvavita, che deve trovare la giusta diffusione sul territorio nazionale italiano rispettando le indicazioni contenute nelle linee guida emanate dalla SINPE e dalle altre Società internazionali del settore. Alla stregua di altri trattamenti medici, anche per la NA si chiede la piena applicazione della Convenzione di Oviedo”. Cfr., anche, C.A. DEFANTI, *I trattamenti di sostegno vitale*, in S. RODOTÀ, ZATTI (a cura di), *I diritti in medicina. Trattato di biodiritto*, Milano, 2011, 594; L. COSENTINI, *La relazione medico-paziente: rapporto tra dovere di cura e autodeterminazione della persona destinataria della cura. Indisponibilità del diritto alla salute*, in *Giurisprudenza di merito*, 11/2009, 396. È lo stesso Welby, che ci ricorda che “Oxepa e Pulmocare non entreranno mai nella dieta di una persona”, così WELBY, *Lasciatemi morire*, Milano, 2006, 46. A questo punto si potrebbe ricordare anche l’art. 53 del codice di deontologia medica, che pare concordare con la tesi della rinunciabilità dei trattamenti inerenti la nutrizione e l’idratazione artificiali; in effetti nel novellato articolo 53 Rifiuto consapevole di alimentarsi (nel 2014), seppur con qualche modifica rispetto a quello previgente (del 2006), si specifica che “Il medico informa la persona capace sulle conseguenze che un rifiuto protratto di alimentarsi comporta sulla sua salute, ne documenta la volontà e continua l’assistenza, non assumendo iniziative coercitive né collaborando a procedure coattive di alimentazione o nutrizione artificiale”. Si v. anche la *Guida al processo decisionale nell’ambito del trattamento medico nelle situazioni di fine vita*, cit., 12 s., e la Corte europea dei diritti dell’uomo (Grande Camera), 5 giugno 2015, caso *Lambert e altri c. Francia*. Su quest’ultima decisione ci si permette di rinviare a U. ADAMO, *Il diritto convenzionale in relazione al fine vita (eutanasia, suicidio medicalmente assistito e interruzione di trattamenti sanitari prodotti di una ostinazione irragionevole)*. *Un’analisi giurisprudenziale sulla tutela delle persone vulnerabili*, in *Rivista AIC*, n. 2/2016, 21-25.

¹⁰³ [Cass. civ., sez. I, 16 ottobre 2007, sentenza n. 21748](#), punto 7 della *Motivazione in diritto*. Nello stesso senso anche i noti casi *Cruzan* della Corte Suprema degli Stati Uniti (1990) e *Bland* della *House of Lords* in Inghilterra, che ha sospeso una terapia di sostegno vitale senza basarsi sul principio di autodeterminazione, ma sulla futilità del trattamento (1993) – su tali casi non si può che non rinviare a R. DWORKIN, *Il dominio della vita*, Milano, 1994, 258-263; D. TASSINARI, *Profili penalistici dell’eutanasia negli ordinamenti anglo-americani*, in S. CANESTRARI, G. CIMBALO, G. PAPPALARDO (a cura di), *Eutanasia e diritto: confronto tra discipline*, Torino, 2003, 110-127; B. BARBISAN, *Il ‘diritto a morire’ negli Stati Uniti secondo l’interpretazione costituzionale del XIV emendamento*, in *Diritto pubblico*, 1, 2001, 175 ss.–. Diversamente, non riconduce le NIA in trattamenti sanitari la Corte di Appello di Milano, decreto del 26 novembre 1999, per la quale l’affermazione che le NIA costituiscano un trattamento terapeutico ancora non costituisce una questione definita sia in ambito medico sia giuridico.

giurisprudenza di merito¹⁰⁴, va riconosciuto agli interventi in parola il fondamento di trattamenti sanitari in senso proprio e questo per una pluralità di constatazioni. La caratterizzazione di trattamento sanitario in senso proprio deriva, in effetti, dalle seguenti constatazioni: si tratta di idratazione e nutrizione di tipo artificiale, prodotto di studi e sapere scientifici a disposizione della medicina solo in epoca moderna e che richiedono l'intervento di professionisti del settore, vale a dire di medici specializzati, che soli sono abilitati ad applicarli¹⁰⁵; la pratica medica in esame consiste in una vera e propria somministrazione forzata del preparato in forma liquida (composizione chimica) attraverso macchine all'uopo predisposte (sondino nasogastrico) ed hanno ad oggetto la somministrazione di composti allo stato confezionati in laboratorio.

Fra le posizioni più autorevoli contrarie a considerare la NIA come atto medico – contrariamente a quanto qui si sta sostenendo – vi è sicuramente quella del Comitato Nazionale di Bioetica. Il riferimento va in particolare al documento *L'alimentazione e l'idratazione di pazienti in stato vegetativo permanente*, del 30 settembre del 2005: non è possibile che le NIA “possano essere considerat[e] «atti medici» o «trattamenti medici» in senso proprio, analogamente ad altre terapie di supporto vitale, quali, ad esempio, la ventilazione meccanica. *Acqua e cibo* non diventano infatti una terapia medica soltanto perché vengono somministrati per via artificiale”. Ecco la trasformazione delle cose attraverso le parole: la nutrizione e l'idratazione artificiali diventano acqua e cibo e la procedura per la loro somministrazione, pur se richiede un'attenta scelta ed una valutazione preliminare del medico, dal momento che si limita ad un “piccolo intervento iniziale”¹⁰⁶, facilmente gestibile, od anche “per l'insussistenza di una condizione patologica autonomamente e progressivamente letale”¹⁰⁷, non rientra fra i trattamenti sanitari. Trasformato il significato delle cose, nel Documento si giunge ad un parere non condivisibile – in quanto netta è la differenza tra rifiuto di cure e pratica eutanassica – nel quale testualmente si afferma che: “la richiesta nelle Dichiarazioni anticipate di

¹⁰⁴ L'idratazione è stata riconosciuta come trattamento dal giudice tutelare di Modena 5 novembre 2008, allorché ha permesso l'amministratore di sostegno. Si v. anche Consiglio di Stato, sez. III, 2 settembre 2014, n. 4460 (ultima decisione sul caso Englaro) nella quale si legge che “[l]a decisione di somministrare al paziente l'alimentazione e l'idratazione artificiale è, in tutto e per tutto, il frutto di una strategia terapeutica che il medico, con il consenso informato del paziente, adotta, valutando costi e benefici di tale cura per il paziente, ed è particolarmente invasiva, per il corpo del paziente stesso, poiché prevede, nel caso della nutrizione enterale, addirittura l'inserimento di un sondino che dal naso discende sino allo stomaco o l'apertura di un orificio, attraverso un intervento chirurgico, nell'addome”, così il punto 38.3, ma si v. tutti i punti dal 36.1 al 38.7 del *Diritto*.

¹⁰⁵ Che li mettono in atto e periodicamente li monitorano. Si ricorda inoltre, a tale proposito, il punto 29 della Spiegazione della Convenzione di Oviedo che dà una interpretazione sicuramente non stretta del termine “intervento”, dovendo questo intendersi in una portata ampia; esso comprende “tutti gli atti medici, in particolare gli interventi praticati con fini preventivi, diagnostici, terapeutici o riabilitativi, e questi sono utilizzati nell'ambito della ricerca”.

¹⁰⁶ La forzatura nella somministrazione viola in modo palese le fondamenta dell'autodeterminazione, se il soggetto che riceve la prestazione ha espresso una posizione contraria a tale pratica, a prescindere dall'invasività o meno dell'intervento (a questo penso si riferisca lo stralcio del Parere virgolettato nel testo); è ciò è vero a maggior ragione se si ha a mente quella non più recente giurisprudenza costituzionale secondo la quale il prelievo ematico, pratica molto meno invasiva di quella di cui si sta discernendo, è considerato una “pratica medica [seppur] di ordinaria amministrazione” e rientrante senza alcun dubbio tra le misure di “restrizione della libertà personale quando se ne renda necessaria la esecuzione coattiva perché la persona sottoposta all'esame peritale non acconsente spontaneamente al prelievo”, così Corte cost., [sentenza n. 238/1996](#), punto 3.2 del *Considerato in diritto*. Dubbi in proposito sono espressi da A. D'ALOIA, *Al limite della vita: decidere sulle cure*, in *Quaderni costituzionali*, n. 2/2010, 262.

¹⁰⁷ *Ibidem*, 263.

trattamento di una sospensione si configura infatti come la richiesta di una vera e propria eutanasia omissiva, omologabile sia eticamente che giuridicamente ad un intervento eutanasi attivo, illecito sotto ogni profilo”.

Che il pare contenuto nel Documento sia poco condivisibile¹⁰⁸, lo si comprende bene anche alla luce delle numerose (oltre che autorevoli)¹⁰⁹ voci contrarie espresse da parte degli stessi componenti del CNB, che hanno espresso un parere contrario a quello fatto proprio dalla maggioranza; basti ricordare le chiare parole espresse dal prof. Barni¹¹⁰ che richiama anche il parere reso da una Commissione scientifica all'uopo costituita (1999) dal Ministro della Salute, prof. Veronesi: “[i]l documento approvato a maggioranza dal CNB risulta [...] costruito su premesse scientificamente erranee ed è quindi incompatibile con una prassi medica non dominata dalla ideologia”.

Anche a voler accettare la tesi che nega la NIA come trattamento sanitario, non si comprende su che basi si possa giustificare il dovere di alimentazione o idratazione di una persona che non voglia alimentarsi o idratarsi e il dovere del medico di non seguire una chiara espressione di autodeterminazione¹¹¹. Quindi, ci si può chiedere se, tralasciando la questione se l'idratazione e la nutrizione siano o meno un trattamento sanitario (da poter rifiutare) o un trattamento assistenziale (per sua natura non rinunciabile), costituiscono una restrizione della libertà personale nel caso siano imposti contro una volontà espressa. La risposta è sicuramente nel secondo senso delineato, in quanto qualsiasi intervento (dalla natura sanitaria o assistenziale) non richiesto o comunque non desiderato dalla persona costituisce una violazione della propria libertà personale. Quindi, anche da questo punto di vista, la questione, almeno giuridicamente, pare esser semplice nella risoluzione che il Legislatore dovrebbe adottare: la sola, ma allo stesso tempo efficacissima, constatazione che si può fare è che la NIA rientra nella “sfera delle libere scelte personali”¹¹².

Non pare, comunque, che possano esserci dubbi di sorta a considerare l'idratazione e l'alimentazione artificiali come dei trattamenti medici¹¹³ – cosa che del resto fa lo stesso proponente – per cui esse devono essere somministrate “nelle diverse forme in cui la scienza e la tecnica possono fornirle al paziente”¹¹⁴.

Si prenda in ipotesi anche un'altra possibile interpretazione che può essere avanzata, vale a dire quella che considera sì l'idratazione e l'alimentazione artificiali come trattamenti sanitari, per i quali, però, si possa prevedere una deroga alla possibilità di costituire oggetto di DAT.

¹⁰⁸ Paragonando i malati di SVP a quelli a cui non si somministrassero in modo artificiale le NIA, si afferma che sarebbe come non “fornire acqua e cibo alle persone che non sono in grado di procurarselo autonomamente (bambini, malati, anziani)”. Una serrata critica a tale argomentazione è in S. AGOSTA, *Bioetica e Costituzione*, cit., 154-155.

¹⁰⁹ M. BARNI in *Postilla*, L. BATTAGLIA, C. CAPORALE, I. COGHI, L. D'AVACK, C. FLAMIGNI, L. GUIDONI, D. NERI in *Nota Integrativa*.

¹¹⁰ Che richiama anche la circostanza per la quale è stato già redatto un parere (che giunge a delle conclusioni opposte a quelle che ora si criticano) espresso da una commissione scientifica all'uopo costituita (1999) dal Ministro della Salute, prof. Veronesi.

¹¹¹ In questo caso si dovrebbe procedere con un trattamento sanitario obbligatorio (TSO), ma, allora, si paleserebbe la circostanza che si è dinanzi ad un trattamento sanitario.

¹¹² E. MALFATTI, *Nella 'babele di lingue*, cit., 1096.

¹¹³ Ma si v. già CATTORINI, *La proporzionalità delle cure mediche per i pazienti in stato vegetativo permanente*, in *Rivista italiana di medicina legale*, n. 2/2002, 267-289.

¹¹⁴ Fra i tanti, ancora, l'art. 3, comma 4, [A.C. 2229](#).

Se, infatti, nelle DAT possono rientrare tutti i trattamenti sanitari ordinari, la non inclusione in esse delle pratiche in commento non ha nessun fondamento, se non di natura ideologica, declinabile in diritto nel sindacato di irragionevolezza. A questo punto deve essere dimostrato sia che le pratiche di alimentazione e di idratazione artificiali non rientrano nei trattamenti sanitari obbligatori (per apprezzarne la *ratio* sulla differenza di trattamento) sia che esse non rappresentano un *genus* particolare di atto medico.

Che non si è, nel caso disciplinato, dinanzi ad un trattamento sanitario obbligatorio, lo si comprende da diversi fattori: a) in quanto si tratta di decisione squisitamente individuale e che ricade solo sul soggetto che l'ha autonomamente predisposta, *id est* perché manca l'esigenza della tutela della salute pubblica; b) perché l'imposizione di un trattamento ad un individuo per il fine di tenerlo in vita contro la sua volontà viola il rispetto della persona umana e quindi della sua dignità, che l'art. 32 Cost. richiama come limite per la legittimità dei trattamenti sanitari obbligatori; il provvedimento che s'impone perché obbligatorio deve essere volto ad impedire che la salute del singolo possa arrecare danno alla salute degli altri e ad assicurare che l'intervento previsto non danneggi, ma sia anzi utile alla salute di chi vi è sottoposto¹¹⁵; c) in quanto non si possono imporre *ex lege* trattamenti sanitari che non siano tassativamente individuati (e non è questo il caso¹¹⁶, che rimanda piuttosto alla scienza e coscienza del medico).

Quindi, e per concludere, la NIA è a tutti gli effetti trattamento medico¹¹⁷. Una terapia medica nel caso della nutrizione enterale, ovvero sia la nutrizione attraverso il sistema digerente (con tubo di nutrizione ovvero sondino nasogastrico), ed addirittura, nel caso della nutrizione parenterale (per via sottocutanea o endovenosa) la nutrizione in vena, appunto, è quanto di più artificiale ci possa essere. Anche la NIA può costituire un maleficio e quindi può essere interrotta come qualsiasi trattamento medico futile.

Valutati l'alimentazione e l'idratazione artificiali come trattamenti ordinari, la previsione che essi non possano formare oggetto di DAT pare essere sorretta dalla valutazione per la quale non si possono negare i fattori nutrizionali necessari alle funzioni fisiologiche essenziali del corpo al paziente che è in fase terminale. Se questo è il fondamento per cui l'alimentazione e l'idratazione non possono formare oggetto di dichiarazione anticipata di trattamento, difficilmente si potrà salvare il Legislatore dalla manifesta irragionevolezza in cui decidesse di incorrere, soprattutto alla luce della giurisprudenza costituzionale sulla 'ragionevolezza scientifica' delle leggi¹¹⁸, per la

¹¹⁵ *Ex multis*, si v. le sentenze nn. [258/1994](#) e [118/1996](#).

¹¹⁶ A. PIOGGIA, *Brevi considerazioni sui profili di incostituzionalità del ddl Calabrò*, cit., 2.

¹¹⁷ Cfr. anche il c.d. *Documento di Terni* predisposto dall'ADI (Associazione Italiana di Dietetica e Nutrizione Clinica) e dall'Ordine provinciale dei Medici Chirurghi e degli Odontoiatri, appunto, di Terni. Cfr. anche l'audizione di Giancarlo Sandri, consigliere della Società italiana di nutrizione clinica e metabolismo, 26 dell'*Indagine conoscitiva* n. 1.

¹¹⁸ C. CASONATO, *La scienza come parametro interposto di costituzionalità*, in [Rivista AIC, n. 2/2016](#); G. D'AMICO, *La Corte e lo stato dell'arte (prime note sul rilievo del progresso scientifico e tecnologico nella giurisprudenza costituzionale)*, in E. MALFATTI, R. ROMBOLI, E. ROSSI (a cura di), *Il giudizio sulle leggi e la sua "diffusione". Verso un controllo di costituzionalità di tipo diffuso?*, Atti del seminario di Pisa svoltosi il 25-26 maggio 2001 in ricordo di Giustino D'Orazio, Torino, 2001, 444 ss.; G. SILVESTRI, *Scienza e coscienza: due premesse per l'indipendenza del giudice*, in *Diritto pubblico*, n. 2/2004; R. BIN, *La Corte e la scienza*, G. GEMMA, *Giurisprudenza costituzionale e scienza medica*, in A. D'ALOIA (a cura di), *Biotecnologie e valori costituzionali. Il contributo della giustizia costituzionale*, Seminario del Gruppo di Pisa tenutosi a Parma il 19 marzo 2004, Torino, 2005, e rispettivamente a 6-10 e 31-94; P. VERONESI, *Le cognizioni scientifiche nella giurisprudenza costituzionale*, in *Quaderni costituzionali*, n. 3/2009, 591-618; S. PENASA, *La ragionevolezza scientifica delle leggi nella giurisprudenza costituzionale*, in *Quaderni costituzionali*, n. 4/2009, 817-842.

quale, dalla nota [sentenza n. 282/2002](#), il Legislatore quando decide di basarsi su cognizione scientifiche, non lo deve fare in modo errato, ovvero disconoscendole in modo arbitrario.

7. Conclusioni

La morte è diventata un processo, un percorso lungo¹¹⁹, ospedalizzato, medicalizzato¹²⁰ e per questo può divenire oggetto di scelte, in un'era in cui l'istituzionalizzazione dei sistemi di cura ha spostato il morente 'dalla casa all'ospedale', pur nella consapevolezza che la medicina non elimina la morte, ma ne prolunga il tempo dell'attesa.

Le direttive anticipate di trattamento costituirebbero non solo uno strumento valido per la tutela dei diritti dei pazienti che hanno perso la capacità di agire, ma rappresenterebbero un solido e valido aiuto anche per i medici¹²¹, che non sarebbero più lasciati soli, ma, confortati da una scelta del paziente, accetterebbero l'idea di non continuare a praticare esami diagnostici o terapie per il solo scopo di tentare tutto il possibile; pratiche, queste ultime, che, il più delle volte contribuiscono a delineare ciò che è definita come 'medicina difensivistica'.

Per chi segue le direttive deve essere chiaro che si sta adempiendo ad un dovere legale prima ancora che deontologico, quindi la non punibilità della condotta medica dovrebbe essere prevista, seppur essa è implicita.

Stante una società multi-valoriale, si può affermare, dunque, che il modo in cui sarebbe doveroso normare in tema di biodiritto dovrebbe essere quello di consentire e non quello di impedire, tramite una regolamentazione il più possibile leggera, *id est*, aperta al riconoscimento ampio del principio di autodeterminazione, fuggendo da una matrice chiaramente ideologica e quindi divisiva¹²². Una regolamentazione "leggera"¹²³, dunque, per diminuire la forza di una normazione che potrebbe delineare un contorno repressivo ed autoritario intorno alla disciplina giuridica delle volontà anticipate; ma in questo caso serie sarebbero le doglianze di incostituzionalità che potrebbero essere sindacate da parte di una Corte attenta e capace.

Solo una legge, d'altronde, risponderebbe al vivo dibattito (finora) extraparlamentare che è da tempo attivo e alla sempre più pressante richiesta sociale (valutabile sulla base

¹¹⁹ BORSELLINO, *La sfida di una buona legge in materia di consenso informato e di volontà anticipate sulle cure*, cit., 94.

¹²⁰ I. ILLICH, *Nemesi medica. L'espropriazione della salute. La paradossale nocività di un sistema medico che non conosce limiti*, Milano, 2005, 19.

¹²¹ In tema C. PICIOCCHI, *Dichiarazioni anticipate di trattamento*, cit., 10.

¹²² Una precisazione circa l'impiego del termine 'ideologia': non si vuole certo negare che il Legislatore possa muoversi teleologicamente verso una ideologia (che poi deve essere sempre rispettosa di quella costituzionale); ciò che si vuol dire è che anche le ideologie devono 'parlamentarizzarsi', nel senso che si devono attuare in bilanciamento tutti i principi e i diritti costituzionali. Se ciò è indubitabile, pare vieppiù opportuno che tale bilanciamento sia raggiunto quando si norma su materie che hanno ad oggetto le libertà e l'autodeterminazione fondate a loro volta su autonomi valori (ideologici).

¹²³ Espressione di un diritto "debole" in contrapposizione ad uno "forte" e quindi la legge dovrebbe essere "il più possibile povera di contenuti morali, che non privilegi un unico punto di vista morale o un'unica ideologia, di una legge senz'altro capace di interventi assai severi ed incisivi sul fronte della garanzia dei diritti individuali dei soggetti coinvolti, ma volta prevalentemente a regolare gli aspetti tecnici e procedurali dei diversi tipi di prassi", così BORSELLINO, *Vere e false alternative in tema di rapporti tra bioetica e diritto*, in *Notizie di Politeia*, n. 65/2002, 124.

sia dalle innumerevoli associazioni che si muovono in tal senso sia dell'utilizzo che si è fatto dell'amministrazione di sostegno) affinché si addivenga ad un serio e costruttivo dibattito parlamentarizzato. Aspettando che la Corte si esprima sul ricorso n. 55 del 26 maggio 2015¹²⁴, la Camera dei Deputati, seppur non con estrema celerità, ha iniziato ad occuparsi della tematica. Forse è poco, ma il dibattito è ora aperto.

In generale, ci si sente di poter considerare le direttive anticipate come uno strumento opportuno e rilevante di cui disporre al fine di tutelare la propria autonomia *in primis* dinanzi al medico. Detto in altri termini, la possibilità riconosciuta al soggetto di poter decidere egli stesso sulle decisioni che lo riguardano e che gli permettono di essere 'padrone di sé' anche quando in stato di perdita di coscienza rimane il "miglior modo"¹²⁵ di rispettare la propria autonomia. Questo perché tali atti sono redatti dalla medesima persona cui saranno rivolti o meno eventuali trattamenti sanitari ed essi, anche se presi 'ora per allora', sono sicuramente sempre più 'validi' di quelli presi da un soggetto estraneo quale può essere un medico o un proprio familiare.

In punto di conclusione, pare opportuno rilevare che in molti dei ddl finora analizzati è posto un limite (irragionevole) per l'attivazione delle DAT, in quanto questa è circoscritta alla (sola) fase del fine vita. Limitare – per come si propone in questi ddl – l'attivazione dell'istituto in caso di "perdita *irreversibile* della propria capacità di intendere e di volere"¹²⁶ ovvero "al fine di escludere, in caso di patologie *gravi e incurabili* e di *estreme sofferenze fisiche e psichiche*, l'attivazione di pratiche terapeutiche anche necessarie al sostegno vitale"¹²⁷ significherebbe negare il fondamento delle DAT nel principio di autonomia del paziente per relegarlo ad un non meglio precisato diritto ad una morte dignitosa. La qual cosa priverebbe il paziente della sua autonomia di decisione e nella maggior parte dei casi le DAT non avrebbero alcun seguito, in quanto si rientrerebbe nelle ipotesi di accanimento terapeutico già escluse dalla normativa, anche convenzionale, e dal codice deontologico. Se il fondamento dell'istituto è nell'autonomia del paziente, la condizione di applicazione deve essere solo quella della perdita della capacità decisionale, momento dal quale la DAT produce effetto¹²⁸.

La decisione espressa nelle direttive, che è libera da qualsiasi costrizione, avrà delle ripercussioni (solo) sul soggetto che l'ha assunta. Ma c'è di più. C'è da dire, infatti, che le scelte contenute nelle dichiarazioni hanno delle ricadute non solo 'interne', ma anche esterne-relazionali, nell'accezione psicologico-affettiva e giuridico-probatoria, ovverosia "contribuiscono a diminuire il timore dei pazienti a che si producano situazioni indesiderate, migliorano la relazione medico-paziente e forniscono al medico

¹²⁴ L'udienza pubblica per i ricorsi nn. 55 e 87 (si v. *retro* nt. 14) si è svolta lo scorso 18 ottobre 2016 e il relatore è stato il giudice Cartabia.

¹²⁵ Questa la bella e "sincera", perché molto semplice, espressione impiegata da A.M^a. MARCOS DEL CANO, *Las instrucciones previas: su regulación jurídica en España*, in D. LARIOS RISCO, L. GONZÁLEZ GARCÍA, F. DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN (a cura di), A. PALOMAR OLMEDA, J. CANTERO MARTÍNEZ (diretto da), *Tratado de derecho sanitario*, Navarra, 2013, 843.

¹²⁶ Art. 1, comma 1, lett. f. dell'A.C. [1432](#); art. 1, comma 4, dell'A.C. [3561](#). Di "perdita *permanente*" dispongono gli art. 3, comma 1, dell'A.C. [2229](#), l'art. 3, comma 1, dell'A.C. [2996](#). Ad uno stato di "incapacità *permanente* o di perdita *definitiva* della facoltà di comunicare del paziente" rinvia l'art. 2, comma 2, lett. c), dell'A.C. [3723](#).

¹²⁷ Art. 3, comma 1, dell'A.C. [3630](#), ma si v. anche l'art. 4, comma 1, del medesimo atto camerale.

¹²⁸ Conformemente, in molte di queste disposizioni seppur limitatamente ad una *petitio principii*, l'art. 11 dell'A.C. [1142](#); l'art. 3, comma 4, dell'A.C. [1298](#); l'art. 2, comma 1, dell'A.C. [2264](#); l'art. 2, comma 1, dell'A.C. [3391](#); l'art. 3, comma 1, dell'A.C. [3584](#); l'art. 3, comma 1, dell'A.C. [3586](#); l'art. 3, comma 1, dell'A.C. [3596](#); l'art. 5-*sexies*, dell'A.C. [3599](#); art. 3, comma 1, dell'A.C. [3535](#).

informazioni su possibili problemi etici [... costituendo] una sicurezza rispetto a denunce future”¹²⁹.

In conclusione, la corretta predisposizione delle direttive può ridurre le problematiche inerenti la loro efficacia, e quindi la loro effettività, e l’uso delle stesse può costituire un utilissimo strumento per ampliare l’*habeas corpus* di chi vive nell’età tecnologica. Ciò pare indubitabile, fermo restando che strumenti di flessibilità sono e devono essere previsti. Fra questi, una funzione primaria è quella che dovrebbe essere assunta dal fiduciario, in quanto capace di ricoprire un ruolo dirimente per la risoluzione *ex ante* dei conflitti. Altro strumento di ‘flessibilità’ (non sempre presente nei ddl analizzati)¹³⁰ si avrebbe se si riconoscesse al redattore la possibilità di esprimere i valori personali che il fiduciario e il medico devono rispettare, per meglio interpretare le direttive e fornire gli orientamenti utili ad adottare decisioni cliniche il più possibile aderenti al contenuto delle DAT scritto nella piena capacità di agire del sottoscrittore.

¹²⁹ “Inoltre, è di grande sollievo e aiuto per la famiglia del paziente, poiché ciò la sgrava dell’insicurezza o del senso di colpa per non aver fatto tutto il possibile, avere la certezza che ciò che si sta facendo è ciò che lui o lei chiedeva”, così, ancora, A.M^a. MARCOS DEL CANO, *Las instrucciones previas*, cit., 843.

¹³⁰ Cfr., almeno, l’art. 6 A.C. [1142](#). In giurisprudenza già [Cass. civ., sez. I, 16 ottobre 2007, sentenza n. 21748](#), punto 7.3.

Marta Manganaro

**L'evoluzione del regionalismo differenziato alla luce delle riforme costituzionali.
Alcune osservazioni sul punto, in comparazione con il modello territoriale
vigente in Spagna**

SOMMARIO: 1. La “*riforma della riforma*”: il ddl Renzi-Boschi e la revisione dell’art. 116, comma 3, Cost. – 2. Le dure critiche al sistema territoriale tracciato nel 2001 ed i forti timori per il mal funzionamento del nuovo modello *ex art. 116, comma 3, Cost.* – 3. Brevi accenni generali sul modello spagnolo: *las Comunidades Autónomas*. – 3.1. Il procedimento autonomistico a quasi quarant’anni dalla sua istituzione. – 4. Considerazioni conclusive.

1. La “*riforma della riforma*”: *il ddl Renzi-Boschi e la revisione dell’art. 116, comma 3, Cost.*

Il disegno di legge di riforma costituzionale c.d. “Renzi-Boschi” presenta, tra le varie modifiche, una rielaborazione del Titolo V della parte II della Costituzione. In particolare, in questo studio, ci si vuole soffermare sulle sorti del regionalismo differenziato¹, di cui all’art. 116, comma 3, Cost., introdotto originariamente con la legge costituzionale n. 3 del 2001². Com’è noto, questa disposizione manifestava l’intenzione di voler innovare il modello territoriale che, fino a quel momento, aveva adottato la Costituzione italiana: si prevedeva, infatti, una della tradizionale distinzione tra regioni speciali ed ordinarie poiché si riconosceva a queste ultime la possibilità di accedere ad «ulteriori forme e condizioni particolari di autonomia». Ciò nonostante, nel testo originale dell’attuale progetto di riforma costituzionale (art. 29 del ddl), presentato dal Governo al Senato, si proponeva l’abrogazione dell’art. 116, comma 3, Cost.: pertanto, se la riforma costituzionale del 2001 marciava verso una maggiore autonomia degli enti territoriali e, quindi, verso una “specialità diffusa”³, il Governo Renzi, invece, nel 2014, suggeriva un passo indietro, probabilmente dovuto al fallimento ed alla mancata esecuzione del regionalismo differenziato così come delineato tredici anni prima.

La proposta di abrogazione dell’art. 116, comma 3, Cost. non è, però, stata accolta dalla Commissione Affari Costituzionali (11 luglio 2014), né, infine, dal Senato (art. 116, A.S. n. 1429, 8 agosto 2014), il quale ha, invece, avallato la soluzione, avanzata dalla Commissione, sia pure con delle piccole modifiche: «Ulteriori forme e condizioni

¹ Tra i numerosi contributi dottrinali in materia di regionalismo differenziato, v., *ex multis*, L. ANTONINI, *Il regionalismo differenziato*, Milano, 2000; N. ZANON, *Per un regionalismo differenziato: linee di sviluppo a Costituzione invariata e prospettive alla luce della revisione del titolo V*, in AA. VV., *Problemi del Federalismo*, Milano, 2001, 54; B. CARAVITA, *La Costituzione dopo la riforma del titolo V*, Torino, 2002, 143; M. CECCHETTI, *Attuazione della riforma costituzionale del titolo V e differenziazione delle regioni di diritto comune*, in www.federalismi.it, 2002; A. RUGGERI, C. SALAZAR, *La specialità regionale dopo la riforma del Titolo V. Ovvero dal «lungo addio» al regionalismo del passato verso il «grande sonno» del regionalismo «asimmetrico»?*, in *Rassegna parlamentare*, 2003, 73.

² S. AGOSTA, *L’infanzia «difficile» (... ed un’incerta adolescenza?) del nuovo art. 116, comma 3, Cost. tra proposte (sempre più pressanti) di revisione costituzionale ed esigenze (sempre più sentite) di partecipazione regionale alla riscrittura del quadro costituzionale delle competenze*, in www.federalismi.it, n.13/2003.

³ G. DEMURO, *Regioni ordinarie e regioni speciali*, in T. Groppi e M. Olivetti (a cura di), *La Repubblica delle autonomie. Regioni ed enti locali nel nuovo Titolo V*, Torino, 2001, 47; A. RUGGERI, C. SALAZAR, *La specialità regionale dopo la riforma del Titolo V*, cit., 69; T. MARTINES, A. RUGGERI, C. SALAZAR, *Lineamenti di diritto regionale*, Milano, 2012, 21.

particolari di autonomia, concernenti le materie di cui all'art. 117, secondo comma, lettere l), limitatamente all'organizzazione della giustizia di pace, n) s) e u), limitatamente al governo del territorio, possono essere attribuite ad altre Regioni, con legge dello Stato, anche su richiesta delle stesse, sentiti gli enti locali, nel rispetto dei principi di cui all'articolo 119, purché la Regione sia in condizione di equilibrio tra le entrate e le spese del proprio bilancio. La legge è approvata da entrambe le Camere, sulla base di intesa tra lo Stato e la Regione interessata»⁴. Pertanto, emerge chiaramente la volontà del Parlamento di mantenere questa disposizione, seppur apportando qualche modifica: continua, così, il disegno di regionalismo differenziato introdotto nel 2001.

Un'attenta analisi di questo – potenzialmente – nuovo art. 116, comma 3, Cost. porta a focalizzarsi su un altro punto cruciale di questo testo riformato: si rimarca l'importanza della condizione economico-finanziaria in cui si trova la Regione interessata a procedere verso una maggiore autonomia (“*purché la Regione sia in condizione di equilibrio tra le entrate e le spese del proprio bilancio*”). L'introduzione di questo inciso può sembrare non altro che un rafforzamento *ad abundantiam* di quanto si potrebbe – e si è potuto fino ad adesso – dedurre con il semplice rinvio all'art. 119 Cost. A tal proposito, qualora non si volesse semplicemente assumere che si tratti di una espressione ridondante, si potrebbero ipotizzare due plausibili finalità del legislatore, apparentemente di segno opposto.

La prima, secondo una lettura più superficiale della disposizione, richiederebbe la previsione della condizione aprioristica dell'equilibrio del bilancio per la valutazione preventiva della capacità economico-finanziaria della Regione di procedere verso una maggiore autonomia: una sorta di prevenzione dal fallimento, volta ad aiutare le Regioni a fare delle considerazioni di opportunità *ex ante* piuttosto che trovarsi *ex post* a stimarne le conseguenze. La seconda porterebbe a considerare il presupposto del c.d. “principio dell'equilibrio in bilancio” come un limite all'avanzamento delle autonomie regionali. Infatti, nell'ambito dell'art. 81 Cost., spicca la previsione dell'ultimo comma, ai sensi del quale i principi dell'equilibrio di bilancio tra entrate e spese e della sostenibilità del debito sono stabiliti con una particolare legge del Parlamento⁵, che delinea, così, le norme fondamentali e i criteri volti ad assicurare la loro realizzazione. Ciò significa riconoscere al legislatore statale una vera e propria competenza speciale di tipo esclusivo, sotto le mentite spoglie di una maggiore autonomia territoriale. Per di più, con l'introduzione del richiamo all'art. 119 Cost., si impone espressamente, senza dare luogo a (im)probabili dubbi ermeneutici, il vincolo alle Regioni, desiderose di ottenere *ulteriori forme e condizioni particolari di autonomia*, di non potervi procedere “liberamente”.

A questo punto, occorre chiedersi, però, se l'introduzione di questa condizione sia giustificata dall'effettivo peso economico che può derivare dall'accedere alle materie di cui all'art. 116, comma 3, Cost. Esiste una reale corrispondenza tra maggiore autonomia in virtù delle materie espressamente previste e oneri economico-finanziari che graverebbero sulla Regione, tale da richiedere un equilibrio in bilancio della stessa? Se così non fosse, non si spiegherebbe questo vincolo, considerato che si tratta di un requisito che pochi territori potrebbero soddisfare. Per questi motivi, non si può che dedurre che questo cambiamento, iniziato nel 2012 e portato avanti con l'attuale proposta di revisione costituzionale, sembra porsi in contrasto con il principio di riconoscimento e promozione

⁴ La Camera dei Deputati ha approvato (Marzo 2015) questo articolo, aggiungendo un'ulteriore materia: «o), limitatamente alle politiche attive del lavoro e all'istruzione e formazione professionale».

⁵ Secondo il progetto di riforma costituzionale in esame, tale legge sarebbe approvata, a maggioranza assoluta, solo dai componenti della Camera dei deputati.

delle autonomie territoriali sancito nell'art. 5 Cost. e ascritto anche tra i principi supremi dell'ordinamento costituzionale.

In definitiva, con la riforma Renzi-Boschi è stata votata, da una parte, la permanenza dell'art. 116, comma 3, Cost., ma, dall'altra, sono state introdotte modifiche che anziché favorire l'eventuale attuazione di questa disposizione, ne propiziano il tramonto definitivo: ci troviamo di fronte a proposte di maggiore autonomia senza la corrispondente presenza di presupposti normativi, politici e finanziari necessari per potervi procedere.

Posto che ancora non siamo in presenza di un cambiamento definitivo, dovendosi prima attendere i risultati del referendum costituzionale, ci si propone, in questo contesto, di sviluppare brevi riflessioni sul regionalismo italiano in comparazione con il sistema territoriale adottato in Spagna con le *Comunidades Autónomas* al fine di evidenziare gli aspetti comuni e le divergenze che sussistono tra i due modelli, sia rispetto alle modifiche introdotte nell'ordinamento italiano nel 2001 sia a quelle che si prospettano con il nuovo testo di riforma della Costituzione.

2. Le dure critiche al sistema territoriale tracciato nel 2001 ed i forti timori per il mal funzionamento del nuovo modello ex art. 116, comma 3, Cost.

Con la legge n. 3 del 2001 di riforma costituzionale del Titolo V della Costituzione si è intervenuto sul principio di specialità: l'autonomia ordinaria è diventata ulteriormente differenziabile per le regioni di diritto comune che ne facciano richiesta, secondo la procedura delineata dall'art. 116, comma 3, Cost. Ciò che caratterizza questa "specialità diffusa" è il rispetto dei principi del c.d. federalismo fiscale⁶ (art. 119 Cost.) senza le parziali eccezioni previste per il finanziamento del nucleo essenziale delle competenze riconosciute alle specialità storiche. Il sistema di finanziamento di queste ultime fu, infatti, pensato per una specialità territoriale limitata, per cui sarebbe stato insostenibile in un quadro di una autonomia maggiormente estesa⁷.

La riforma costituzionale del 2001 ha, però, fallito sotto diverse prospettive. Alcuni⁸ hanno parlato di "decostituzionalizzazione della Costituzione" o, comunque, di un uso più politico che giuridico della Costituzione: vale a dire, un'interpretazione variabile della Carta fondamentale a seconda dell'orientamento politico prevalente in un determinato periodo storico. La politicizzazione della Costituzione avrebbe consentito, infatti, una serie di scelte legislative contraddittorie rispetto alle previsioni costituzionali del nuovo Titolo V, soprattutto per quanto concerne i rapporti tra lo Stato e le Regioni.

Nonostante la riforma del Titolo V sembrasse incentrarsi sulle autonomie – in particolare con gli artt. 114, primo comma, 117, Cost. in materia di potestà legislativa e con l'abolizione del controllo preventivo sulle leggi regionali – non si può affermare che la legislazione nazionale sia rimasta emarginata; al contrario, si potrebbe obiettare che, malgrado la riforma del 2001, non sia mutato il quadro precedente in tema di rapporti tra legge nazionale e regionale. Siamo ben lontani dalla potestà prevalente della legislazione

⁶ Per ulteriori approfondimenti, v. G. PITRUZZELLA, *Problemi e pericoli del federalismo fiscale in Italia*, in *Le Regioni*, 5/2002, 977 ss; E. PFÖSTL, *Il federalismo fiscale*, Roma, 2008; E. BUGLIONE, *Il federalismo fiscale in Italia: stato attuale e prospettive*, in *Riv. giur. Mezzogiorno*, 1/2010, 123 ss.

⁷ A. MORRONE, *Il sistema finanziario e tributario della Repubblica. I principi costituzionali*, Bologna, 2004, 73 ss.

⁸ A. RUGGERI, *La forza della Costituzione*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2008.

regionale (art. 117 Cost.) e dall'autonomia degli enti locali garantita dall'art. 114 Cost. Tra l'altro, questa interpretazione a favore della legislazione statale è stata ribadita dalla Corte costituzionale in numerose sentenze⁹: tra queste, con la [n. 274 del 2003](#)¹⁰, la Corte precisava che lo Stato e gli enti previsti dall'art. 114 Cost. potessero considerarsi parimenti ordinati per le posizioni costituzionali e non anche per le funzioni svolte.

Ad ogni modo, non ha giovato all'attuazione di questo nuovo Titolo V il grave stato di crisi economica in cui da anni versa il Paese. Tale situazione ha, infatti, costretto i vari Governi a emanare una serie di decreti-legge in materia economico-finanziaria e ad introdurre specifiche norme nelle leggi finanziarie per ridurre il deficit e ad approntare riforme strutturali per favorire la crescita del Paese. Nel tempo si sono adottate leggi¹¹ che, all'atto pratico, non hanno raggiunto i risultati sperati, ma, al contrario, hanno ridimensionato qualsiasi prospettiva autonomistica¹². Sostanzialmente, il grosso limite della riforma del 2001 è stato quello di attribuire alle Regioni ampie potestà legislative e contestuali grosse responsabilità di governo del territorio senza una effettiva e adeguata corrispondenza di risorse finanziarie utili al sostentamento delle stesse. Pertanto, il

⁹ Quale punto di partenza della fase che ha visto il contributo maggiormente significativo della Corte, è doveroso ricordare la [sentenza n. 303 del 2003](#) (a commento della quale si segnalano *ex multis*, A. RUGGERI, *Il parallelismo "redivivo" e la sussidiarietà legislativa (ma non regolamentare...) in una storica (e, però, solo in parte soddisfacente) pronuncia*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2003; A. MORRONE, *La Corte costituzionale riscrive il Titolo V?*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2003; S. BARTOLE, *Collaborazione e sussidiarietà nel nuovo ordine regionale*, in *Le Regioni*, 1/2004): quest'ultima ha dato l'avvio ad un filone giurisprudenziale ampio ed articolato, il quale da un lato ha consentito di estendere – sulla base del principio di sussidiarietà – l'ambito delle competenze statali rispetto alla lettera della Costituzione, dall'altro ha promosso forme di concertazione e di collaborazione con le regioni, a salvaguardia delle attribuzioni loro conferite. Ad esempio, nel caso in cui le Regioni non provvedessero a legiferare, in forza del principio di auto-completamento dell'ordinamento giuridico, la legislazione statale poteva svolgere, nelle stesse materie, una funzione legislativa suppletiva, in virtù del fatto che essa, a differenza di quella regionale, ha efficacia sull'intero territorio nazionale. La Corte Costituzionale, per avallare questa tesi, ha fatto riferimento al principio della "desumibilità" dei principi applicabili alla legislazione regionale da quella statale vigente: lo Stato poteva, quindi, continuare a regolamentare in modo unitario e coordinato l'ordinamento orientando concretamente l'attività futura delle regioni e finendo, nella peggiore delle ipotesi, per determinare una situazione di immobilità di queste ultime, non invogliate a elaborare una normativa che avrebbe potuto essere smentita e cancellata dall'immediata statuizione dei principi di fonte statale, imprescindibile vincolo per la legge regionale.

Incisivo è stato il ruolo della Corte anche in merito alla determinazione della potestà legislativa dello Stato in materia di "coordinamento della finanza pubblica" riconoscendo una espansione progressiva ed inarrestabile, tale da ridurre sensibilmente gli spazi di autonomia finanziaria che si pensavano garantiti sia dalla collocazione di tale competenza legislativa tra quelle "concorrenti" di cui all'art. 117, terzo comma, Cost., sia dalla formulazione dell'art. 119 Cost. a seguito della riforma del 2001. In tal senso, sono state determinanti le sentenze nn. [182 del 2011](#), [139](#) e [211 del 2012](#).

¹⁰ Sulla quale, A. RUGGERI, *La questione dei vizi delle leggi regionali e l'oscillante soluzione ad essa data da una sentenza che dice e... non dice*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2003; R. SALOMONE, *Nessun dubbio sulla collocazione del lavoro pubblico regionale rispetto al riparto di competenze delineato dal nuovo 117 Cost.?*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2003; D. BESSI, *L'interesse a ricorrere nel giudizio in via principale nel Titolo V novellato: verso una conferma antiregionalistica della Corte Costituzionale?*, in *Le Regioni*, 6/2003; F. DRAGO, *Il soddisfacimento delle istanze unitarie giustifica la vecchia giurisprudenza in merito ai vizi delle leggi regionali (brevi osservazioni sulla sent. n. 274/2003)*, in *Federalismi.it*, 2003; R. DICKMANN, *Spetta allo Stato la responsabilità di garantire il pieno soddisfacimento delle "istanze unitarie" previste dalla Costituzione*, in *Federalismi.it*, 2003.

¹¹ A titolo esemplificativo, leggi n. 131/2003, n. 11/2005, n. 49/2009 e successivi d.lgs. n. 216/2010, n. 23/2011, n. 118/2011 e n. 68/2011.

¹² Basti pensare al c.d. "federalismo demaniale", introdotto con il d. lgs. n. 85/2010 (in attuazione della legge delega n. 49/2009) che ha raggiunto scarsi risultati (v. L. ANTONINI, *Federalismo all'italiana. Dietro le quinte della grande incompiuta*, Venezia, 2013, 173 ss).

rilancio delle autonomie non è avvenuto anche per scelte statali contraddittorie e ben spesso avallate dalla giurisprudenza costituzionale.

Ritornando alla disposizione che qui interessa, occorre sottolineare che l'art. 116, comma 3, Cost. non subirebbe grandi mutamenti con la nuova legge di riforma: di per sé, le piccole modifiche inserite non sono particolarmente rilevanti in quanto, da una parte, sono diretta conseguenza di altri cambiamenti (come il venir meno della competenza concorrente che evidentemente comporta l'eliminazione del riferimento alle materie previste dall'art. 117, comma 3, Cost.) e, dall'altra, costituiscono solo dei piccoli accorgimenti sul piano tecnico-procedurale che non alterano molto la situazione precedente.

Da un punto di vista quantitativo, sembrerebbe che questa potenziale opportunità di maggiore autonomia sia stata fortemente compressa: l'eliminazione della potestà legislativa concorrente comporterebbe il venir meno di ben ventuno materie suscettibili di essere ricomprese tra quelle del terzo comma dell'art. 116 Cost., sebbene ne sarebbero aggiunte poche altre. La riforma prevedrebbe sette materie rispetto alle ventitré attuali (senza contare le varie sottocategorie, il che, ad ogni modo, non muterebbe la sproporzione finale). In realtà, tale diminuzione si può bilanciare con l'assegnazione alle Regioni, ai sensi del riformato art. 117, comma 3, Cost., della competenza residuale per quelle materie non espressamente attribuite allo Stato. Difatti, ciò che desta un po' di preoccupazione non è tanto la quantità, ma la qualità. Sebbene, nel 2001, fosse concesso il raggiungimento di "ulteriori forme e condizioni particolari di autonomia" attraverso molte più materie, i dati ci dimostrano come le difficoltà riguardassero, in realtà, più la qualità dell'oggetto competenziale, ossia il suo contenuto o la sua interpretazione concreta, che l'astratta possibilità di aspirare ad avere più settori di prerogative legislative. Precedentemente si è detto come necessario sia stato l'intervento della Corte costituzionale per dirimere alcuni conflitti in ordine alla comprensione delle materie individuate dal legislatore. Anzi, questa poca chiarezza ha consentito di avallare esiti più centralistici che autonomistici: pertanto, l'art. 116, comma 3, Cost. rappresentava una disposizione innovatrice rispetto al tradizionale modello territoriale italiano, ma allo stesso tempo la sua indeterminatezza è andata a scapito dell'autonomia regionale e a beneficio della (ri)affermazione dell'autorità statale.

Da questo punto di vista, non vi è stato alcun passo in avanti con la riforma ad oggi in esame. Piuttosto potremmo constatare esattamente il contrario. Se, com'è accaduto, la Corte costituzionale, dal 2001 ad oggi, ha tentato di chiarire il significato di formulazioni legislative poco limpide estrapolando un senso divenuto, con il tempo, sufficientemente nitido¹³, un mancato intervento di "interpretazione autentica" da parte del legislatore o, peggio, l'introduzione di nuove formule lessicali¹⁴, sempre molto generiche e di non immediata comprensione pratica, fanno ben temere che l'aspirazione a maggiori autonomie sia lontana dal concretizzarsi.

Ad esempio, permangono i dubbi in relazione alle materie relative all'istruzione ed altri sopravvengono in ordine alla tutela dei beni culturali. Quanto al primo caso, il riformato art. 116, comma 3, Cost., rinvia alla lett. n) dell'art. 117, comma 2, Cost., il quale denomina la materia "disposizioni generali e comuni sull'istruzione". A prescindere dall'interrogativo che suscita l'aggettivo "comuni", trattandosi di materie che una Regione chiede di disciplinare essa stessa da sola¹⁵, permane la discrasia con l'art. 33,

¹³ G. FALCON, *La riforma costituzionale nello specchio del regionalismo*, in *Regioni*, 1/2015, 3 ss., 8.

¹⁴ E. ROSSI, *Una costituzione migliore? Contenuti e limiti della riforma costituzionale*, Pisa, 2016, 176.

¹⁵ IVI, 208.

comma 2, Cost., il quale dispone «La Repubblica detta le norme generali sull'istruzione». Per quanto riguarda i beni culturali, quale sarà, poi, la differenza tra la “valorizzazione” di tali beni e la “promozione” dei beni ambientali, espressioni rispettivamente menzionate dai riformati artt. 117, comma 2, lett. s) e 117, comma 3, Cost.? E cosa s'intende esattamente per “programmazione strategica” della ricerca scientifica e tecnologica, ex art. 117, comma 2, lett. n), Cost. come modificato dalla riforma in oggetto?

Per ciò che attiene alle piccole modifiche tecnico-procedurali, a parte le riflessioni illustrate sulla condizione di equilibrio tra le entrate e le spese del bilancio, è legittimo domandarsi perché il legislatore abbia voluto inserire la possibilità per cui la richiesta per ottenere forme maggiori di autonomia possa essere avanzata, oltre che dalla Regione interessata, anche da un altro soggetto. Se nella maggior parte dei casi, il legislatore dimentica, omette o risparmia sulle parole, qui potremmo trovarci nella circostanza inversa per cui queste avanzano. E se svista non è, chi, oltre la Regione, potrebbe esercitare tale iniziativa? Se da una parte è plausibile ipotizzare l'intervento del Governo, dall'altro è lecito chiedersi quale interesse possa avere quest'ultimo a privarsi di una competenza. Si vuole solo dimostrare “a parole” che questa norma non sia neppure lontanamente anti-autonomista, ma che anzi il Governo intervenga direttamente per consentire la sua – alquanto improponibile – attuazione in favore di una regione? L'indeterminatezza della disposizione potrebbe dare a luogo a tanti interrogativi e a poche risposte, le quali potrebbero arrivare in un secondo momento qualora qualche regione decidesse di intraprendere questa via.

Permane l'intesa tra Stato e regione interessata e la legge dello Stato, che ne deriva, continua ad essere frutto della volontà congiunta di entrambe le Camere: viene eliminato, invece, il riferimento alla maggioranza assoluta. Ma queste, come si accennava *supra*, sono solo piccole correzioni che nulla cambiano del cuore del problema. La disposizione in esame, pertanto, rimane vuota senza delle leggi di attuazione che ne determinino il contenuto¹⁶. E se sono passati quindici anni dalla sua introduzione senza che niente sia accaduto, come possiamo essere, ad oggi, fiduciosi di un cambiamento in positivo? Il legislatore è ritornato sull'art. 116, comma 3, Cost., non eliminando i dubbi, neppure riducendoli: in realtà, le modifiche apportate a questa disposizione sembrerebbero dar luogo a nuove incertezze.

3. Brevi accenni generali sul modello spagnolo: las Comunidades Autónomas

In Spagna, il singolare processo evolutivo del sistema autonomistico¹⁷ ha seguito sin dall'inizio una linea diversa dal modello regionale italiano. La struttura territoriale spagnola costituisce un esempio di autonomie territoriali più avanzato rispetto al sistema italiano, motivo per cui ha rappresentato uno dei modelli presi in considerazione dal legislatore in Italia all'atto di formulare l'art. 116, comma 3, Cost. nel 2001. In realtà, l'elaborazione finale del Titolo VIII della Costituzione spagnola del 1978 (o CE) mostra un tipo di organizzazione territoriale che non coincide esattamente con nessuno dei modelli che si possono incontrare nel panorama del costituzionalismo comparato.

¹⁶ A. MORELLI, *La riforma costituzionale e la difficoltà di fare previsioni (soprattutto riguardo al futuro)*, intervento al Seminario di studio su *Il referendum sulla riforma costituzionale: argomenti a confronto* (Messina, 6 giugno 2016), in *Diritti regionali*, 3/2016, 585.

¹⁷ Per maggiori approfondimenti, G. TRUJILLO FERNÁNDEZ, *Lecciones de Derecho Constitucional Autonómico*, Valencia, 2004.

Effettivamente, l'*Estado autonómico español* (o come si è anche chiamato, *Estado de las autonomías*) non risponde alle caratteristiche proprie di uno Stato centralizzato, anche se non può qualificarsi né come un vero e proprio Stato federale, né come uno Stato regionale. La dottrina spagnola non è pienamente concorde circa la natura giuridica da attribuire al sistema istituzionale spagnolo: tra le varie ipotesi, c'è chi non dubita del carattere federalista¹⁸, chi preferisce parlare di “transizione verso il federalismo”¹⁹ e chi, più cauto, si limita a constatare un'essenza ibrida²⁰. Certo è che, a quasi quarant'anni dall'approvazione della Costituzione, lo stadio evolutivo a cui è giunta la struttura territoriale dello Stato spagnolo è notevole a tal punto che il livello di decentramento delle Comunità autonome è simile a quello di molti stati federali.

Anche questo sistema presenta la possibilità di tracciare una linea di demarcazione tra le *Comunidades Autónomas Históricas* (*Galicia, Catalunya e País Vasco*), ossia quelle che vantano un'autonomia addirittura precedente anche al regime franchista e, dunque, risalente alla seconda Repubblica (1931), e tutte le altre. Ciò che risalta maggiormente, però, è che nella Costituzione spagnola non esiste alcuna norma corrispondente all'art. 131 Cost., vale a dire una disposizione che elenchi gli enti territoriali di cui si compone lo Stato spagnolo. La *Constitución* si “limita” ad enunciare il concetto di autonomia (art. 2 CE²¹), lasciando liberi, chiaramente entro certi limiti, le comunità autonome di avvalersene e costituirsi come tali²²: potremmo definirlo un sistema di autonomia “aperta”. Nel modello spagnolo, infatti, la differenziazione tra le *Comunidades* (o CCAA) si deve al fatto che si può accedere ad un diverso grado di autonomia, a seconda del procedimento che l'ente territoriale intraprende. Per questo motivo, si parla di “autonomia a doppia velocità”: diversi punti di partenza (*rectius* di autonomia), che non precludono, sussistendo i requisiti, che si possa giungere all'uniformità dei vari enti territoriali²³.

Con le riforme degli Statuti di autonomia del 1994 ed il trasferimento delle competenze in materia di istruzione e sanità a tutte le comunità autonome, può dirsi sostanzialmente concluso nel dicembre del 2001 il processo di livellamento delle competenze tra le stesse, che però non conduce ad una completa omogeneità. Le differenze, tuttora persistenti, sono

¹⁸ J. RUIPÉREZ ALAMILLO, *Sobre la naturaleza del Estado de las autonomías*, in *Revista de Estudios políticos*, 81/1993, 73 ss.

¹⁹ T. FONT Y LLOVET, *Il processo di “federalizzazione” in Spagna: l'organizzazione amministrativa*, in *Ist. Federalismo*, 1/2000, 151.

²⁰ R. L. BLANCO VALDES, *Los rostros del federalismo*, Madrid, 2012; E. AJA, *Estado autonómico y reforma federal*, Madrid, 2014, 16.

²¹ Art. 2 CE: «*La Constitución se fundamenta en la indisoluble unidad de la Nación española, patria común e indivisible de todos los españoles, y reconoce y garantiza el derecho a la autonomía de las nacionalidades y regiones que la integran y la solidaridad entre todas ellas*». Da qui deriva la necessità di coniugare la diversità territoriale con l'unità nazionale.

²² Si tratta del cosiddetto “principio dispositivo” o “di volontarietà” dedotto dal combinato disposto degli artt. 2, 137, 143 e 151 CE. Tale principio è possibile riscontrarlo nell'art. 116, comma 3, Cost. poiché attribuisce alle Regioni ordinarie la facoltà di “differenziarsi” per raggiungere maggiori livelli di autonomia. Si rimanda, a tal proposito, a G. D'IGNAZIO, *Integrazione europea e tendenze asimmetriche del “neoregionalismo” in Italia*, in G. D'IGNAZIO (a cura di), *Integrazioni europee e asimmetrie regionali: modelli a confronto*, Milano, 2007, 16.

²³ La disciplina costituzionale delle distinte vie di accesso all'autonomia delle CCAA (la “via lenta” ex art. 143 CE, la “via rapida” ex art. 151 CE, la disp. trans. II CE) fu successivamente integrata dalla LOAPA (*Ley Orgánica de Armonización del Proceso Autonómico*). Si tratta di un sistema competenziale aperto e asimmetrico in quanto le CCAA della “via rapida” accedevano ad un'autonomia maggiore contestualmente alla presentazione dell'istanza ex art. 151 CE, mentre le altre, intrapreso il “percorso lento” ex art. 143 CE, potevano conformarsi solo dopo che fossero trascorsi almeno cinque anni acquisendo le competenze menzionate nell'art. 148 CE.

dovute ai c.d. *hechos diferenciales*, ossia situazioni di fatto, costituzionalmente riconosciute in alcune Comunità Autonome, che fungono da limite ad una equa distribuzione delle competenze.

3.1. *Il procedimento autonomistico a quasi quarant'anni dalla sua istituzione.*

L'intensità del processo di decentralizzazione che ha attraversato l'ordinamento spagnolo in quasi quarant'anni di esperienza costituzionale ha causato un lento ed inesorabile progresso dell'autonomia ed un corrispondente arretramento delle istituzioni centralistiche ed unitarie. È chiaro che il trasferimento di competenze dallo Stato alla Comunità e, più in generale, i passi avanti compiuti nel decentramento dei vari settori dell'amministrazione, hanno sollecitato interventi, soprattutto in ambito finanziario, legislativi e giurisprudenziali di coordinamento ed interpretazione delle disposizioni normative poco chiare. Occorre, infatti, fare dei brevi cenni su questi due profili per osservare più da vicino l'evoluzione autonomistica in Spagna.

Per quanto riguarda il sistema di finanziamento, diverse riforme sono state realizzate per rinforzare i principi costituzionali di coordinazione e collaborazione finanziaria e quello di solidarietà *ex art. 156 CE*. In Spagna funziona secondo due diversi regimi di autonomia: quello forale, applicato solo alla Comunità del *País Vasco* e a quella di Navarra, e quello comune, adottato dal resto delle CCAA. Per molto tempo, a queste ultime, è stata riconosciuta un'autonomia finanziaria poco bilanciata, poiché la loro indipendenza si riversava nella determinazione delle spese, ma non anche delle entrate: difatti, fino alla metà degli anni '90, i trasferimenti statali hanno rappresentato la forma principale di finanziamento²⁴. Per tale ragione, nel 1996 e nel 2001, sono state attuate due riforme di questo sistema, ispirate ai principi del federalismo fiscale che hanno comportato una riduzione dei trasferimenti statali, ma contestualmente un aumento di libertà relativamente ai proventi dei tributi ceduti dallo Stato. Le CCAA del regime forale, invece, hanno adottato sin dall'inizio un regime d'imposizione fiscale autonomo, con pieno potere impositivo: vale a dire, maggiori risorse per abitante rispetto a quelle previste per le altre *Comunidades*.

Tale asimmetria fiscale ha destato, naturalmente, l'attenzione di molti, giuristi e non, poiché si era in presenza di una situazione in netto contrasto con i principi di uguaglianza territoriale e di non-discriminazione tra i diversi territori²⁵.

Quanto al contributo della giurisprudenza costituzionale, in Spagna, come anche in Italia, centrale è stato il ruolo del *Tribunal Constitucional*. Questo, infatti, ha, inizialmente, dato un'interpretazione della distribuzione delle competenze più favorevole alla posizione dello Stato, privilegiando il criterio accentratore rispetto a quello autonomista nel rapporto tra Stato e Comunità autonoma. Ciò nonostante, non sono mancate occasioni in cui i giudici costituzionali hanno ripreso il legislatore statale per aver ecceduto dalla propria sfera di competenza prevista in Costituzione, sulla base di interpretazioni oltremodo vantaggiose per se stesso. Si rammenta, infatti, la sentenza n.

²⁴ E. GIRÓN REGUERA, *Esperienze e prospettive del regionalismo in Spagna*, www.crdc.unige.it/docs/articles, 2006.

²⁵ Basti ricordare quanto espresso da S. GAMBINO, *Autonomia, asimmetria e principio di uguaglianza: limiti costituzionali al federalismo fiscale*, in *Politica del diritto*, 1/2009, 33 ss. Secondo l'A., infatti, l'asimmetria competenziale implica inevitabilmente diverse esigenze di finanziamento, il che pregiudica l'uguaglianza dei diritti e dei doveri dei cittadini.

61 del 1997, in materia di ordinamento urbanistico, in cui il *Tribunal* ha affermato che il Parlamento nazionale non poteva creare diritto suppletorio in maniera sistematica, senza un'effettiva esigenza di fondo²⁶; non è possibile, cioè, che lo Stato intervenga nei casi in cui questo costituirebbe solo una maniera illegittima di ridurre l'ambito dell'autonomia politica delle Comunità. Sostanzialmente, si raggiravano le disposizioni costituzionali così da permettere allo Stato di coordinare l'ordinamento, assumendo un ruolo preminente anche al di là di quanto costituzionalmente indicato.

Il *Tribunal* ha, più volte²⁷, dichiarato l'illegittimità di una legge dello Stato, che facesse abuso dei c.d. "titoli competenziali orizzontali", ossia una disciplina unica comune a tutto l'ordinamento spagnolo chiaramente di competenza statale, quale, ad esempio, quella dei diritti fondamentali e la c.d. clausola commerciale: la Corte è, nuovamente, intervenuta per fermare ipotesi illegittime di raggirio delle disposizioni costituzionali a danno delle CCAA²⁸. Importanti sentenze del *Tribunal Constitucional* si registrano anche sul tema dell'autonomia finanziaria delle CCAA²⁹.

Pertanto, l'intervento costante della giurisprudenza costituzionale denota una rilevante fragilità giuridica del modello autonomistico spagnolo che non favorisce la sua evoluzione in positivo. Il carattere aperto e indeterminato di certi aspetti fondamentali della Costituzione spagnola è uno dei grandi rimproveri che si può muovere al Legislatore.

In questa prospettiva, ben si colloca il progetto di riforma federale³⁰ dello Stato per dotare il sistema di regole più chiare ed efficaci affinché l'ordinamento giuridico, da una parte, funzioni evitando abusi da parte dei poteri pubblici e conflitti tra i diversi livelli di autorità e, dall'altra, scaturisca il consenso più ampio da parte del nazionalismo basco e

²⁶ *Tribunal Const.* sent. n. 61/1997, F.J. 12.c: « [Hay que] considerar viciadas de incompetencia y, por ello, nulas las normas que el Estado dicte con el único propósito de crear derecho supletorio del de las Comunidades Autónomas en materias que sean de la exclusiva competencia de éstas, lo cual no es constitucionalmente legítimo cuando todos los Estatutos de Autonomía atribuyen a las Comunidades Autónomas la competencia como exclusiva y en un mismo grado de homogeneidad. [...] Tampoco en las materias en las que el Estado ostenta competencias compartidas puede, excediendo el tenor de los títulos que se las atribuyan y penetrando en el ámbito reservado por la Constitución y los Estatutos a las Comunidades Autónomas, producir normas jurídicas meramente supletorias, ni puede justificar una actuación administrativa en ámbito de competencia autonómica»

²⁷ V. *Tribunal Const.* sentt. nn. 125/1984, 95/1986, 76/1991, 101/2005, 8/2016.

²⁸ Si veda quanto affermato dal *Tribunal Constitucional* nella sent. 233/1999, F.J. 4 a): « [...] del principio de Ley formal en la determinación de las bases [...] no se deriva para el legislador la obligación de invocar expresamente el título competencial que ampara sus Leyes. [...] las competencias son indisponibles e irrenunciables, tanto para el legislador del Estado como para el de las Comunidades Autónomas; operan ope Constitutionis, con independencia de que uno u otro legislador hagan invocación explícita de las mismas. Dicho aserto [...] resulta de mayor aplicación si cabe a aquellos casos en los que nos encontramos no ante la falta de invocación formal por parte del legislador estatal (o autonómico) del título competencial en el que se apoya para aprobar una determinada Ley, sino [...] ante una hipotética selección errónea de dicho título que, por otra parte, en modo alguno puede vincular a este Tribunal.»

²⁹ V. *Tribunal Const.* sentt. nn. 192/2000, 289/2000, 13/2007, 31/2010, 60/2015.

³⁰ Diversi partiti politici, negli ultimi anni, hanno affrontato questo tema (PSOE, PSC, Podemos, IU, UpyD).

Interessante si presenta la relazione del *Consejo de Estado* sulle prospettive che aprirebbe una riforma in tal senso (v. "Informe sobre las modificaciones de la Constitución española", in www.consejo-estado.es). Tra i numerosi contributi dottrinali, in proposito, si rimanda, *ex multis*, a J. J. SOLOZÁBAL, *La reforma federal. España y sus siete espejos*, Madrid, 2014; E. AJA, *Estado Autonomic*, cit.; J. CAGIAO Y CONDE, *Tres maneras de entender el federalismo: Pi y Margall, Salmerón y Almirall. La teoría de la federación en la España del siglo XIX*, Madrid, 2014.

catalano in modo che abbandonino le spinte secessioniste³¹. Fra le varie modifiche, si propongono: la separazione verticale dei poteri, con l'aggiunta di un sistema giudiziario proprio per le CCAA; la definizione della distribuzione delle competenze; la creazione di un vero e proprio *Senado territorial* che permetta alle diverse nazionalità e alle CCAA, in generale, una effettiva rappresentazione affinché possano esercitare la funzione di contrappeso, controllo e partecipazione nel processo legislativo federale³². In particolare, nell'accordo firmato ad agosto tra il *Partido popular* e *Ciudadanos* emergono la volontà di “*defender la unidad de España como Nación de Ciudadanos libres e iguales*” e l'obiettivo di “*mantener un compromiso firme en defensa de la soberania nacional y contra todo intento de convocar un referéndum de secesión de cualquier parte del territorio nacional*”³³. Così come il *Comité Federal del PSOE* ha ribadito l'importanza di aprire un dialogo con le forze politiche per affrontare i seri problemi di sfiducia nei confronti del sistema territoriale spagnolo, in particolare per “*recuperar la normalidad institucional con Cataluña*”³⁴. Attualmente, dopo quasi un anno di *impasse* istituzionale, è difficile fare dei pronostici sull'avvenire delle riforme in Spagna, soprattutto a fronte di un governo che si è formato su un appoggio parlamentare che appare poco stabile. Pertanto, sarà compito del Governo tener conto degli accordi politici che lo hanno sostenuto per evitare di incorrere in responsabilità politica.

4. Considerazioni conclusive.

Sebbene l'organizzazione territoriale spagnola ed italiana siano sempre state inquadrate in due diversi modelli territoriali per effetto di innate differenze tra i due, ad oggi è dato constatare che, nel corso del tempo, l'evolversi di tali sistemi ha attenuato notevolmente le divergenze, malgrado tali modifiche spesso siano rimaste solo sulla carta.

Il dettato costituzionale di entrambi gli ordinamenti in esame originariamente prevedeva due modelli diversi: maggiormente definito nel sistema italiano con l'individuazione a monte di venti regioni, di cui cinque ad autonomia speciale, e meno in quello spagnolo, dove di determinato vi era solo l'astratta possibilità di accedere all'autonomia.

Nel tempo, anche in Spagna si delineavano due tipologie territoriali, distinte dal diverso grado di autonomia, ma, ciò nonostante, molto lontane dal disegno costituzionale italiano. Infatti, sebbene si presentasse tale frammentazione, si aspirava ad una omogeneità della autonomia territoriale. In Italia tale percorso iniziava, almeno formalmente, nel 2001, prospettando la possibilità per le Regioni ordinarie di fare richiesta di “ulteriori forme e condizioni particolari di autonomia”, così da estendere, in un certo qual modo, quella specialità che, fino ad allora, aveva riguardato solo cinque regioni.

³¹ È bene ricordare, infatti, che il modello autonomistico spagnolo fu, soprattutto, frutto di un compromesso per dare risposte alle rivendicazioni catalane e basche. Il disegno originario prevedeva un peso maggiore per le Comunità con una lunga tradizione di lotta per l'autonomia politica, sebbene, poi, si giunse al famoso “*café para todos*”, ossia il raggiungimento dell'autogoverno da parte degli altri territori. Cfr. J. CAGÍAO Y CONDE, *La crisis del modelo de Estado en España y la reforma federal*, in *Cahiers de civilisation espagnole contemporaine*, 15/2015.

³² J. CAGÍAO Y CONDE, *Is federalism a viable option in Spain?*, in *Politics in Spires*, 2015, 2.

³³ *Bloque IV*, n. 120-121, de “150 compromisos para mejorar España” in *estaticos.elmundo.es*.

³⁴ *Resolución Comité Federal del PSOE*, 23 ottobre 2016, 4.

Nel frattempo, alcune zone della Spagna sentivano sempre più stretto quel modello che ben funzionava all'inizio, a fronte di particolari necessità e condizioni storiche. I movimenti indipendentisti, baschi e catalani in particolar modo, promuovevano sempre più frequenti manifestazioni di natura separatista, come a voler dimostrare che quel modello territoriale non rispondeva più alle nuove esigenze sociali, culturali ed economiche. In particolare, nel 2014, si assisteva in *Cataluña* al referendum, dichiarato incostituzionale dal *Tribunal Constitucional*³⁵, che rimetteva alla volontà dei catalani la scelta di continuare a far parte o meno dello Stato spagnolo.

In Spagna, dunque, si dibatteva sulla necessità di fare un passo in avanti verso una maggiore determinazione del modello esistente in senso federalista. In Italia, invece, con la riforma della parte seconda del Titolo V della Costituzione, con la quale ci si è avvicinati al modello spagnolo, ci si prefiggeva di rafforzare le autonomie regionali. Alcuni³⁶ ritenevano, troppo prematuramente, si potesse già parlare di federalismo; altri³⁷, più radicalmente, consideravano che l'ordinamento italiano non solo non sembrava avere i caratteri propri di un vero modello federalista, ma neppure si dimostrava un esempio di regionalismo ben riuscito.

È evidente, quindi, come la struttura territoriale dei due paesi in parola si differenzia dal fatto che, nel cammino verso una maggiore decentralizzazione, l'uno (Italia) si trova al seguito dell'altro (Spagna). Pertanto, si potrebbe forse ritenere che il riferimento al modello spagnolo, durante i lavori preparatori pre-riforma 2001, potesse servire da *input* positivo per l'Italia. D'altra parte, però, l'esperienza spagnola ci insegna come la previsione di un'aperta ed indeterminata facoltà di autonomia sia degenerata in forti pretese di indipendentismo, incoraggiando i movimenti nazionalisti a chiedere sempre di più così da minacciare di sgretolare l'unità dell'ordinamento spagnolo. In Italia, la previsione nell'articolo 116, comma 3, Cost. non dovrebbe, in linea di principio, poter sfociare in una tale situazione, essendo individuate a monte le materie in cui esercitare condizioni particolari di autonomia, anche se un problema di indeterminatezza dei contenuti non è certo mancato.

Ad ogni modo, anche con l'attuale riforma, nonostante le contraddizioni che si sono sottolineate sopra, l'Italia continua a sostenere la prospettiva del regionalismo differenziato: lo dimostra, infatti, la scelta legislativa di mantenere l'art. 116, comma 3, Cost. Altro discorso è che si tratti di iniziative che rimangono solo sulla carta. Sul piano strettamente testuale, a prescindere da eventuali valutazioni che si potranno muovere in seguito all'applicazione della riforma in esame, non si può che constatare l'intenzione del legislatore di sostenere nuove forme di specialità e, dunque, di consentire l'adesione a nuove forme autonomistiche a tutte le regioni interessate. Per questo motivo, all'interno di questo procedimento riformatore, quanto meno sul piano del regionalismo differenziato, sia consentito distinguere un atteggiamento più cauto e centralista del governo da uno più progressista ed autonomista del legislatore³⁸.

³⁵ *Tribunal Const.* sent. n. 42/2014.

³⁶ F. TERESI, *Il regionalismo in Italia: il sistema della ripartizione delle competenze*, in D. Dominici, G. Falzea, G. Moschella (a cura di), *Il regionalismo differenziato: il caso italiano e spagnolo*, 2004, Milano, 44.

³⁷ E. BALBONI, *Dal federalismo gridato al regionalismo possibile*, in E. Bindi e M. Perini (a cura di), *Federalismo e regionalismo: teoria e prassi nell'attuale fase storica*, 2006, Milano, 17.

³⁸ Si veda, infatti, come sottolineato nel par. 1, il passaggio dalla proposta di abrogazione dell'art. 116, comma 3 Cost., secondo il disegno originario della riforma costituzionale presentato dal Governo, a quella contraria per la salvaguardia del testo da parte della Commissione Affari Costituzionali, successivamente avallata dal Senato.

La vera scommessa, qualora nel referendum prevalgano i “sì”, è che non si ripeta l’inerzia legislativa registrata negli anni passati. L’assenza di provvedimenti legislativi, a causa della mancanza delle condizioni politico-istituzionali, ha rappresentato il vero ostacolo alla concretizzazione della riforma del 2001. Per questo motivo, l’attuale riforma se non avrà la prontezza di rimediare agli errori fatti in passato, porterà ad un nuovo fallimento. Rappresenta, dunque, la prova del nove sull’effettiva volontà (politica, per l’appunto) di mantenere viva una tale disposizione e, così, di provvedere ad una modifica in senso ampio dell’assetto territoriale³⁹.

In conclusione, non essendo ancora certo l’esito della riforma, è lecito chiedersi: in caso di risultato negativo del referendum, di possibili nuove riforme, sarà nuovamente preso in considerazione l’art. 116, comma 3, Cost. o verrà definitivamente dimenticato? Oppure, anche senza nuove riforme, sarà attuato l’art. 116 Cost. oggi vigente?

³⁹ A tal proposito, occorre ricordare il contributo fondamentale, in Spagna, dei “patti autonomici” tra le forze politiche maggioritarie, che hanno svolto un’importante funzione di determinazione delle regole generali per incoraggiare il processo di differenziazione delle politiche territoriali (v. E. AJA, *El Estado autonómico*, Madrid, 1999, 61 ss).

Antonio Ruggeri
Prime note per uno studio su crisi della sovranità
e crisi della rappresentanza politica*

SOMMARIO: 1. Quale sovranità dello Stato? Sovranità in senso soggettivo e sovranità in senso oggettivo: secondo modello, l'una si contrae, l'altra si espande. – 2. Rappresentanza e rappresentatività (con particolare riguardo alle specie di quest'ultima ed ai conflitti che tra di esse possono aversi). – 3. L'orientamento della rappresentatività verso l'etica pubblica repubblicana, il suo carattere inclusivo (non già preclusivo), le conferme che ne dà tanto la “Costituzione dei poteri” quanto la “Costituzione dei diritti” (segnatamente, laddove la condivisione della sovranità tra Unione europea e Stati si traduca nella compiuta salvaguardia delle rispettive identità costituzionali). – 4. La rappresentatività dei giudici e degli stessi... *rappresentati*, e il problematico superamento della sua crisi.

1. *Quale sovranità dello Stato? Sovranità in senso soggettivo e sovranità in senso oggettivo: secondo modello, l'una si contrae, l'altra si espande*

Che la sovranità, per un verso, e la rappresentanza, per un altro verso, siano in crisi è affermazione talmente diffusa e radicata nella cultura (giuridica e non) del nostro tempo da non essere più discussa, se non a riguardo di ciò che potrebbe farsi al fine di porvi un qualche rimedio. La cosa in sé, insomma, non è controversa; si ragiona solo attorno agli scenari che potrebbero prefigurarsi al termine del processo in corso di deterioramento degli istituti in parola.

Ci si deve tuttavia chiedere se e quale fondamento abbiano le premesse del ragionamento comunemente fatto. Ciò che rimanda alla questione preliminare di ordine definitorio riguardante i concetti in discorso.

Comincio dalla sovranità, con l'avvertenza che, salvo contraria ed esplicita indicazione, quando ne parlo mi riferisco tacitamente allo Stato.

Ora, prima ed al fine di stabilire se essa sia in crisi occorre chiedersi come debba essere intesa. Semplificando al massimo i termini della questione, come si sa *ab antiquo* fatta oggetto di plurime e discordanti vedute, possiamo qui fare riferimento alle due accezioni, soggettiva ed oggettiva, che se ne sono date: quella che, a partire dalla lezione di Bodin¹, la vede come potere o, meglio, “somma delle potestà pubbliche dello Stato”² e l'altra che, di contro, la desoggettivizza appuntandola nei valori fondamentali dell'ordinamento costituzionale³, specialmente nella coppia assiologica fondamentale – come a me piace chiamarla – costituita da libertà ed eguaglianza in cui si specchia e in forma eminente esprime la dignità della persona umana⁴.

* Testo rielaborato e corredato di minimi richiami di letteratura di un intervento alla Tavola rotonda su *Crisis de la soberanía y de la representación en la era de la globalización: ¿cómo ha terminado la soberanía popular?*, nell'ambito del III Convegno internazionale italo-spagnolo su *Soberanía y representación: el constitucionalismo en la era de la globalización*, Catania 5-7 dicembre 2016, alla cui data lo scritto è aggiornato.

¹ ... a riguardo della quale, di recente, A. GENTILI, *La sovranità nei sistemi giuridici aperti*, in *Pol. dir.*, 2/2011, 181 ss.

² ... per riprendere qui la formula di sintesi che è in M.S. GIANNINI, *Sovranità b) diritto vigente*, in *Enc. dir.*, XLIII (1990), 225.

³ ... secondo la nota prospettazione teorica di G. SILVESTRI, *La parabola della sovranità. Ascesa, declino e trasfigurazione di un concetto*, in *Riv. dir. cost.*, 1996, 3 ss., ora anche in *Lo Stato senza principe. La sovranità dei valori nelle democrazie pluraliste*, Giappichelli, Torino 2005, sul cui pensiero L. VENTURA, *Sovranità. Da J. Bodin alla crisi dello Stato sociale*, Giappichelli, Torino 2014, 55 ss.; E. CASTORINA - C. NICOLOSI, “Sovranità dei valori” e sviluppo della tutela dei diritti fondamentali: note sull'evoluzione della giurisprudenza statunitense, in [Forum di Quaderni Costituzionali](#), 19 novembre 2015, nonché in *Scritti in onore di G. Silvestri*, I, Giappichelli, Torino 2016, 519 ss.; pure *ivi*, II, G. GEMMA, *Riflessioni sul pensiero di Silvestri in tema di sovranità*, 1068 ss.

⁴ Ancora G. SILVESTRI si è intrattenuto con fini argomenti sulle mutue implicazioni che si intrattengono tra i valori di libertà ed eguaglianza nel suo *Dal potere ai principi. Libertà ed eguaglianza nel costituzionalismo contemporaneo*, Laterza, Roma-Bari 2009; allo stesso S., poi, si deve la felice raffigurazione della dignità quale “bilancia” su cui si

Due visioni – come si vede – irriducibilmente alternative e che, però, non solo non si escludono ma, anzi, si implicano a vicenda, dal momento che i valori hanno bisogno dei poteri al fine di potersi affermare e far valere nell’esperienza, così come questi attingono da quelli la luce e l’orientamento per il loro quotidiano operare.

Il vero è che ogni ragionamento sulla sovranità in fin dei conti rimanda ad una teoria della Costituzione, così come questa a quella; e la Costituzione, nella sua composita struttura è tanto potere quanto e prima ancora valore, insieme dei valori fondanti l’ordinamento, avuto particolare riguardo, negli ordinamenti di tradizioni liberaldemocratiche, al riconoscimento e alla tutela dei diritti fondamentali⁵.

Nel presente contesto, segnato da una integrazione sovranazionale che, sia pure in modo sofferto e discontinuo, va portandosi sempre più avanti⁶, nonché dall’infittirsi dei vincoli discendenti dalla Comunità internazionale, assistiamo peraltro ad una frammentazione e moltiplicazione crescente della sovranità quale potere⁷ che spesso viene a prendere forma lungo canali sotterranei e poco appariscenti, refrattari ad ogni catalogazione alla luce degli schemi ereditati dalla tradizione⁸. Allo stesso tempo, però, in cui dallo Stato si dipartono quote crescenti di sovranità per appuntarsi fuori di esso (per ciò che qui specificamente interessa, in capo all’Unione europea)⁹, crescono altresì le opportunità di tutela offerte ai diritti fondamentali dal proliferare delle Carte che ne danno il riconoscimento, specie grazie all’opera poderosa di garanzia posta in essere dalle Corti non nazionali (tra le quali, particolarmente, quelle aventi sede a Strasburgo e Lussemburgo).

Possiamo dire che, *mentre la sovranità dello Stato come potere si contrae, la sovranità come valore invece si espande*. Perlomeno, così parrebbe essere *secondo modello*; l’esperienza, poi, in parte avvalorata questo schema, presentandosi nondimeno come assai varia, oscillante, gravata da non poche né lievi contraddizioni¹⁰.

La tesi della sovranità dei valori non può né vuole, ad ogni buon conto, occultare insufficienze e carenze nella realizzazione dei valori stessi, non cancella cioè la distanza che separa il modello nella sua genuina e cristallina purezza da un’esperienza segnata da non poche né lievi deviazioni dallo stesso. E basti solo appunto pensare ai non pochi casi di cui si ha largo riscontro di mortificazioni dei valori di libertà, eguaglianza, dignità.

Ciò posto, non è tuttavia possibile chiudere gli occhi davanti alla espansione degli spazi di libertà e di eguaglianza avutisi col tempo, anche e soprattutto per effetto dell’appartenenza all’Unione e, prima ancora, della ricezione in ambito interno della CEDU e di altre Carte. Il “dialogo” – come pure

dispongono i beni della vita costituzionalmente protetti al fine della loro mutua ponderazione (v., dunque, *Considerazioni sul valore costituzionale della dignità della persona*, in *Rivista AIC*, 14 marzo 2008, con le ulteriori precisazioni che sono in *La dignità umana dentro le mura del carcere*, in *Dir. pubbl.*, 1/2014, 3 ss.).

⁵ Maggiori ragguagli sul punto possono, volendo, aversi dal mio *Costituzione, sovranità, diritti fondamentali, in cammino dallo Stato all’Unione europea e ritorno, ovvero la circolazione dei modelli costituzionali e adattamento dei relativi schemi teorici*, in *Federalismi.it*, 11/2016, 1 giugno 2016, dov’è la formula di sintesi della sovranità quale “Costituzione nel suo farsi potere al servizio dei diritti fondamentali” (25).

⁶ Si è, peraltro, fatto notare da un’accreditata dottrina che “*l’Europa vive di crisi*” (questo il titolo di uno scritto di S. CASSESE di recente apparso in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 3/2016, 779 ss.; lo stesso fasc. ospita quindi altri contributi sul tema). Della “crisi esistenziale” dell’Unione si tratta altresì nel *Discorso sullo stato dell’Unione 2016: verso un’Europa migliore*, pronunziato dal Presidente della Commissione Juncker a metà settembre scorso.

⁷ In argomento, la disincantata analisi critica di M. LUCIANI, *L’antisovrano e la crisi delle costituzioni*, in *Riv. dir. cost.*, 1996, 124 ss., spec. 160 ss., e, più di recente, G. GRASSO, *Il costituzionalismo della crisi. Uno studio sui limiti del potere e sulla sua legittimazione al tempo della globalizzazione*, Editoriale Scientifica, Napoli 2012.

⁸ Si pensi solo, al riguardo, al ruolo giocato dalle agenzie di rating ed ai flussi di potere che dalle stesse promano, spiegandosi in plurime direzioni e dando vita ad imprevedibili effetti.

⁹ Sui vincoli che ne conseguono a carico della sovranità dello Stato, tra gli altri, v., di recente, AA.VV., *Governance europea tra Lisbona e Fiscal Compact. Gli effetti dell’integrazione economica e politica europea sull’ordinamento nazionale*, a cura di A. Iacoviello, Giuffrè, Milano 2016.

¹⁰ A giudizio di A. MORELLI, *Storia di un’araba fenice. La riscoperta della sovranità nella crisi della globalizzazione*, relaz. al nostro Convegno, in *paper*, la crisi della globalizzazione potrebbe portare al risveglio della sovranità nella sua tradizionale accezione, sia pure in forme diverse rispetto al passato, che tornerebbe dunque ad occupare “un posto centrale nelle elaborazioni teoriche delle forme e delle dinamiche istituzionali”.

con una certa improprietà si è soliti chiamarlo – che ormai quotidianamente si intrattiene tra le Corti europee e i giudici nazionali (costituzionali e comuni) è la più eloquente testimonianza di questo stato di cose che è ormai sotto gli occhi di tutti¹¹.

2. Rappresentanza e rappresentatività (con particolare riguardo alle specie di quest'ultima ed ai conflitti che tra di esse possono aversi)

È da chiedersi quali riflessi si abbiano per effetto della frammentazione della sovranità (e, specificamente, della sua condivisione tra Unione europea e Stati-membri) a carico della rappresentanza.

Quest'ultima intrattiene un rapporto complesso con la democrazia¹².

Per un verso, è forma della stessa; ha cioè accompagnato e sorretto il processo di graduale democratizzazione delle comunità politicamente organizzate (e, segnatamente, degli Stati), dandone una delle più qualificanti espressioni¹³. Per un altro verso, la democrazia ha dato rinnovato senso alla rappresentanza, concorrendo alla sua rigenerazione e riarticolazione su basi profondamente diverse da quelle di un lontano passato. Per quest'aspetto, possiamo dire che la democrazia si pone a fondamento e giustificazione della rappresentanza, al tempo stesso in cui da questa si alimenta e per il suo tramite incessantemente rinnova.

Tutto questo è, però, più vero al piano della ricostruzione teorica operata ragionando sui disegni istituzionali che a quello delle pratiche realizzazioni. Laddove, infatti, ci si interroghi in merito a quanta e quale democrazia e a quanta e quale rappresentanza effettivamente si abbia in un ordinamento dato e a certe condizioni obiettive di contesto, ci si avvede dello scarto profondo esistente tra modello ed esperienza.

Viene qui in rilievo la dissociazione vistosa, tangibile, che si dà tra rappresentanza e rappresentatività, in merito alla quale si è avuta una fioritura di analisi di vario segno, nondimeno convergenti appunto nella rilevazione del fatto in sé, pur se divergenti in ordine sia alle cause che ai rimedi¹⁴.

La crisi è, dunque, della rappresentatività, non della rappresentanza; e spiega il crescente distacco dalla politica, di cui è indice particolarmente eloquente l'elevato astensionismo dalle elezioni e dalle stesse consultazioni referendarie, la massima espressione di democrazia diretta¹⁵: è in crisi cioè, la

¹¹ Su ciò, nella ormai incontenibile lett., di recente, AA.VV., *Il filo delle tutele nel dedalo d'Europa*, a cura di E. Falletti e V. Piccone, Editoriale Scientifica, Napoli 2016, e AA.VV., *Dialogando sui diritti. Corte di Cassazione e CEDU a confronto*, Editoriale Scientifica, Napoli 2016.

¹² Varî punti di vista sono stati al riguardo manifestati in occasione del Convegno AIC di Trento dell'11-12 novembre 2016 su *Di alcune grandi categorie del diritto costituzionale: sovranità rappresentanza territorio*. V., inoltre, utilmente, con specifica attenzione al ruolo al riguardo giocato dalle autonomie, la corposa ricerca su *Rappresentanza politica e autonomie*, curata da C. Buzzacchi - A. Morelli - F. Pizzolato, Giuffrè, Milano 2016.

¹³ Per un quadro di sintesi, v. D. NOCILLA - L. CIAURRO, *Rappresentanza politica*, in *Enc. dir.*, XXXVIII (1987), 543 ss., spec. 551 ss., e A. PAPA, *La rappresentanza politica. Forme attuali di esercizio del potere*, Editoriale Scientifica, Napoli 1998, spec. il cap. I.

Di un "indefettibile carattere rappresentativo della democrazia dei moderni" discorre, ora, A. MORELLI, *La trasformazione del principio democratico*, in AA.VV., *Principi costituzionali*, a cura di L. Ventura e A. Morelli, Giuffrè, Milano 2015, 95.

¹⁴ Mi si consenta qui di fare solo un nome, quello del mio compianto Maestro, T. MARTINES, che si è ripetutamente intrattenuto sul punto con fini argomenti, riguardandolo da varie angolazioni in ragione delle peculiari esigenze dello studio di volta in volta condotto (tra gli altri suoi scritti, v. *La democrazia pluralista*, in *Ann. Univ. Messina*, 1963-64, 23 ss., e *Governo parlamentare e ordinamento democratico*, Giuffrè, Milano 1967, spec. 154, entrambi ora in *Opere*, I, Giuffrè, Milano 2000, rispettivamente, 239 ss. e 255 ss.).

¹⁵ Di una "sconvolgente emigrazione delle masse dalla politica" discorre G. FERRARA, *Sulla rappresentanza politica. Note di fine secolo*, in *Riv. dir. cost.*, 1998, 53, ma trattasi – come si sa – di un rilievo, nella sostanza, largamente diffuso. Persino laddove la posta in palio era (ed è) altissima, come in occasione di alcune consultazioni referendarie, la partecipazione dei votanti è stata notevolmente esigua. Ha fatto eccezione, da ultimo, la vicenda relativa alla riforma

qualità del rapporto, non già l'esistenza del rapporto in sé, malgrado le deformazioni dovute al meccanismo elettorale, segnatamente laddove si faccia luogo a correttivi in senso marcatamente maggioritario¹⁶. Ciò che, ad ogni buon conto, non toglie il carattere unitario della rappresentanza, la sua attitudine a dar voce ed a rendere comunque presente la "Nazione" tutta intera¹⁷.

Man mano, però, che si rende sempre più evidente la "condivisione" della sovranità tra plurimi centri istituzionali dislocati anche presso ordinamenti diversi, siffatto carattere cambia profondamente, nella sua stessa struttura, e cambia, di conseguenza, anche il modo di essere "rappresentativi" dei rappresentanti.

In un sistema non più semplice bensì composto, tendenzialmente portato a conformarsi quale "sistema di sistemi"¹⁸, i rappresentanti non sono chiamati a rappresentare unicamente il corpo elettorale o – come suol dirsi, con formula che evoca l'idea di uno Stato chiuso in modo autoreferenziale in se stesso – la "Nazione" ma anche a farsi carico di domande di regolazione normativa e di governo in genere provenienti *ab extra*.

Se ne ha palmare riprova proprio nella presente congiuntura segnata da una crisi economica senza precedenti, oltre che gravata dalla minaccia sempre più agguerrita del terrorismo internazionale. Non è a caso, d'altronde, che proprio nel momento in cui la crisi si è fatta più acuta non pochi Governi (tra i quali, come si sa, il nostro) si sono trovati costretti a farsi da canto: non già – si badi – in quanto non più sorretti dalla fiducia delle assemblee elettive bensì perché privi della ulteriore (e non meno rilevante) fiducia di cui dovevano godere, quella dei mercati e dei *partners* europei¹⁹.

In un quadro istituzionale composito, connotato da una sostanziale *fiducia politica plurale*, possono aversi casi frequenti di conflitti, alle volte laceranti, interni alla rappresentatività, dal momento che i rappresentati interni, "nazionali", si aspettano una certa politica da parte dei rappresentanti e i rappresentati esterni (segnatamente, europei) un'altra²⁰.

Vi è di più. In un contesto caratterizzato da migrazioni di massa produttive di un profondo rivolgimento del tessuto sociale, viene profondamente alterato il nesso esistente tra la rappresentanza e il fatto elettorale che vi sta alla base. Di conseguenza, la rappresentatività non ha più nel fatto stesso la radice da cui esclusivamente si tiene ed alimenta: i suoi punti di riferimento sono ora divenuti plurimi e varî sono del pari i criteri di qualificazione e di misurazione della rappresentatività stessa. Sui rappresentanti, infatti, non grava più solo l'onere di farsi carico delle aspettative nutrite dal corpo elettorale nella sua unità e, perciò, di dar voce alla "Nazione" essa pure unitariamente (e... *nazionalisticamente*) intesa ma v'è pure quello di prestare ascolto alle domande dei non votanti, degli

"Renzi-Boschi", per quanto qui la spiegazione possa rinvenirsi nell'inusuale martellamento d'informazione mediatica che ha preceduto la consultazione popolare e nella drammatizzazione dell'esito della stessa da parte di alcuni operatori politici.

¹⁶ Si è altrove proposto di distinguere tra una *rappresentanza in senso formale*, che si ha per il mero fatto delle elezioni quale che sia il meccanismo di traduzione dei voti in seggi normativamente previsto, ed una *rappresentanza in senso sostanziale*, che si ha laddove il meccanismo stesso si dimostri adeguato a rendere nel modo più fedele possibile la "geografia politica" del corpo sociale (così, in un mio *Intervento al forum sull'Italicum. Nove studiosi a confronto*, a cura mia e di A. Rauti, Giappichelli, Torino 2015, 51; si è quindi rifatto, con personali svolgimenti, a questa indicazione A. MORELLI, *Introduzione. Rappresentare, partecipare, governare: quale futuro per il modello democratico?*, in AA.VV., *La democrazia rappresentativa: declino di un modello?*, a cura dello stesso M., Giuffrè, Milano 2015, 5).

Nulla, ad ogni buon conto, esclude che la rappresentatività nei fatti si presenti slegata dall'una ovvero dall'altra specie di rappresentanza, ovverosia più dall'una che dall'altra.

¹⁷ Ovviamente, qui il riferimento è alle sole assemblee elettive nazionali, senza dunque alcun cenno agli enti territoriali substatali in cui pure la rappresentanza stessa ha modo di esprimersi, senza però poter dar voce all'intera "Nazione" (in tema, v., ora, nuovamente, AA.VV., *Rappresentanza politica e autonomie*, cit.).

¹⁸ Della qual cosa si ha una particolarmente espressiva testimonianza al piano della salvaguardia dei diritti fondamentali, come si è tentato di mostrare in altri luoghi e si vedrà, sotto un peculiare aspetto, anche a breve.

¹⁹ Ho ripercorso questa vicenda nel mio *Art. 94 della Costituzione vivente: "Il Governo deve avere la fiducia dei mercati"* (nota minima a commento della nascita del Governo Monti), in Federalismi.it, 23/2011, 30 novembre 2011.

²⁰ Di qui, poi, il bisogno di rivedere alcune consolidate categorie della tradizione, quale quella di "forma di Stato", nella sua accezione corrente che la riferisce al rapporto tra governanti e governati, una volta che si constati l'appartenenza degli uni e degli altri anche ad ordinamenti diversi.

immigrati (regolari e non), degli stranieri stabilmente residenti: di quanti, insomma, condividono esperienze di vita sociale sul medesimo territorio²¹.

Un compito immane, improbo, sol che si pensi alle lacerazioni profonde esistenti nel tessuto sociale, nelle quali è la prima e più rilevante causa dei conflitti tra le diverse specie di rappresentatività. Proprio la “Nazione” viene allora a trovarsi al centro dei conflitti stessi: alcuni intendendola alla vecchia maniera e perciò volendola chiusa in modo autoreferenziale in se stessa, indisponibile a rendersi permeabile da culture provenienti *ab extra* ed in grado di fecondarla e rigenerarla; altri, di contro, volendola aperta all'accoglienza dell'altro, all'integrazione.

Chi e cosa, dunque, rappresentare? E, ancora, è possibile un “bilanciamento” tra apertura e chiusura della Nazione e, perciò, della rappresentanza?

3. L'orientamento della rappresentatività verso l'etica pubblica repubblicana, il suo carattere inclusivo (non già preclusivo), le conferme che ne dà tanto la “Costituzione dei poteri” quanto la “Costituzione dei diritti” (segnatamente, laddove la condivisione della sovranità tra Unione europea e Stati si traduca nella compiuta salvaguardia delle rispettive identità costituzionali)

Al fine di tentare di dare una prima, seppur approssimativa, risposta ai quesiti appena posti, occorre – a me pare – rinvenire un punto fermo, un parametro cui fare costante riferimento; e questo non può che essere nella Costituzione e nei suoi valori (e, perciò, nei principi che vi danno la prima e più genuina traduzione positiva).

La rappresentatività resta fedele a se stessa, alla sua autentica missione, solo laddove le pratiche ad essa conseguenti si orientino alla realizzazione dell'etica pubblica repubblicana che nei valori suddetti si specchia ed esprime.

I principi, di cui agli artt. 10 e 11 della nostra Carta, che danno l'apertura dell'ordinamento al diritto internazionale e sovranazionale, visti nel loro fare “sistema” coi principi di cui agli artt. 2 e 3, che danno voce agli ideali di libertà ed eguaglianza (e, per ciò stesso, di dignità), non lasciano incertezza a riguardo del fatto che *si è rappresentativi nel massimo grado possibile solo se si è inclusivi, non già preclusivi*.

Questa tesi è dimostrata per entrambe le accezioni sopra riportate di sovranità, è cioè confermata avuto riguardo tanto alla *Costituzione dei poteri* quanto alla *Costituzione dei diritti*, per riprendere ancora una volta una nota, seppur discussa, bipartizione²².

Per il primo verso, si riconsideri, solo per un momento, la condivisione nella sovranità che si ha tra Stati ed Unione, una condivisione che ha, sì, nel riparto di competenze stabilito nei Trattati il suo punto costante di riferimento ma che, nondimeno, è attraversata da un moto interno incessante, il riparto stesso soggiacendo ad oscillazioni continue, varie da materia a materia e, per una stessa materia, nel tempo.

La sovranità eurounitaria ha comunque da fare i conti col principio di cui all'art. 4.2 TUE che fa obbligo all'Unione di prestare ossequio ai principi di struttura degli ordinamenti nazionali²³,

²¹ Proprio su siffatto connotato, peraltro, fa leva un'argomentata ed insistita sollecitazione volta a rivedere la nozione stessa di cittadinanza e, comunque, a riconoscere i diritti politici anche ai non cittadini stabilmente residenti sul territorio dello Stato [in argomento, spunti ricostruttivi di particolare interesse in alcuni dei contributi ospitati da *Metamorfosi della cittadinanza e diritti degli stranieri*, a cura di C. Panzera - A. Rauti - C. Salazar - A. Spadaro, Editoriale Scientifica, Napoli 2016, part. in quello di E. LAGANÀ, *La questione aperta dei diritti politici degli “stranieri” (con particolare riguardo al diritto di voto a livello locale)*, 415 ss. e, se si vuole, nel mio *I diritti dei non cittadini tra modello costituzionale e politiche nazionali*, 38 ss.].

²² In argomento, sempre utili le precisazioni di M. LUCIANI, *La “Costituzione dei diritti” e la “Costituzione dei poteri”*. *Noterelle brevi su un modello interpretativo ricorrente*, in *Scritti in onore di V. Crisafulli*, II, Cedam, Padova 1985, 497 ss.

²³ Ciò che, poi, pone la micidiale questione di ordine teorico-pratico relativa ai criteri ed alle modalità con cui l'Unione (e, per essa, specificamente la Corte di giustizia) può far luogo al riconoscimento dei principi in parola, specie ove si consideri che non si danno meccanismi cui si possa allo scopo fare utilmente ricorso, quali invece si hanno in senso ascendente (in specie, come si sa, il rinvio pregiudiziale). Ma, su tutto ciò non è ora possibile indugiare e devesi far

esponendosi in caso contrario gli atti in cui la sovranità stessa si concreta al rischio che siano loro opposti in ambito interno²⁴ i “controlimiti”²⁵.

Se, però, l’Unione è tenuta a non mancare di rispetto all’identità costituzionale degli Stati-membri, anche questi devono, dal loro canto, mostrarsi osservanti dell’identità dell’Unione e concorrere alla sua integra trasmissione nel tempo, altrimenti il principio del primato del diritto sovranazionale resterebbe cosa priva di senso.

Il vero è che entrambi gli ordinamenti in rapporto hanno in sé la vocazione sia all’apertura che alla chiusura: l’identità costituzionale di ciascuno di essi è, perciò, soggetta a spinte e contropunte di vario segno ed intensità riportabili all’una come all’altra componente. Di qui, il bisogno di far luogo a continui, quotidiani, bilanciamenti interni alla identità sia eurounitaria che nazionale. Di questo bisogno si ha palmare riprova ove si consideri che una norma dell’Unione potrebbe, a un tempo, mostrarsi irrispettosa di uno o più principi fondamentali di diritto interno e però servente altri principi ancora. In congiunture siffatte, i “controlimiti” possono essere opposti, come pure però non opposti, a seconda di dove penda l’ago della bilancia, a seconda cioè che si reputi essere maggiore il costo ovvero il beneficio per la Costituzione come “sistema”. È perciò che i bilanciamenti interordinamentali si risolvono, a conti fatti, in bilanciamenti intraordinamentali, *secondo valore*²⁶.

Il bilanciamento è, dunque, sempre interno alla identità costituzionale, sia essa dell’Unione come pure dello Stato: con riguardo alla prima, tra il principio dell’art. 4.2 e il principio del primato; quanto al secondo, tra questo e quello dei suoi principi di base, da cui – come si è veduto – dipende l’apertura ovvero la chiusura nei riguardi del diritto di origine esterna²⁷.

rimando ad altri luoghi di riflessione scientifica (in merito alle non poche questioni sollevate dalla lettera del disposto in esame, tra gli altri, v. F. VECCHIO, *Primazia del diritto europeo e salvaguardia delle identità costituzionali. Effetti asimmetrici dell’europeizzazione dei controlimiti*, Giappichelli, Torino 2012; S. GAMBINO, *Identità costituzionali nazionali e primauté eurounitaria*, in *Quad. cost.*, 3/2012, 533 ss.; M. STARITA, *L’identità costituzionale nel diritto dell’Unione europea: un nuovo concetto giuridico?*, in AA.VV., *Lo stato costituzionale di diritto e le insidie del pluralismo*, a cura di F. Viola, Il Mulino, Bologna 2012, 139 ss.; B. GUASTAFERRO, *Beyond the Exceptionalism of Constitutional Conflicts: The Ordinary Functions of the Identity Clause*, in *Yearbook of European Law*, 1/2012, 263 ss. e, della stessa, *Legalità sovranazionale e legalità costituzionale. Tensioni costitutive e giunture ordinamentali*, Giappichelli, Torino 2013; M. CARTABIA, *sub art. 4*, in *Trattati dell’Unione europea*, a cura di A. Tizzano, Giuffrè, Milano 2014, 23 ss.; S. BARONCELLI, *I rapporti con l’Unione europea*, in AA.VV., *Le proposte di riforma della Costituzione*, a cura di A. Cardone, ESI, Napoli 2014, 173 ss.; P. CRUZ VILLALÓN, *La identidad constitucional de los Estados miembros: dos relatos europeos*, in *Scritti in onore di A. D’Atena*, I, Giuffrè, Milano 2015, 729 ss., e, pure *ivi*, J. LUTHER, *Alla ricerca di un concetto giuridico europeo di autonomia*, III, 1745 ss., e S. MANGIAMELI, *L’Unione europea e l’identità degli Stati membri*, 1811 ss.; A. SIMONATO, *Multilevel governance. Profili costituzionali. Il coordinamento tra Regioni, Stato e UE*, Cleup, Padova 2016, 156 ss. Infine, se si vuole, il mio *A difesa della idoneità delle norme eurounitarie a derogare a norme costituzionali sostanziali e della “europeizzazione” dei controlimiti*, in AA.VV., *I controlimiti. Primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali*, a cura di A. Bernardi, in corso di stampa per i tipi della Jovene, nonché in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 21 luglio 2016).

²⁴ Il disposto dell’art. 4.2, nondimeno, non preclude che, prima ancora ovvero congiuntamente alla via giudiziaria interna, della questione sia investita la Corte di giustizia, appunto per violazione indiretta del disposto suddetto. Quali possano poi essere gli scenari prefigurabili in caso di divergenti pronunzie dei giudici (tanto più laddove protagonisti del conflitto siano la Corte dell’Unione e la Corte costituzionale) è, nuovamente, cosa di cui non ci si può qui fare carico.

²⁵ La discussione su questi ultimi, specie dopo la pronunzia della Corte dell’Unione su [Taricco](#) (e in attesa del verdetto della Consulta), è tornata ad animarsi. Per tutti, v. AA.VV., *I controlimiti. Primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali*, cit.; AA.VV., *Dal giudice garante al giudice disapplicatore delle garanzie. I nuovi scenari della soggezione al diritto dell’Unione europea: a proposito della sentenza della Corte di giustizia Taricco*, a cura di C. Paonessa e L. Zilletti, Pacini, Pisa 2016 e, più di recente, i contributi al Convegno su *Aspettando la Corte costituzionale. Il caso Taricco e i rapporti tra diritto penale e diritto europeo*, svoltosi a Roma il 4 ottobre 2016, i cui Atti possono vedersi in [Rivista AIC](#), 4/2016, 11 novembre 2016.

²⁶ Quest’esito trovasi argomentato in alcuni miei scritti, a partire da *Rapporti tra Corte costituzionale e Corti europee, bilanciamenti interordinamentali e “controlimiti” mobili, a garanzia dei diritti fondamentali*, in [Rivista AIC](#), 1/2011, 1 marzo 2011.

²⁷ Che, poi, possano darsi delle storture nell’esperienza non si discute. Queste, però, nulla tolgono, a mia opinione, alla bontà del modello per come qui pure, nei suoi lineamenti di fondo, ricostruito. Nessuna “copertura”, perciò, a taluni eccessi della Corte di Lussemburgo che, specie con [Melloni](#) e, ora, appunto con [Taricco](#), ha dato prova di considerare comunque preminente, indisponibile, il principio del primato nei riguardi di quello di cui all’art. 4.2 (che il primato si

Ora, i rappresentanti sono sollecitati a far luogo a questi bilanciamenti, assumendo a principio ordinatore appunto quello della massimizzazione della tutela dei beni costituzionalmente protetti²⁸ e tenendo sempre fisso lo sguardo sul principio della fedeltà alla Repubblica che, nella sua più genuina espressione²⁹, è adesione ai valori, a *tutti* i valori costituzionali, tra i quali c'è anche quello dell'apertura al diritto internazionale e sovranazionale in funzione della realizzazione, a un tempo, della propria e dell'altrui identità. E così, i rappresentanti nazionali possono compiutamente mostrarsi fedeli alla Repubblica solo nel momento in cui operano al servizio sia dell'identità dell'ordinamento di appartenenza che della stessa identità dell'Unione, alla cui formazione ed all'incessante rinnovo l'ordinamento stesso è chiamato a concorrere, in ciascuna delle sue componenti.

D'altro canto, porsi al servizio dell'identità dell'Unione è, per la tesi qui nuovamente patrocinata, allo stesso tempo porsi al servizio dell'identità della Repubblica, ogni qual volta si renda palese che gli atti dell'Unione portino all'innalzamento del livello di salvaguardia dei diritti, visti nel loro fare "sistema" coi restanti beni o interessi costituzionalmente protetti. È la stessa Costituzione, insomma, a volere decisamente questo esito, nei suoi principi di libertà ed eguaglianza (e nei principi restanti) che, in una congiuntura siffatta, risultino, in tesi, ancora meglio appagati dagli atti sovranazionali di come possano esserlo da quelli di diritto interno.

Questa conclusione è, ovviamente, avvalorata anche ponendosi dal punto di vista dell'Unione; e quest'ultima, coi suoi rappresentanti, ha da spendersi, a un tempo, a beneficio della propria e dell'altrui identità³⁰. Nulla, perciò, l'Unione avrebbe da rimproverarsi nel momento in cui dovesse far luogo ad un bilanciamento tra i principi fondamentali che dell'Unione stessa fanno l'identità tale da assicurare la preminenza a quello di cui all'art. 4.2 rispetto al principio del primato³¹.

ponga quale espressione emblematica della costituzione materiale dell'Unione è efficacemente rilevato da V. PICCONE, *La primauté nell'Unione allargata*, in AA.VV., *Il filo delle tutele nel dedalo d'Europa*, cit., 1 ss., spec. 7).

²⁸ Sul rilievo da assegnare a tale principio la dottrina ha, specie di recente, molto insistito [tra gli altri, G. D'AMICO, *La massima espansione delle libertà e l'effettività della tutela dei diritti*, in AA.VV., *Il diritto e il dovere dell'uguaglianza. Problematiche attuali di un principio risalente*, a cura di A. Pin, Editoriale Scientifica, Napoli 2015, 17 ss.; C. AMALFITANO - M. CONDINANZI, *Unione europea: fonti, adattamento e rapporti tra ordinamenti*, Giappichelli, Torino 2015, 126 ss. e 168 ss.; G.M. SALERNO, *I diritti fondamentali tra le tradizioni costituzionali comuni e i controlimiti a tutela dell'identità costituzionale*, in *Il Filangieri*, Quad. 2014 su *Unione europea e principi democratici*, Jovene, Napoli 2015, 103 ss.; C. PANZERA, *Rispetto degli obblighi internazionali e tutela integrata dei diritti sociali*, in [Consulta OnLine](#), II/2015, 3 giugno 2015, spec. 492 ss.; nella stessa *Rivista*, A. SPADARO, *Sull'aporia logica di diritti riconosciuti sul piano internazionale, ma negati sul piano costituzionale. Nota sulla discutibile "freddezza" della Corte costituzionale verso due Carte internazionali: la CSE e la CEAL*, 504 ss. e, dello stesso, ora, *La "cultura costituzionale" sottesa alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, fra modelli di riferimento e innovazioni giuridiche*, in AA.VV., *La Carta dei diritti dell'Unione Europea e le altre Carte (ascendenze culturali e mutue implicazioni)*, a cura di L. D'Andrea - G. Moschella - A. Ruggeri - A. Saitta, Giappichelli, Torino 2016, spec. 55 ss.; ivi pure C. SALAZAR, *I diritti sociali nel "gioco delle tre Carte": qualche riflessione*, 217 ss., e L. D'ANDREA, *A mo' di sintesi: ordinamento europeo e costituzionalismo contemporaneo*, spec. 314 ss. Infine, volendo, anche il mio *Cosa sono i diritti fondamentali e da chi e come se ne può avere il riconoscimento e la tutela*, in [Consulta OnLine](#), II/2016, 30 giugno 2016, 273 ss.].

²⁹ Indicazioni in merito alla varietà delle forme espressive del principio di fedeltà, corredate da acuti rilievi di ordine teorico-ricostruttivo, possono vedersi in A. MORELLI, *I paradossi della fedeltà alla Repubblica*, Giuffrè, Milano 2013.

³⁰ E, a darne conferma, soccorrono le "tradizioni costituzionali comuni", un'autentica cinghia di trasmissione di valori fondamentali dall'uno all'altro ordinamento [sul ruolo da esse giocato, anche dopo il varo della Carta dei diritti dell'Unione, v., sopra tutti, L. TRUCCO, *Carta dei diritti fondamentali e costituzionalizzazione dell'Unione europea. Un'analisi delle strategie argomentative e delle tecniche decisorie a Lussemburgo*, Giappichelli, Torino 2013; O. POLLICINO, *Corte di giustizia e giudici nazionali: il moto "ascendente", ovvero sia l'incidenza delle "tradizioni costituzionali comuni" nella tutela apprestata ai diritti dalla Corte dell'Unione*, in AA.VV., *Crisi dello Stato nazionale, dialogo intergiurisprudenziale, tutela dei diritti fondamentali*, a cura di L. D'Andrea - G. Moschella - A. Ruggeri - A. Saitta, Giappichelli, Torino 2015, 93 ss., e, dello stesso, *Della sopravvivenza delle tradizioni costituzionali comuni alla Carta di Nizza: ovvero del mancato avverarsi di una (cronaca di una) morte annunciata*, in AA.VV., *La Carta dei diritti dell'Unione Europea e le altre Carte (ascendenze culturali e mutue implicazioni)*, cit., 91 ss.; G. BRONZINI, *La Carta dei diritti dell'Unione europea come strumento di rafforzamento e protezione dello Stato di diritto*, in *Pol. dir.*, 1-2/2016, 15 ss.].

³¹ Come si è però veduto, la tendenza fin qui affermatasi nell'esperienza diverge sensibilmente da questa indicazione.

4. *La rappresentatività dei giudici e degli stessi... rappresentati, e il problematico superamento della sua crisi*

Dopo le cose appena dette, non occorre un lungo discorso a riguardo della *Costituzione dei diritti*, cui peraltro si è già fatto richiamo.

La sovranità dei valori riceve, infatti, una delle sue più espressive e qualificanti testimonianze nel momento in cui la rappresentatività si traduce in adesione effettiva, la massima consentita alle condizioni oggettivamente date, ai valori nel loro fare “sistema” (o, meglio, “sistema di sistemi”, in via di progressiva affermazione) e nei conseguenti comportamenti, al piano dell’apparato così come – si vedrà meglio a momenti – della comunità governata.

E, poiché sul terreno su cui maturano le vicende relative ai diritti un ruolo di prima grandezza, per universale riconoscimento, è giocato dai giudici (nazionali e non, costituzionali e comuni), quali principali artefici delle operazioni di bilanciamento assiologico secondo i casi, se ne ha che proprio in relazione ad essi si pongono oggi alcune tra le più gravi e spinose questioni in tema di rappresentatività. Sono i giudici, infatti, che devono rendere “presenti”, a un tempo, l’identità dello Stato e l’identità dell’Europa in costruzione, operare per la congiunta salvaguardia di entrambe, avuto pur sempre riguardo alla massima tutela effettivamente raggiungibile facendo simultaneamente uso di tutte le Carte dei diritti disponibili.

La formula che vuole la giustizia amministrata “in nome del popolo”, riconvertita in senso oggettivo (o, meglio, assiologico-oggettivo), si traduce ed interamente risolve in quella di una giustizia rappresentativa dei valori e, per ciò stesso, *giusta* e che tale può essere unicamente in quanto riesca nella ottimale composizione dei valori in campo, in ragione delle peculiari e complessive esigenze del caso.

Questo (e solo questo) è il giudice “rappresentativo” di una “Nazione” che, assiologicamente intesa, si apre, al pari della Carta che vi sta alla base, naturalmente all’altro, ogni qual volta da ciò dipenda la ottimale salvaguardia dei beni costituzionalmente protetti, nel loro fare “sistema”.

Riconsiderata la rappresentanza in prospettiva assiologicamente ispirata, si pone da ultimo la questione della *rappresentatività degli stessi... rappresentati*, quale adesione fattiva, concreta, di singoli e gruppi, fino a pervenire all’intero corpo sociale, all’etica pubblica repubblicana e, dunque, quale capacità di rendervi credibile testimonianza coi fatti.

Che si dia una crisi, ancora prima che della rappresentanza (o dei rappresentanti), dei rappresentati, come ha fatto notare una sensibile dottrina³², è cosa su cui pochi – credo – possono nutrire dubbi. Pregi e difetti sparsi nel tessuto sociale, d’altronde, si riproducono in scala a livello di apparato: i rappresentanti non sono né peggiori né migliori dei rappresentati, sono come loro, come noi.

Solo che, così stando le cose, il superamento della crisi della rappresentanza, una volta che se ne rinvergano le radici negli stessi rappresentati e la si ambienta – come qui si è tentato in estrema sintesi di fare – al piano dei valori, dell’etica pubblica repubblicana, somiglia allo sforzo poderoso fatto dal Barone di Münchhausen per uscire dal pantano tirandosi per i baffi.

³² Ovvio il riferimento a M. LUCIANI, *Il paradigma della rappresentanza di fronte alla crisi del rappresentato*, in AA.VV., *Percorsi e vicende attuali della rappresentanza e della responsabilità politica*, a cura di N. Zanon - F. Biondi, Giuffrè, Milano 2001, 109 ss.

Henri Schmit Le prossime leggi elettorali

1. L'incompiuta doppia riforma costituzionale ed elettorale, censurata dal voto popolare, ha creato una situazione di estrema confusione, ampiamente prevedibile¹. L'unica certezza è che il pezzo cardinale che doveva garantire la governabilità del paese e servire da modello alle altre democrazie, l'*Italicum*, approvato con voto di fiducia in maggio 2015², applicabile solo dal 1° luglio 2016 e in attesa di giudizio davanti alla Corte costituzionale, ormai repudiato da tutte le forze in campo, non sarà mai applicato. Se pressoché tutti sono convinti che bisogna cambiare la legge e definire una soluzione per il Senato, è meno chiaro a chi spetta l'iniziativa, quale maggioranza è in grado di approvare quale soluzione e se non saranno alla fine i giudici a doversi sostituire un'altra volta al Parlamento per definire la procedura più importante del gioco istituzionale.

I giocatori in campo sono la massa degli elettori, ormai più diffidenti che mai; i partiti politici, fra cui le due anime del principale partito di governo; i deputati e i senatori, divisi in due maggioranze e due opposizioni alla Camera e al Senato; il presidente del consiglio uscente che rimane segretario del partito di maggioranza e il futuro governo ancora da nominare; la Corte costituzionale giudice della conformità delle leggi elettorali; e infine il Presidente della Repubblica nel suo ruolo di arbitro e garante.

Il verdetto del 4 dicembre ha ridistribuito le carte in tavola togliendo l'iniziativa al governo e riconsegnandola al Parlamento, in particolare alla Camera dove il partito guidato dal promotore della riforma abortita conserva una comoda maggioranza. La crisi di governo esalta il ruolo del Presidente della Repubblica mentre l'inefficienza del Parlamento esalta il potere della Consulta. Il rifiuto popolare della riforma non incide sulla procedura di approvazione comunque bicamerale, obbliga solo a definire anche una nuova legge per il Senato, a meno di accettare la procedura, chiamata *Consultellum*, creata, per necessità istituzionale, dalla Corte nella sentenza 1/2014³ di censura della precedente legge 270/2005, il così detto *Porcellum*.

La Corte costituzionale, chiamata in causa da tribunali ordinari⁴ che devono decidere su numerosi ricorsi individuali, ha preferito in settembre rinviare l'esame dell'*Italicum* a dopo il referendum allungando i tempi dell'incertezza, almeno fino al 24 gennaio⁵. Nonostante il precedente della sentenza 1/2014 e le somiglianze fra l'*Italicum* e il *Porcellum*, la decisione della Corte rimane altamente imprevedibile⁶: censurerà solo i capilista nominati o anche lo stratagemma maggioritario? Censurerà il premio come tale o solo il divieto di alleanze fra liste al secondo turno? Riuscirà ad esprimersi prima di possibili elezioni anticipate o sospenderà il giudizio dopo i primi passi per una nuova legge in uno dei due rami del Parlamento?

A prescindere dalle promesse dei promotori dell'*Italicum* alla minoranza del Partito Democratico, conviene proprio a loro modificare la loro legge che consegnerebbe quasi sicuramente il controllo del

¹ <https://www.land.lu/2016/09/30/catastrophe-annoncée>.

² Legge del 6 maggio 2015, n. 52; https://it.wikipedia.org/wiki/Legge_elettorale_italiana_del_2015#cite_note-1; http://www.gazzettaufficiale.it/atto/serie_generale/caricaDettaglioAtto/originario?atto.dataPubblicazioneGazzetta=2015-05-08&atto.codiceRedazionale=15G00066&elenco30giorni=true.

³ In <https://www.cortecostituzionale.it/action/SchedaPronuncia.do?anno=2014&numero=1>. La sent. n. 1 del 2014 censura il *Porcellum*, con il quale sono stati eletti i parlamentari di tre legislature, ma conferma la legittimità formale del Parlamento in carica, evitando uno scioglimento immediato e obbligato da parte del Presidente della Repubblica. Nonostante l'illegittimità sostanziale accertata, e da lui stesso causata, il Parlamento ha modificato a maggioranza semplice sia la legge elettorale sia la costituzione.

⁴ V. <http://www.giurcost.org/cronache/ORD/Ord.MESSINA-Italicum-17febbraio2016.pdf>;
<http://www.giurcost.org/cronache/TORINOTribunale05.07.2016.pdf>;
<http://www.giurcost.org/cronache/PERUGIATribunale06.09.2016.pdf>;
<http://www.giurcost.org/cronache/TribGenova-ord.15185del2015-italicum.pdf>.

⁵ <http://www.giurcost.org/cronache/CorteIITALICUM.pdf>;
<http://www.giurcost.org/cronache/Comunicato%2007122016.pdf>.

⁶ V. www.giurcost.org/studi/schmit.pdf.

parlamento e la direzione del governo al Movimento 5 Stelle. Il fatto che il partito di Grillo, spesso descritto come movimento estremista e populista, inetto a governare il paese, è in realtà considerato da numerosi elettori come la scelta mediana, lo farebbe vincere al ballottaggio di un sistema maggioritario di lista contro entrambi gli schieramenti tradizionali. L'opposizione di destra nutre la stessa preoccupazione del PD, ma mentre Forza Italia vorrebbe ritornare ad un sistema proporzionale, la Lega Nord si oppone a soluzioni non maggioritarie. Lega e Movimento insistono per andare alle urne subito con la legge vigente eventualmente corretta dalla Corte; i parlamentari grillini propongono di approvare subito per il Senato una replica dell'*Italicum* al posto dell'*Consultellum*, mentre PD e FI più credibilmente vorrebbero riproporre al Parlamento una nuova legge elettorale che tenesse conto delle nuove circostanze.

2. La soluzione più naturale sarebbe un'intesa fra i due schieramenti tradizionali interessati a sbarrare la strada al loro avversario comune. Un accordo trasversale mirato rischierebbe poco in termini di censura per incostituzionalità, perché la legge sarebbe applicata senz'altro prima che probabili ricorsi giudiziari obbligheranno la Corte ad esprimersi nuovamente. L'effetto politico di una legge manipolata a danno dello schieramento che è il principale interprete di un'epocale sfiducia dei cittadini nei confronti dell'*establishment* politico, potrebbe tuttavia essere devastante per chi la propone e l'approva. Una *conventio ad excludendum* sarebbe giustamente interpretata come l'ennesimo tentativo di chi sta al potere di ostacolare il gioco democratico e di neutralizzare le preferenze degli elettori a proprio vantaggio, violando il principio della sovranità del popolo.

Sarebbe pertanto preferibile coinvolgere il Movimento nella formulazione delle nuove procedure elettorali. Tutti si ricordano tuttavia le riunioni in *streaming* che servivano più per umiliare la controparte che per ricercare soluzioni; è quindi probabile che per ragioni di tatticismo politico il partito di Grillo non accetterà di partecipare a un dibattito costruttivo. In queste circostanze gli altri partiti per definire una nuova legge elettorale potrebbero partire proprio dalla proposta grillina, battezzata *Democratellum*⁷. Si tratta di un sistema proporzionale di lista in 45 circoscrizioni eterogenee di dimensione variabile, da 1 (Valle d'Aosta) a 42 (area metropolitana di Milano) seggi con una media di 15, senza correzione nazionale, con un voto di preferenza plurale, parzialmente cumulabile sullo stesso candidato, con possibilità di votare candidati di liste diverse e di esprimere non solo voti positivi, ma anche negativi. Il Movimento 5 Stelle propone anche di abolire l'articolo 67 della Costituzione che sancisce il libero mandato dei deputati e dei senatori in modo da rendere gli eletti ad ogni momento individualmente responsabili davanti ai loro elettori, o più prosaicamente davanti alla direzione del loro partito di appartenenza. Le complessità di dubbia utilità e coerenza sono tante e tali da rendere l'intera proposta inaccettabile.

La base del sistema è tuttavia sana e potrebbe servire dopo il clamoroso risultato del referendum per una soluzione di compromesso condivisa dalla maggior parte degli attori politici.

In astratto i principi generali, garantiti dalla Costituzione e interpretati dalla Consulta, che qualsiasi futura legge dovrebbe rispettare sono i seguenti:

- Conformità: rispetto dei principi costituzionali in modo da evitare nuove contestazioni giuridiche: art. 48 (diritto degli elettori di decidere con le loro preferenze chi entrerà in parlamento), 51 (diritto di tutti i cittadini eleggibili di concorrere a condizioni di parità) e 67 (garanzia di libero mandato dei parlamentari).

- Equità: equa rappresentazione delle principali forze politiche (art. 49) che nel rispetto del libero mandato (art. 67) dei deputati e senatori sono costrette a trovare soluzioni condivise; il principio vale per la legislazione ordinaria (governo, fiscalità, economia, banche, pubblica amministrazione, scuola, giustizia) e a più forte ragione per una probabile prossima riforma costituzionale.

- Efficienza: evitare un frazionamento eccessivo dei gruppi parlamentari e l'ingovernabilità.

- Semplicità: evitare soluzioni ingegneristiche inutilmente complesse, strumentali per condizionare il voto a danno dei diritti elettorali o per vantaggiare una parte politica a spese di

⁷ In <https://www.scribd.com/doc/229888063/Democratellum-la-legge-elettorale-del-M5S>.

un'altra; nella sentenza 1/2014⁸ la Corte parla di 'minor sacrificio' di un valore costituzionalmente rilevante (per esempio l'equa rappresentazione dei partiti o il diritto di voto individuale) causato da misure destinate a favorire un valore presunto opposto (la capacità di decidere di una presunta maggioranza o di partito) e vieta espressamente limitazioni dei diritti costituzionali non indispensabili al raggiungimento degli obiettivi politici (legittimi) prescelti.

In base alle recenti interpretazioni di questi criteri da parte del legislatore e del giudice costituzionale le soluzioni immaginabili sembrano cinque:

- l'*Italicum* riformato, senza capilista bloccati, un sistema ultra-maggioritario di lista nazionale, con o senza premio di maggioranza, con ballottaggio fra le coalizioni che si formano per il secondo turno piuttosto che fra le liste del primo turno;

- l'uninomiale a doppio turno (ballottaggio individuale di collegio), sistema maggioritario classico;

- un maggioritario annacquato, il ripristino della legge Mattarella⁹ con 75% dei seggi in entrambe le camere assegnati in collegi uninominali con maggioranza semplice e 25% dei seggi assegnati proporzionalmente, dopo applicazione (per la Camera) di una soglia di sbarramento nazionale del 4%, tenendo conto nel riparto proporzionale dei seggi già assegnati con l'uninomiale;

- un sistema proporzionale nazionale, simile al *Consultellum*, con circoscrizioni, soglie e preferenze dell'*Italicum*, senza capilista, né premio, né ballottaggio;

- infine semplificando e razionalizzando la proposta grillina, un sistema proporzionale di collegio plurinomiale, con voto individuale e di lista in piccole circoscrizioni relativamente omogenee, ritagliate dividendo i collegi più grandi da 6 a 9 seggi dell'*Italicum* in collegi da 3, 4 o al massimo 5 seggi¹⁰; con candidature individuali su liste con un numero di candidati non superiore a quello dei seggi del collegio e divieto di candidature multiple; con preferenza unica che vale sia per la lista sia per il candidato; con riparto (con formula D'Hondt, che favorisce le liste più votate) dei seggi fra le liste all'interno del collegio, senza correzione nazionale, poi assegnazione all'interno di ogni lista ai candidati più votati.

3. Solo il collegio uninominale e l'ultimo sistema rispettano integralmente i quattro criteri di conformità, semplicità, equità ed efficienza; l'*Italicum*, anche emendato dei suoi vizi più evidenti, è inutilmente complesso rispetto a un sistema uninominale. A causa delle due classi di deputati che crea e del recupero nel calcolo della quota proporzionale dei vantaggi conquistati con l'uninomiale, il *Mattarellum* è ancora più complicato ed insoddisfacente. Il *Consultellum* necessita soglie di accesso molto alte per evitare un frazionamento eccessivo del Parlamento e rinforza il potere di fatto dei partiti nella nomina dei candidati su liste nazionali. Rimangono l'uninomiale e il sistema proporzionale di lista in piccoli collegi: il primo favorisce il bipolarismo, l'ultimo permette di tener conto di uno scenario politico tripolare, anzi multipolare.

L'ultimo modello corrisponde al sistema proporzionale di 'lista iberica' inventato nel 1864 a Ginevra¹¹, in vigore dagli anni 1890 in numerosi cantoni svizzeri fra cui il Ticino e dal 1919 nella Confederazione Elvetica¹² e nel Lussemburgo¹³ (e in alcuni *Länder* tedeschi, prima del Reich, poi della Repubblica di Weimar e adesso della Repubblica Federale), con circoscrizioni eterogenee che

⁸ In www.cortecostituzionale.it/actionSchedaPronuncia.do?anno=2014&numero=1.

⁹ Leggi 276 e 277 del 4 agosto 1993, per la Camera e per il Senato; cf. https://it.wikipedia.org/wiki/Legge_Mattarella.

¹⁰ Conviene tener il numero dei seggi il più basso possibile; in teoria sono possibili anche collegi binominali, utilizzati per esempio in Cile, ma senza liste; l'utilizzo delle liste dà una doppia valenza al voto, prima di partito poi individuale.

¹¹ F. DUBOSSON NALO, *L'introduction de la représentation proportionnelle à Genève*; 1993, in http://ckruapuu.preview.sharedbox.com/wp-content/uploads/2015/06/NaloBull1993_2.pdf.

¹² V. <http://www.democracy-building.info/particularities-switzerlands-proportional-election-system.html>.

¹³ V. <http://www.luxembourg.public.lu/en/le-grand-duche-se-presente/systeme-politique/systeme-electoral/index.html>; <http://www.land.lu/2013/11/15/arrondir-par-d%C3%A9faut-ou-arrondir-par-exc%C3%A8s-%E2%80%A9/>.

possono contare in alcuni casi oltre 20 seggi¹⁴.

In Svizzera e in Lussemburgo il voto è plurale (pari al numero dei seggi da assegnare), può essere cumulativo (doppio voto per lo stesso candidato) e può essere dato a candidati di liste diverse. L'evoluzione più perfetta del proporzionale di lista libera è tuttavia il sistema che vige dal 1955, dopo mezzo secolo di graduale perfezionamento, in Finlandia¹⁵ dove il voto è unico con valore sia per il candidato sia per la lista, ma in circoscrizioni molto eterogenee (da un seggio per un'isola ai 38 seggi per la capitale).

I pregi del proporzionale di lista libera, a voto unico in piccoli collegi omogenei sarebbero multipli:

- Attraverso le candidature individuali uniche e il voto individuale unico rispetterebbe scrupolosamente i principi sanciti dalla costituzione;
- Essendo però anche di lista piacerebbe ai partiti.
- Essendo proporzionale ma di collegio, creerebbe a seconda della dimensione del collegio delle soglie di accesso effettive fra il 13% (5 seggi) e il 22% (3 seggi) circa¹⁶.
- Favorirebbe discretamente le formazioni territorialmente forti.

Nelle condizioni attuali questo modello semplice, equo ed efficiente produrrebbe una Camera con due gruppi principali, probabilmente senza maggioranza assoluta, due gruppi minori con un vantaggio per chi beneficia di un elettorato più concentrato, ed altri incapaci di allearsi di cui nessuno otterrebbe più d'una manciata di deputati. Il sistema spingerebbe ad alleanze di lista, in teoria di collegio, ma in pratica, per ragioni di efficienza comunicativa, nazionali.

In seguito al verdetto referendario negativo serve anche una legge per eleggere i senatori direttamente. Preferibile al *Consultellum*, applicabile per inerzia parlamentare, sarebbe il ripristino dei collegi uninominali, preferibilmente a doppio turno, in sintonia con la Costituzione ("la base regionale" dell'art. 57) e con le esigenze politiche già menzionate. L'uninomiale favorirebbe la maggioranza assoluta di uno dei principali schieramenti nazionali; il partito di maggioranza assoluta al Senato indicherebbe la guida del governo. Non è la procedura elettorale differenziata fra Camera e Senato, ma il bicameralismo che rende l'approvazione delle leggi, nel bene e nel male, più difficile.

La prossima riforma costituzionale che sopprimerà senz'altro il bicameralismo perfetto, e forse il bicameralismo *tout court*, potrà scegliere per eleggere l'unica o la principale camera del futuro Parlamento fra i due modelli semplici ed efficienti.

¹⁴ In Italia il modello è stato discusso e promosso da studiosi e dai deputati della sinistra democratica fino alla prima legge elettorale proporzionale a suffragio universale maschile adottata nel 1919 (MS. PIRETTI, *La Giustizia dei numeri. Il proporzionalismo in Italia (1880-1923)*, Il Mulino, Bologna, 1990). La legge del 1919 (https://it.wikipedia.org/wiki/Legge_elettorale_italiana_del_1919; <http://storia.camera.it/legislature/sistema-proporzionale-1919-1921>) è stata un compromesso poco coerente, modificato dalla legge Acerbo del 1923 (*Legge 2444 del 18 novembre 1923*, cf. https://it.wikipedia.org/wiki/Legge_Acerbo) che per la prima volta della storia del proporzionale introduce un premio di maggioranza per il 66% dei seggi al "listone" che otteneva il 25% dei voti. Di giusto l'*Italicum* aveva quindi di sicuro il nome.

¹⁵ L. TRUCCO, *Democrazie elettorali e stato costituzionale*, Torino, 2011; T. RAUNIO, *Finland: One Hundred Years of Quietude*, in M. Gallagher & P. Mitchell ed., *The Politics of Electoral Systems*, Oxford University Press, 2005; per una critica con proposta di riforma del sistema elettorale Tedesco cf: V. VON PRITWITZ, *Hat Deutschland ein demokratisches Wahlgesetz?* 2011, <http://www.bpb.de/apuz/33522/hat-deutschland-ein-demokratisches-wahlssystem?p=all>.

¹⁶ Con la formula d'Hondt applicata in piccoli collegi da 3 o 5 seggi il doppio effetto di soglia di accesso e di vantaggio per le liste più votate sarebbe sensibile. La situazione estrema che si può presentare in un collegio da 3 seggi è l'ipotesi che la prima lista ottenga il 31% dei voti, la seconda il 30%, la terza il 15% e la quarta il 14% (mentre si suppone che il restante 10% vada a diverse liste minori); in quel caso la prima lista conquisterebbe 2 seggi, la seconda 1, le altre nessuno; alla terza lista basterebbe il 16% per espugnare il terzo seggio a danno della prima. Similmente in un collegio da 5 seggi, con le prime 4 liste al 40%, 25%, 13% e 12%, la prima conquisterebbe 3 seggi, la seconda e la terza ciascuna, le altre nessuno; alla seconda e alla quarta basterebbe una percentuale solo leggermente più alta per aggiudicarsi il quinto seggio a danno della prima lista.

Silvia Romboli*
La nuova stagione dei controlimiti:
il caso [Taricco](#) all'esame della Corte costituzionale**

SOMMARIO: 1. *Controlimiti e sovranità: premessa.* – 2. *Alcune applicazioni dei controlimiti da parte dei giudici comuni e la “quasi” applicazione degli stessi da parte della Corte costituzionale.* – 3. *L'applicazione dei controlimiti (o del limite dei principi supremi) in due casi non riguardanti l'UE (le norme del Concordato e l'immunità dalla giurisdizione civile nell'ipotesi di crimini di guerra).* – 4. *La mancata applicazione dei controlimiti nei confronti di sentenze della Corte di giustizia nei casi [Melloni \(Spagna\)](#) e [Fransson \(Svezia\)](#).* – 5. *Il “contatto ravvicinato” tra Giudici costituzionali e la Corte di giustizia e la previsione di modalità con cui prevenire i momenti di contrasto (tra cui quella di una valorizzazione dei controlimiti).* – 6. *Il “caso [Taricco](#)”: la sentenza della Corte di giustizia e le differenti risposte dei giudici nazionali. La proposizione della questione di legittimità costituzionale ed i principi fondamentali che si suppongono violati.* – 7. *La sentenza [Taricco](#) della Corte di giustizia nei commenti della dottrina.* – 8. *La questione di costituzionalità pendente davanti alla Corte costituzionale e le possibili soluzioni prospettate dalla dottrina.*

1. *Controlimiti e sovranità: premessa.*

Scopo della mia comunicazione è quello di segnalare la particolare attenzione che negli ultimi anni viene riservata allo strumento, da tempo noto, dei controlimiti, vale a dire il confine oltre il quale un ordinamento nazionale non può cedere la propria sovranità, dal momento che perderebbe i propri connotati e caratteri essenziali. Il limite è visto infatti nel rispetto dei principi fondamentali dello Stato (quali principi supremi dell'ordinamento) e nella tutela dei diritti fondamentali della persona umana.

Come scrive, di recente, Giuliano Amato¹ uno dei principali problemi che si pongono è quello di un possibile stridore fra l'Europa che difende la supremazia del suo diritto e l'Europa che protegge invece i nostri diritti, le quali esprimono esigenze entrambi apprezzabili, quali la superiore uniformità europea e la tutela dei diritti (“la *real Politik* della supremazia del diritto dell'unione europea o la garanzia dei diritti dei cittadini europei?”). Significativamente Amato conclude che “dobbiamo tutti capire che, oltre un certo limite, l'uniformità non possa andare ma, oltre un certo limite, le stesse diversità distruggono la nostra unità”².

Il ricorso ai controlimiti è stato frequentemente minacciato, ma come una sorta di “bomba atomica”, che tutti si augurano che non venga mai utilizzata.

Un caso molto recente, sul quale la Corte costituzionale italiana si pronuncerà tra pochi giorni, ha riportato di attualità il tema dei controlimiti e questa volta ha fatto riscontrar molti più consensi al suo utilizzo rispetto ad altre ipotesi. Mi riferisco al noto “caso [Taricco](#)”, alla ricostruzione del quale sono dedicate le mie osservazioni che seguono ad un inquadramento del tema.

Il collegamento del tema in questione alla limitazione della sovranità popolare è stato in questa occasione più volte ribadito, sia a livello dottrinario, sia a quello giurisprudenziale.

Nel primo senso è stato osservato come le ragioni profonde dei controlimiti stanno nel principio democratico e nella salvaguardia della sovranità popolare, concludendo che gli stessi esprimono non una forma di resistenza degli stati-persona ai processi di integrazione sovranazionale, ma “la rigorosa

* *Dottoranda presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Siviglia (Spagna) in co-tutela con il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di (Pisa) Italia – Borsista presso il Tribunale Costituzionale spagnolo (Madrid).*

** Lo scritto riproduce il testo della comunicazione presentata al Seminario Italo-spagnolo, III Convegno internazionale: «Sovranità e rappresentanza: il costituzionalismo nell'era della globalizzazione» (Catania 5-7 dicembre 2016).

¹ G. AMATO, *Corte costituzionale e Corti europee. Fra diversità nazionali e visione comune*, Bologna, 2015, 105 ss.

² G. AMATO, *op. cit.*, 109, il quale sostiene che dobbiamo ricercare quello che abbiamo in comune, anche se ancora non abbiamo interamente scoperto che cosa sia.

affermazione della sovranità popolare, perché nei sistemi democratici i cittadini hanno questo di caratteristico: che vorrebbero contare qualcosa nelle decisioni che toccano l'intera comunità politica"³.

A livello giurisprudenziale da segnalare le affermazioni contenute nell'ampia e motivata ordinanza con cui la terza sezione penale della Cassazione ha sollevato questione di costituzionalità relativamente alle "ricadute" della sentenza [Taricco](#) sull'ordinamento interno, sulla quale tornerò in seguito, dove si riprende la posizione dottrina sopra richiamata per ribadire che "i controlimiti rappresentano lo strumento costituzionale per esercitare, nelle forme e nei limiti della Costituzione, la sovranità popolare, che può essere limitata, ma non ceduta e le limitazioni non possono compromettere la dimensione dei principi fondamentali della Costituzione, alterando l'identità costituzionale dell'ordinamento nazionale"⁴.

2. Alcune applicazioni dei controlimiti da parte dei giudici comuni e la "quasi" applicazione degli stessi da parte della Corte costituzionale.

La creazione giurisprudenziale della teoria dei controlimiti è troppo nota per doverla ricordare, mentre credo possa essere di qualche utilità ricordare alcuni casi in cui è stato fatto richiamo ai controlimiti da parte di soggetti diversi dal Giudice costituzionale, facendo in qualche misura riferimento ai principi espressi in proposito dalla Corte costituzionale.

Un primo caso è quello concernente la disciplina della responsabilità civile del giudice, contenuta nella c.d. legge Vassalli (l. 117/1988), la quale stabiliva la responsabilità dello Stato (e del giudice) solo in caso di colpa grave e fissava altresì la esclusione di responsabilità per l'ipotesi di interpretazione delle norme o valutazione delle prove (c.d. clausola di salvaguardia).

La Corte di giustizia di Lussemburgo, attraverso una serie di pronunce⁵, aveva affermato la non conformità ai principi del diritto comunitario della normativa italiana, per la parte in cui limitava la responsabilità al caso di "colpa grave", così come intesa dalla consolidata giurisprudenza della Corte di cassazione, nonché in ragione della clausola di salvaguardia pur in presenza di una "manifesta violazione" del diritto comunitario.

Diversificate furono in proposito le risposte dei giudici nazionali rispetto alla giurisprudenza della Corte di giustizia e tra queste vi fu pure la posizione secondo cui le previsioni della l. 117/88 non potevano essere disapplicate in quanto espressione della indipendenza della magistratura, da ritenersi un principio fondamentale del nostro ordinamento costituzionale, tale da porsi come controlimite e da giustificare quindi la disobbedienza alla pronuncia della Corte di Lussemburgo⁶.

³ M. LUCIANI, *Il brusco risveglio. I controlimiti e la fine mancata della storia costituzionale*, in [Rivista AIC](#), 15 aprile 2016, n. 2, 7 ss.

⁴ Cass., sez. III pen, Pres. Grillo, Est. Riccardi, 8 luglio 2016, n. 28346.

⁵ Cfr. Corte giust. UE 19 novembre 1991, [cause riunite C-6/90 e C9/90, Francovich](#), 5 marzo 1996, [cause riunite C-46 e C-48/93, Brasserie du Pecheur](#), e 30 settembre 2003, [causa C-224/01, Köbler](#).

⁶ Il giudice faceva espressamente riferimento alle affermazioni con cui la Corte costituzionale aveva valorizzato la previsione, precisando che la garanzia costituzionale della indipendenza della magistratura è diretta a tutelare, *in primis*, l'autonomia di valutazione dei fatti e delle prove e l'imparziale interpretazione delle norme di diritto. La Corte, richiamando l'art. 2, 2° comma, l. n. 117 che escludeva espressamente che potesse dar luogo a responsabilità l'attività d'interpretazione di norme di diritto e quella di valutazione del fatto e delle prove, aveva infatti escluso l'illegittimità costituzionale della l. 117/1988 ([Corte cost. sentt. 19 gennaio 1989, n. 18](#), con note di E. FAZZALARI e A. BEVERE in *Giur. cost.*, 1989, 62 ss., e [22 ottobre 1990, n. 468](#)). Altri giudici, come noto, ritennero invece di proporre alla Corte di giustizia una questione pregiudiziale per riceverne la corretta interpretazione del diritto comunitario e, sostanzialmente, una presa di posizione sulla conformità ad esso della disciplina nazionale. La Corte di giustizia ritenne la disciplina non conforme al diritto comunitario (Corte giust. UE 13 giugno 2006, [causa C-170/03, Traghetti del Mediterraneo](#)), e successivamente sanzionò, in un procedimento di infrazione, il comportamento omissivo del legislatore italiano (Corte giust. UE 24 novembre 2011, [causa C-379/10, Commissione c. Governo Italia](#)), che ha poi finalmente risposto con l'approvazione della l. n. 18 del 2015.

In altra occasione la questione dei controlimiti giunse al giudizio della Corte costituzionale con riferimento alla possibilità della Corte di giustizia di limitare gli effetti delle proprie decisioni fino al punto di rendere inoperante le stesse anche con riguardo al giudizio nell'ambito del quale era stata proposta la pregiudiziale comunitaria.

La Corte costituzionale sostenne in quella occasione che l'art. 24 Cost. contiene certamente un principio fondamentale del nostro ordinamento ed affermò la propria competenza a verificare, attraverso il controllo di costituzionalità della legge di esecuzione, se una qualche norma del Trattato, così come essa è interpretata ed applicata dalle istituzioni e dagli organi comunitari, si ponga in contrasto con i principi fondamentali del nostro ordinamento costituzionale o non attenti ai diritti inalienabili della persona umana⁷.

Un ulteriore caso - assai dibattuto in dottrina, la quale si espresse principalmente in senso critico verso la decisione⁸ - è stato quello relativo alla pronuncia con cui il Consiglio di Stato⁹ fece valere i controlimiti quale "limite" all'obbligo di rinvio pregiudiziale ed alla disapplicazione del diritto nazionale.

Il giudice amministrativo infatti, a fronte della richiesta delle parti di disapplicare la disciplina nazionale in quanto contrastante con il diritto comunitario oppure di proporre una pregiudiziale alla Corte di giustizia, escluse la prima ipotesi e ritenne di non dover sollevare questione pregiudiziale, in quanto "non pertinente" e non rilevante per il caso da decidere.

La motivazione fu fondata sulla osservazione che la disciplina in discorso era il risultato di una sentenza additiva della Corte costituzionale - quindi a "rime obbligate" - che imponeva un determinato contenuto in attuazione del principio di tutela del diritto alla salute, per cui, quale che fosse stata la risposta di Lussemburgo, il giudice non avrebbe mai potuto disapplicare la normativa nazionale, dal momento che comunque la statuizione della Corte costituzionale avrebbe vincolato il giudice amministrativo all'applicazione della norma in questione, come modificata in funzione della tutela di un diritto fondamentale, il quale avrebbe pertanto operato come controlimite.

In una recentissima decisione il Consiglio di Stato¹⁰ ha posto un particolare problema in ordine all'obbligo, per i giudici di ultima istanza, di proporre, in caso di dubbio, la pregiudiziale interpretativa di fronte alla Corte di giustizia.

Come noto, a seguito della giurisprudenza [Cilfit](#), la Corte di Lussemburgo ha previsto alcune specifiche ipotesi nelle quali tale obbligo non sussiste.

Il Consiglio di Stato ha rilevato di dover fare applicazione di una disciplina nazionale in tema di requisiti richiesti per l'esercizio e la raccolta non a distanza di giochi pubblici, la quale il giudice stesso aveva già provveduto a sottoporre al giudizio di costituzionalità della Corte costituzionale, che aveva dichiarato infondata la questione¹¹.

Il giudice amministrativo, anche con riguardo alla eventuale responsabilità dello Stato per mancato esercizio della pregiudiziale da parte di giudice di ultima istanza, pone alla Corte di giustizia la questione relativa alla possibilità di interpretare l'art. 267, par. 3, TFUE, nel senso che non sussiste l'obbligo incondizionato del giudice di ultima istanza di rinvio pregiudiziale di una questione di interpretazione del diritto europeo qualora, nel corso del medesimo giudizio, la Corte costituzionale abbia valutato la legittimità costituzionale della disciplina nazionale, nella sostanza, utilizzando gli stessi parametri normativi di cui si chiede l'interpretazione alla Corte di giustizia, ancorché formalmente diversi perché contenuti in norme della Costituzione e non nei Trattati europei.

⁷ [Corte cost. 21 aprile 1989, n. 232](#) (con nota di M. CARTABIA in *Giur. cost.*, 1989, 1001), che concluse la questione con una pronuncia processuale di inammissibilità per irrilevanza.

⁸ Cfr., per tutti, A. RUGGERI, *Le pronunzie della Corte costituzionale come "controlimiti" alle cessioni di sovranità a favore dell'ordinamento comunitario*, in *Itinerari di una ricerca sul sistema delle fonti*, IX, *Studi dell'anno 2005*, Torino, 2006, 397; F. DAL CANTO, *Il Consiglio di stato tra normativa comunitaria, controlimiti e giudicato costituzionale*, in *Giur. it.*, 2007, 587 ss.

⁹ Cons. Stato, sez. V, 8 agosto 2005, n. 4207, *Foro it.*, 2008, III, 188.

¹⁰ Cons. Stato, sez. IV, ord. 1° giugno 2016, n. 2334.

¹¹ [Corte cost. 31 marzo 2015, n. 56](#), con nota di R. CHIEPPA in *Giur. cost.*, 2015, 488.

3. *L'applicazione dei controlimiti o del limite dei principi supremi in due casi non riguardanti l'UE le norme del Concordato e l'immunità dalla giurisdizione civile nell'ipotesi di crimini di guerra.*

La nozione dei controlimiti, riferita ai rapporti tra l'ordinamento nazionale e quello dell'Unione europea, richiama con evidenza il tema più generale – cui si fa riferimento da parte di molti commentatori del “caso [Taricco](#)” – dei principi supremi dell'ordinamento costituzionale nazionale, i quali rappresentano un limite, implicito, anche per il procedimento di revisione costituzionale nella logica di un potere costituito che deve necessariamente muoversi nei limiti fissati dal potere costituente¹².

Il rispetto dei suddetti limiti almeno in due diverse occasioni, non relative ai rapporti con la UE, ha fatto concludere la Corte costituzionale nel senso del divieto di ingresso nel nostro ordinamento di discipline non rispettose di quei principi supremi.

Il primo caso, più risalente, riguarda l'affermazione secondo cui le norme del concordato immesse nell'ordinamento statale non si sottraggono, nonostante la previsione dell'art. 7 Cost., al sindacato di costituzionalità per quanto attiene alla loro conformità ai principi supremi, tra i quali la Corte costituzionale ha ritenuto dover comprendere il diritto alla tutela giurisdizionale, intimamente connesso con il principio democratico, il quale richiede che sia assicurato a tutti e sempre, per qualsiasi controversia un giudice ed un giudizio¹³.

Il secondo caso appartiene invece a pieno diritto al momento attuale che parrebbe caratterizzato da quella che è stata definita “una nuova fiammata per la teoria dei controlimiti”¹⁴. La vicenda è quella relativa ai giudizi intentati verso la Repubblica federale di Germania per vederla condannata al risarcimento dei danni patiti nel corso della seconda guerra mondiale da tre cittadini italiani catturati da forze militari tedesche e deportati in Germania, rispetto ai quali è stata fatta valere la immunità dalla giurisdizione civile degli stati per atti ritenuti *iure imperii*, secondo quanto sostenuto dalla Corte internazionale di giustizia nella [sentenza 3 febbraio 2012](#).

La Corte costituzionale ha ritenuto sussistere in materia la propria esclusiva competenza in considerazione del sistema accentrato di controllo di costituzionalità in ordine alla presenza di limiti – “controlimiti” per le norme dell'Unione europea – all'ingresso di norme internazionali generalmente riconosciute qualora le stesse si pongano in contrasto con i principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale ed i diritti inalienabili della persona umana¹⁵.

¹² Cfr. la storica [sent. 29 dicembre 1988, n. 1146](#) della Corte costituzionale. In dottrina v., di recente, C. PINELLI, *L'individuazione dei parametri costituzionali ed il controllo sulla non manifesta infondatezza della questione*, in *Dir. pen. contemporaneo*, 2016, 10 ss., secondo cui saggiamente la Corte costituzionale ha evitato di individuare puntualmente i singoli principi supremi, creando però per il giudice una situazione di incertezza allorché ritiene di far riferimento ad essi quale parametro per proporre una questione di legittimità costituzionale.

¹³ [Corte cost. 2 febbraio 1982, n. 18](#) (con nota di R. NANIA in *Giur. cost.*, 1982, I, 138), che ha dichiarato la incostituzionalità delle disposizioni che non prevedevano che alla corte d'appello, all'atto di rendere esecutiva la sentenza del tribunale ecclesiastico che pronuncia la nullità del matrimonio, spettasse di accertare che nel procedimento dinanzi ai tribunali ecclesiastici fosse stato assicurato alle parti il diritto di agire e resistere in giudizio a difesa dei propri diritti e che la sentenza medesima non contenesse disposizioni contrarie all'ordine pubblico italiano.

¹⁴ R. CALVANO, *La Corte costituzionale e i “controlimiti”*, in [Federalismi.it](#), 29 febbraio 2016, 4. A giudizio di M. LUCIANI, *Il brusco risveglio* cit., il successo attuale dei controlimiti si lega alle gravi difficoltà del processo di integrazione europea e opera come segnale di un più ridotto confine cui può giungere un processo di integrazione di tratto essenzialmente economico-finanziario.

¹⁵ È stato rilevato il mutamento di funzione che assumerebbe il riferimento ai “controlimiti”, i quali non avrebbero la funzione di parametro per giudicare la norma interna che introduce una disposizione in contrasto con i principi fondamentali, ma varrebbero a ritenere una norma consuetudinaria non tanto illegittima, quanto inesistente (M. BRANCA, *Il punto sui “controlimiti”*, in *Giur. cost.*, 2014, 3900) e, a giudizio di altri, si assisterebbe ad una eterogenesi dei fini circa l'uso dei controlimiti come strumento utilizzato contro la sovranità statale e non come difesa della stessa (M. LUCIANI, *I controlimiti e l'eterogenesi dei fini*, in [Questione giustizia](#), 2015, 1, 84 ss.)(. P. VERONESI, *Stati alla sbarra? Dopo la sentenza costituzionale n. 238/2014*, in *Quaderni cost.*, 2016, 485 ss., si chiede perché il filtro fatto valere dalla Corte costituzionale con riguardo alla norma convenzionale non potrebbe valere pure per le norme dell'Unione europea,

La Corte ha quindi concluso che la norma convenzionale in questione veniva a porsi in violazione del diritto di difesa per la tutela dei diritti fondamentali della persona, posto a presidio della inviolabilità degli stessi, tra i quali spicca il rispetto della dignità umana ed è giunta quindi a dichiarare incostituzionale l'obbligo per il giudice italiano di adeguarsi alla sentenza 3 febbraio 2012 della Cig che gli imporrebbe di negare la propria giurisdizione in riferimento ad atti di uno stato straniero che consistano in crimini di guerra e contro l'umanità, lesivi di diritti inviolabili della persona¹⁶.

4. *La mancata applicazione dei controlimiti nei confronti di sentenze della Corte di giustizia nei casi [Melloni \(Spagna\)](#) e [Fransson \(Svezia\)](#).*

Con specifico riferimento all'applicazione dei controlimiti nel suo proprio ambito, vale a dire in quello dei rapporti con il diritto dell'Unione europea direttamente applicabile negli Stati nazionali, due sono i casi più recenti da segnalare relativamente ad ordinamenti nazionali diversi da quello italiano.

Il primo concerne la Spagna ed il noto caso relativo all'imputato [Stefano Melloni](#), il quale aveva proposto al *Tribunal Constitucional* (TC) un ricorso in *amparo*, ritenendo leso il proprio diritto di difesa in quanto la decisione di estradarlo era stata presa dal giudice italiano in contumacia.

Il ricorrente si richiamava alla giurisprudenza spagnola consolidata nel senso di negare in tali ipotesi l'extradizione. Il TC decise quindi di proporre un rinvio pregiudiziale alla Corte di Lussemburgo, ponendo nella sostanza il possibile contrasto della disciplina sul mandato di arresto europeo con un principio fondamentale quale quello del diritto di difesa¹⁷.

Pare il caso di sottolineare come si trattava della "prima volta" per il TC di utilizzo del rinvio pregiudiziale, motivato con la necessità di chiarire quale fosse il contenuto, opponibile alle autorità di altri Paesi, del diritto di difesa, dal momento che, ai sensi dell'art. 10, 2° comma, CE, i diritti fondamentali si interpretano in conformità con i trattati internazionali. Per questo diveniva essenziale conoscere l'interpretazione corretta del diritto eurounitario, come integrativo del diritto fondamentale di difesa.

La Corte di Lussemburgo¹⁸ ha sostenuto l'impossibilità degli Stati membri di introdurre ulteriori e diverse condizioni alla disciplina del mandato di arresto europeo, impedendo l'applicazione di un atto che si propone di agevolare la cooperazione giudiziaria tutelando il diritto di difesa. La Corte ha escluso la violazione del diritto di difesa dell'imputato, in quanto lo stesso era stato regolarmente avvertito della pendenza del processo e non aveva quindi volontariamente partecipato al medesimo.

La Corte di giustizia finisce pertanto per far prevalere l'esigenza di una uniforme interpretazione del diritto dell'Unione europea rispetto alla tutela del diritto fondamentale di difesa¹⁹, mentre il TC non ha fatto valere, come forse avrebbe potuto e qualcuno aveva ventilato, i controlimiti, ma ha ritenuto più opportuno adeguarsi alla interpretazione fornita dalla Corte di giustizia e mutare la propria interpretazione dell'art. 24 CE²⁰.

le quali invece entrano nel nostro ordinamento in maniera automatica e conservano efficacia fintanto che le stesse non vengano dichiarate contrarie ai principi supremi dell'ordinamento costituzionale.

¹⁶ [Corte cost. 22 ottobre 2014, n. 238](#), con note di B. CONFORTI, C. PINELLI, M. BRANCA, R. CAPONI e F. RIMOLI, in *Giur. cost.*, 2014, 3855 e ss.

¹⁷ Auto del *Tribunal Constitucional* n. 86 del 9 giugno 2011.

¹⁸ [Corte di giust. UE, sent. 26 febbraio 2013, Melloni, causa C-399/11](#), in [Processo penale e giustizia](#), 2013, fasc. 4, 47, con nota di M. D'AIUTO.

¹⁹ Si vedano in proposito le osservazioni di M. IACOMETTI, *Il caso Melloni e l'interpretazione dell'art. 53 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea tra Corte di giustizia e Tribunale costituzionale spagnolo*, in *Riv. AIC, Osservatorio*, ottobre 2013 e, in senso critico, di A. RUGGERI, *La Corte di giustizia e il bilanciamento mancato (a margine della sentenza Melloni)*, in *"Itinerari"* cit., Torino, 2013, XVII, 87, 91.

²⁰ Sentenza del *Tribunal Constitucional* n. 26 del 13 febbraio 2014.

La seconda vicenda ci avvicina ancora di più al “caso [Taricco](#)” e riguarda invece il caso [Fransson](#)²¹ e l’applicabilità del principio “*ne bis in idem*” agli illeciti fiscali ed a proposito di una controversia ritenuta dalla Calvano²² *ictu oculi* totalmente rientrante nel diritto interno, dal momento che non riguardava l’applicazione di norme attuative del diritto eurounitario.

La Corte di giustizia, nel mentre ha escluso la sussistenza della violazione del principio di *ne bis in idem* - trattandosi di un giudizio amministrativo e quindi non di una ripetizione del giudizio penale già svolto - ha riconosciuto una estensione della sua giurisdizione. Pur riaffermando infatti che quest’ultima vale solo per il rispetto dei diritti fondamentali relativamente al diritto interno, che rientra nell’ambito della sfera dell’attuazione ed applicazione del diritto eurounitario, ha finito poi per estendere tale ambito alla materia della sanzione delle frodi fiscali.

Come esattamente rilevato²³, nel caso di specie la violazione del principio del *ne bis in idem* nella legislazione svedese avrebbe dovuto condurre la Corte di giustizia a negare la propria giurisdizione, trovandosi la materia all’esterno dei confini delle competenze dell’Unione europea, mentre al contrario la materia è stata attratta a livello sopranazionale in ragione del possibile impatto finanziario sul bilancio dell’Unione europea ed in ragione di un gettito ridotto a seguito di una disciplina nazionale inadeguata.

5. *Il “contatto ravvicinato” tra Giudici costituzionali e la Corte di giustizia e la previsione di modalità con cui prevenire i momenti di contrasto (tra cui quella di una valorizzazione dei controlimiti).*

Una caratteristica senza dubbio rilevante degli ultimi anni in ordine alla relazione che si è venuta instaurando tra i giudici costituzionali nazionali e la Corte di giustizia dell’Unione europea è rappresentata dal fatto che diversi ed importanti Corti costituzionali abbiano deciso “per la prima volta” di ricorrere alla Corte di Lussemburgo attraverso la questione pregiudiziale²⁴.

Come è stato rilevato²⁵ - a parte il timore di poter, prima o poi, ricevere una condanna per non aver sollevato, quale giudice di ultima istanza, la pregiudiziale eurounitaria – pare aver esercitato una spinta non indifferente in tal senso il riconoscimento della forza normativa pari a quella del Trattato, alla Carta dei diritti dell’Unione europea. Ciò infatti ha fatto emergere come il bilanciamento tra diritti fondamentali e libertà economiche fosse ormai destinato a divenire un bilanciamento a tutto tondo, dal quale il Giudice costituzionale non poteva continuare ad essere escluso, pena il totale isolamento ed il continuo scavalco da parte del raccordo tra giudici comuni e Corte di giustizia che avrebbe potuto ridurre la giustizia costituzionale nazionale ad una sorta di primo grado o di giustizia regionale.

Di conseguenza il contatto ravvicinato non poteva che aumentare la possibilità di divergenze su specifiche questioni o casi, quale conseguenza anche delle differenti normative di riferimento o delle diverse sensibilità costituzionali.

²¹ [Corte di giust. UE, sent. 26 febbraio 2013, Akerberg Fransson, causa C-617/10](#). Sulla complessiva problematica, cfr. P. COSTANZO, *Le principe “non bis in idem”: concurrence ou complémentarité entre la Cour européenne des droits de l’homme et la Cour de Justice de l’Union Européenne?* (19.06.15), nonché P. COSTANZO e L. TRUCCO, *Il principio del “ne bis in idem” nello spazio giuridico nazionale ed europeo* (21.12.15), in questa *Rivista*, 2015, rispettivamente, 554 e 851.

²² R. CALVANO, *Un caso di frode fiscale, occasione per riflessioni di rilievo costituzionale nel rapporto tra diritto Ue e diritto interno e Cedu*, in *Giur. cost.*, 2013, 3615.

²³ R. CALVANO, *La Corte costituzionale ed i “controlimiti”* cit., 5, la quale rileva come “mentre l’ambito di applicazione del diritto UE si estendeva, la tutela del diritto fondamentale richiesta al giudice è sembrata indebolirsi”.

²⁴ Lo hanno fatto il Tribunale costituzionale spagnolo nel 2011, il *Conseil constitutionnel* francese nel 2013, la Corte costituzionale italiana, nell’ambito di un giudizio di costituzionalità delle leggi in via incidentale, nello stesso anno ed il Tribunale costituzionale tedesco nel 2014.

²⁵ In proposito si vedano le osservazioni di R. ROMBOLI, *Corte di giustizia e giudici nazionali: il rinvio pregiudiziale come strumento di dialogo*, in A. CIANCIO (cur.), *Nuove strategie per lo sviluppo democratico e l’integrazione politica in Europa*, Roma, 2014, 431 ss.

In considerazione di ciò il tema maggiormente trattato negli ultimi anni è quello delle modalità attraverso le quali prevenire oppure ridurre i momenti di contrasto al fine di armonizzare i risultati delle differenti giurisprudenze (nazionali, della Corte di giustizia e della Corte EDU).

In questo senso, limitandomi solo ad una loro mera elencazione, sono stati indicati diversi strumenti di composizione dei conflitti:

- il margine di apprezzamento, allo scopo di potersi discostare dalla giurisprudenza di Strasburgo, con la tecnica di distinguere il caso deciso da quello nazionale oppure, anche quando addirittura il caso è lo stesso, far valere le particolarità del giudizio davanti alla Corte europea rispetto a quello davanti al giudice costituzionale nazionale (una visione sistemica rispetto ad una invece casistica e quindi frazionata);
- il criterio della tutela più intensa della nostra Costituzione rispetto a quella offerta dalla CEDU o dalla Carta dei diritti dell'UE;
- il criterio della valutazione “sostanziale” della giurisprudenza europea;
- la distinzione, di recente introdotta dalla Corte costituzionale²⁶, tra una giurisprudenza consolidata e non, della Corte europea dei diritti dell'uomo.

Nella stessa ottica si è parlato, da ultimo, di atti di “disobbedienza istituzionale” ad indicare le ipotesi di una contrapposizione con la giurisprudenza europea oppure di conflitti creati non tanto come espressione di un atteggiamento di chiusura, bensì ispirati ad una logica di dialogo²⁷.

Si decide di discostarsi ad esempio dalla giurisprudenza della Corte Edu con argomenti che vorrebbero indurre la Corte ad un ripensamento, evidenziando una lettura non corretta del dato normativo interno o la difficoltà di trapiantare una determinata giurisprudenza nell'ordinamento giuridico nazionale.

Tra gli strumenti sopra citati, viene, con sempre maggiore insistenza, inserito anche quello di una valorizzazione dei controlli, nei riguardi delle interpretazioni della Corte UE alle quali è attribuita, come noto, l'efficacia di fonte del diritto. Questo ci conduce, come anticipato, alla segnalazione delle caratteristiche del “caso [Taricco](#)” e dei problemi che esso ha finora evidenziato.

6. Il “caso Taricco”: la sentenza della Corte di giustizia e le differenti risposte dei giudici nazionali. La proposizione della questione di legittimità costituzionale ed i principi fondamentali che si suppongono violati.

Il “caso Taricco” prende avvio da una questione pregiudiziale rivolta da un giudice italiano alla Corte di giustizia nell'ambito di un procedimento penale per costituzione ed organizzazione di associazione a scopo di commettere più delitti in materia di Iva, con conseguente lesione degli interessi finanziari della Unione europea²⁸.

In particolare oggetto della richiesta pregiudiziale è la conformità al diritto eurounitario della disciplina nazionale della prescrizione, per la parte in cui stabilisce che in nessun caso l'interruzione

²⁶ In tal senso [Corte cost. 26 marzo 2015, n. 49](#), con note di G. REPETTO e V. MONGILLO in *Giur. cost.*, 2015, 391. La questione riguardava la disciplina della confisca urbanistica in caso di lottizzazione abusiva accertata in procedimento chiuso con assoluzione per prescrizione, in ordine alla quale la giurisprudenza consolidata della Corte di cassazione era nel senso che la confisca potesse essere disposta anche in presenza di causa estintiva del reato, purché fosse stata accertata la sussistenza di una lottizzazione abusiva sotto il profilo oggettivo e soggettivo. La Corte di Strasburgo sent. 29 ottobre 2013, [Varvara c. Italia](#), con nota di A. BALSAMO in *Cass. pen.*, 2014, 1392, ha rilevato nella fattispecie una violazione dell'art. 7 CEDU, per il caso in cui la confisca sia ordinata dal giudice penale con la sentenza di proscioglimento per estinzione del reato dovuta a prescrizione. La Corte costituzionale, ribadendo la natura sub costituzionale della CEDU e quindi la superiorità della Costituzione, ha affermato che il giudice nazionale non può essere considerato un passivo recettore della giurisprudenza europea, bensì un soggetto del dialogo che con essa si viene ad instaurare. Di conseguenza ciò che si impone è solo un “diritto consolidato” oppure l'ipotesi di sentenze-pilota, mentre nessun obbligo deriva al giudice nazionale da pronunce che non esprimono un orientamento consolidato.

²⁷ Cfr. G. MARTINICO, *Corti costituzionali (o supreme) e “disobbedienza funzionale”*, in [Dir. pen. contemporaneo](#), 2015.

²⁸ Tribunale di Cuneo, ord. 17 gennaio 2014.

della prescrizione può comportare l'aumento di più di un quarto del tempo necessario a prescrivere, determinando l'effetto pratico per cui l'impunità per prescrizione diviene pressoché la regola.

Il giudice italiano faceva notare che, qualora fosse possibile disapplicare la suddetta disciplina, verrebbe più efficacemente tutelata la finalità sottesa al Diritto dell'Unione ed espressa dall'art. 325 TFUE, secondo cui "gli Stati combattono contro la frode e le altre attività illegali che ledono gli interessi finanziari dell'Unione mediante misure adottate a norma del presente articolo, che siano dissuasive e tali da permettere una protezione efficace negli stati membri".

La Corte di giustizia ha ribadito la propria competenza in materia di sanzioni delle frodi fiscali²⁹ ed ha risposto che, se è vero che gli Stati hanno libertà di scelta delle sanzioni applicabili, tuttavia gli stessi debbono assicurarsi che in casi di frode grave ci siano sanzioni penali effettive ed a carattere dissuasivo, avanzando altresì l'ipotesi di una illegittimità, secondo la logica propria del *tertium comparationis*, allorché tali misure siano meno efficaci di quelle che gli Stati adottano per combattere casi di frode di pari gravità che ledono gli interessi finanziari nazionali.

La Corte di Lussemburgo rileva quindi che, se il giudice nazionale giungesse alla conclusione che le disposizioni nazionali non soddisfano gli obblighi dell'UE relativi al carattere effettivo e dissuasivo delle pene, esso sarebbe tenuto a garantire la piena efficacia del diritto dell'UE, disapplicando tali disposizioni.

In conclusione la Corte sostiene che qualora la disciplina nazionale del prolungamento del termine di prescrizione sia tale da impedire di infliggere sanzioni effettive e dissuasive in un numero considerevole di casi di frode grave che ledono gli interessi finanziari dell'Unione europea, il giudice nazionale sarebbe tenuto a dare efficacia all'art. 325 TFUE disapplicando, all'occorrenza, le disposizioni nazionali che abbiano per effetto di impedire allo stato membro interessato di rispettare gli obblighi impostagli dalla suddetta disposizione. La verifica della sussistenza delle circostanze sulla base delle quali procedere alla disapplicazione è affidata al giudice³⁰.

Le risposte dei giudici italiani sono state immediate ed assai diversificate.

In una prima pronuncia la Corte di cassazione ha ritenuto di dover disapplicare la norma in questione, richiamando la sentenza del Giudice europeo e ritenendo presenti le condizioni ivi indicate per la sussistenza dell'obbligo di disapplicare.

La Cassazione ha ritenuto altresì che non vi fossero le condizioni per sollevare una questione di costituzionalità, dal momento che "è evidente la mancanza di controlimiti e di dubbi ragionevoli sulla compatibilità degli effetti della imposta disapplicazione con le norme costituzionali italiane" e non si ponesse "nessun dubbio di illegittimità costituzionale", in quanto la sentenza della Corte di giustizia non incideva sulla disciplina ed i termini della prescrizione, ma sulla durata massima della interruzione e pacificamente le disposizioni *de quibus* non sarebbero dotate di copertura costituzionale ai sensi dell'art. 25, 2° comma, Cost.³¹

Al contrario la Corte d'appello di Milano ha ritenuto di dover sollevare questione di costituzionalità della norma che ha introdotto in Italia il Trattato, nella parte in cui impone di applicare la interpretazione della normativa italiana indicata dalla sentenza [Taricco](#) e la conseguente disapplicazione, anche quando da ciò discendano effetti sfavorevoli per l'imputato, in riferimento all'art. 25, 2° comma, Cost.

Il giudice milanese ha richiamato espressamente in proposito la presenza di controlimiti, individuati nella suddetta disposizione costituzionale, in applicazione della giurisprudenza

²⁹ Cfr. [sent. Fransson](#) cit.

³⁰ [Corte giust. UE 8 settembre 2015, Taricco](#), che si è pure posta il problema relativo alla supposta violazione dei diritti fondamentali degli interessati, specie con riguardo al principio di legalità e di irretroattività delle norme penali incriminatrici (art. 49 della Carta dei diritti fondamentali della UE), risolvendolo in senso negativo, nella considerazione che la disapplicazione della normativa nazionale avrebbe solo l'effetto di non abbreviare il termine di prescrizione.

³¹ Cass. 17 settembre 2015, Pennacchini, secondo la quale, a seguito della disapplicazione, si avrebbe l'effetto di reviviscenza della precedente disciplina, ma solo l'applicazione alla grave frode del termine massimo previsto per i reati di cui all'art. 51-bis c.p.p. ed inoltre essa non inciderebbe sulle ipotesi di prescrizione già dichiarata, ma solo sui reati non ancora estinti al momento della sentenza [Taricco](#) ed il termine ricomincerebbe da capo a decorrere dopo ogni atto interruttivo.

costituzionale secondo la quale le norme sulla prescrizione sono qualificabili come norme di diritto sostanziale, che nel caso di specie verrebbero modificate *in malam partem*³².

In altra occasione la Corte di cassazione ha invece ritenuto, nella specie, non applicabili i principi indicati nella sentenza [Taricco](#), in quanto non si sarebbe trattato di reato “grave” ed il reato sarebbe già stato dichiarato prescritto. Ciò nella considerazione che la sentenza [Taricco](#) deve valere solo per fatti non ancora prescritti alla data di pubblicazione della stessa (3 settembre 2015). La questione di legittimità costituzionale è stata, di conseguenza, giudicata non rilevante per il giudizio in corso³³.

Da ultimo il tema è stato nuovamente esaminato dalla Corte di cassazione, la quale ha pure sollevato la questione di costituzionalità di fronte alla Corte costituzionale attraverso un’ampia ed articolata ordinanza di rimessione³⁴, che vale quindi la pena di ripercorrere nei suoi tratti essenziali.

Innanzitutto alcuni rilievi che possono essere considerati di natura più generale.

Il primo secondo cui la sentenza [Taricco](#) travalica i limiti della competenza riconosciuta dal Trattato alle istituzioni dell’Unione, rinvenendo la base legale nell’art. 325 TFUE, che non è norma penale, bensì norma sulla produzione delle leggi, la quale pone a carico degli Stati un obbligo di risultato preciso. In tal modo l’art. 325 finirebbe per attribuire una competenza penale diretta all’Unione, fuori dai limiti istituzionali del Trattato.

Un altro consiste nella affermazione in base alla quale, in ragione della indeterminatezza dei suoi contenuti (al cui proposito tornerò tra un momento), l’obbligo di disapplicazione dovrebbe, solo per questo, essere ritenuto inapplicabile da parte dei giudici nazionali.

Ancora di natura generale l’esplicito richiamo fatto dalla Cassazione allo strumento dei controlimiti venendo in considerazione la violazione di diritti fondamentali e specificando come ciò non significhi affatto dar vita a scontri o guerre tra corti, ma solamente procedere ad una legittima *actio finium regundorum*.

Diversi sono poi i principi costituzionali fondamentali che si ritengono violati dalla interpretazione suggerita dalla sentenza [Taricco](#) ed in specifico:

a) il principio di irretroattività della legge penale *in malam partem*, sulla premessa, condivisa dalla giurisprudenza costituzionale, della natura sostanziale e non meramente processuale dell’istituto della prescrizione.

b) La riserva di legge contenuta nell’art. 25, 2° comma, Cost., intesa come riserva di legge in senso formale e non di “riserva di diritto”. Viene infatti sottolineato come solo il procedimento legislativo è lo strumento adeguato a salvaguardare il bene della libertà personale, compreso dallo strumento penale, tutelando i diritti delle minoranze e consentendo un controllo delle scelte della maggioranza; ragion per cui in questo caso non vi può essere parificazione tra il diritto giurisprudenziale ed il diritto politico. La Corte di giustizia, deputata ad uniformare l’interpretazione del diritto dell’Unione, è organo giurisdizionale privo di legittimazione politica e non può quindi esprimere scelte di criminalizzazione nell’ordinamento nazionale. In caso contrario assisteremo ad una mutazione genetica tra riserva di legge e riserva di diritto, con dissolvimento del monopolio legislativo in diritto penale.

c) Il principio di tassatività della norma penale. L’art. 325 TFUE non sarebbe regola suscettibile di applicazione giudiziale automatica, venendosi quindi ad operare una inversione della norma: obbligo di disapplicazione sulla base del caso concreto, anziché interpretazione della norma astratta e poi sussunzione ad essa del fatto. L’assoluta carenza di tassatività della norma – carattere effettivo e dissuasivo della norma, casi gravi, “numero considerevole dei casi” - pone a carico del giudice una valutazione fisiologicamente riservata al legislatore.

d) Il principio di separazione dei poteri e di soggezione del giudice soltanto alla legge, derivante non tanto dal fatto che l’obbligo per il giudice deriva da una fonte sovranazionale, quanto dal contenuto della disciplina che assegna al giudice valutazioni di natura politico-criminale.

³² App. Milano, ord. 18 settembre 2015.

³³ Cass. 25 gennaio 2016, n. 7914, Tormenti.

³⁴ Cass., ord. 30 marzo 2016-8 luglio 2016, Cestari.

e) Il diritto di difesa dell'imputato che potrebbe subire limitazioni dal sostanziale "cambiamento delle regole in corsa".

f) Il principio della finalità rieducativa della pena (art. 27 Cost.), in quanto la pena non tenderebbe alla rieducazione del condannato, ma diverrebbe solo strumento di tutela degli interessi finanziari dell'Unione europea.

7. La sentenza *Taricco* della Corte di giustizia nei commenti della dottrina.

La dottrina³⁵ che si è occupata della sentenza "Taricco" ha espresso, a grande maggioranza, preoccupazione per le conseguenze cui potrebbe condurre una simile giurisprudenza, specie se confermata in futuro dalla Corte di giustizia.

In tal senso si è parlato di una decisione con "tratti di assoluta eccezionalità" per come costruisce gli obblighi penali dello Stato e per gli obblighi che va ad addossare ai giudici³⁶; di "una brutta sentenza", "in palese contrasto con i principi supremi del nostro ordinamento costituzionale", principi di civiltà giuridica che strutturano la identità del nostro ordinamento³⁷; di una sentenza caratterizzata da "distruttività creativa", con una accelerazione talmente brusca che pone le basi per un viaggio senza ritorno e che, più che porre in discussione i controlimiti, supera l'idea stessa di costituzione nazionale come limite al diritto penale, travolgendone tutti gli assiomi³⁸; di pronuncia che "sovverte incautamente mezzo secolo di giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea"³⁹; di una vicenda parificabile ad "una tempesta perfetta", vicenda di enorme portata, impensabile prima che si realizzasse e che si è potuta realizzare solo perché si sono avverate una serie di condizioni⁴⁰.

Non è comunque mancato chi ha espressamente negato che la supposta violazione dell'art. 25, 2° comma, Cost. possa essere considerata un controlimite, avendo comunque la Corte di giustizia un ruolo più avvicinabile a quello del legislatore che non a quello di un giudice⁴¹.

In maniera più particolare la dottrina ha segnalato, in senso negativo, come un obbligo degli Stati declinato in termini marcatamente finalistici, quindi non autoapplicativi, venga trasformato nel dovere per il giudice di disapplicare una normativa nazionale ritenuta in contrasto con tale obbligo⁴².

Questo viene ad incidere sul rapporto tra diritto politico e diritto giurisprudenziale, nel senso del riconoscimento al secondo di una funzione che non le è propria e che travalica i limiti della giurisdizione⁴³, dal momento che, in casi del genere, sarebbe stato da aspettarsi che venisse chiesto,

³⁵ Oltre agli Autori citati nelle note successive, si vedano L. EUSEBI, in *Dir. pen. contemporaneo*, 2015, A. VALLINI, in *Criminalia*, 2015, M. GRISINI, in *Guida al dir.*, 2015, fasc. 40, 94, F. CERIONI, in *Corriere trib.*, 2015, 4233, O. MAZZA, in *Rass. trib.*, 2015, 1537, M. PROIETTI, in *Bollettino trib.*, 2015, 1662, L. CHIARAVIGLIO, in *Riv. dott. commercialisti*, 2015, 678, F. ROSSI, in *Dir. pen. e proc.*, 2015, 1562 e 2016, 373, A. CIAMPI, in *Int'l Lis*, 2015, 113, A. FRANCESCHINI, in *Gazzetta forense*, 2016, 389, E.M. AMBROSETTI, in *Processo penale e giustizia*, 2016, fasc. 1, 34, A. ALBANO, in *Riv. dir. trib.*, 2016, IV, 31, G. ROMEO, in *Riv. neldiritto*, 2016, 461, A. FRANCO, in *Rass. trib.*, 2016, 779.

³⁶ G. REPETTO, *La Cassazione sul caso Taricco, tra disapplicazione con effetti retroattivi in malam partem e mancata attivazione dei controlimiti*, in *Rivista AIC*, 15 maggio 2016, 2

³⁷ M. LUCIANI, *Il brusco risveglio* cit.

³⁸ V. MANES, *La "svolta" Taricco e la potenziale "sovversione di sistema": le ragioni dei controlimiti*, in *Dir. pen. contemporaneo*, 2016

³⁹ R. BIN, *Taricco, una sentenza sbagliata: come venirne fuori?*, in *Dir. pen. contemporaneo*, 2016.

⁴⁰ C. SOTIS, *Il limite come contro limite*, in *Dir. pen. contemporaneo*, 2016.

⁴¹ F. VIGANÒ, *Il caso Taricco davanti alla Corte costituzionale: qualche riflessione sul merito delle questioni, e sulla reale posta in gioco*, in *Dir. pen. contemporaneo*, 2016, il quale rileva come in ogni caso il diritto europeo ha gli anticorpi per tutelare, meglio che il diritto nazionale, i diritti fondamentali dell'individuo, per cui, se lo scopo è quello di difendere i diritti fondamentali, la strada obbligata è quella di difenderli insieme in Europa e non contro l'Europa.

⁴² G. REPETTO, *La Cassazione sul caso Taricco* cit.

In senso contrario v. F. VIGANÒ, *Il caso Taricco davanti alla Corte* cit., il quale rileva come nozioni simili a quella di "frodi gravi" ne esistono diverse altre nella legislazione penale, mentre per quella di "numero rilevante di casi", qualora il giudice non riterrà raggiunta la prova, basterà applicare le relative norme, senza scomodare i controlimiti.

⁴³ Sul tema, di recente, A. CARDONE, F. DONATI, M.C. GRISOLIA, G. TARLI BARBIERI (curr.), *Il rapporto tra giudice e legislatore nella tutela dei diritti: verso un nuovo equilibrio*, Napoli, 2016.

nelle forme previste, un intervento del legislatore, dal momento che la inefficacia di una normativa potrebbe discendere da differenti ragioni (farraginosità delle regole processuali, esiguità del termine prescrizione, inefficienza degli uffici giudiziari e di polizia ecc.⁴⁴). L'effetto potrebbe essere quello di un'operazione chirurgica affidata al giudice ordinario e che domani potrebbe non avere limiti, dando vita ad una vera e propria "formazione parallela" del diritto per via giudiziaria⁴⁵.

Il carattere indeterminato delle prescrizioni derivanti dalla pronuncia della Corte di giustizia ("frode grave", "normativa che impedisca di infliggere sanzioni effettive e dissuasive", "numero considerevoli di casi") non rispetterebbe comunque il carattere giurisdizionale dell'attività del giudice, chiedendo al medesimo scelte sostanzialmente libere⁴⁶. Alcuni hanno in proposito sostenuto che il vero controlimita sarebbe rinvenibile proprio nella impossibilità di sovvertire i limiti che incontra il giudice penale inerenti alla sua natura giurisdizionale⁴⁷.

Un ulteriore profilo che la riflessione della dottrina sul caso Taricco ha posto in rilievo è quello del bilanciamento operato dalla Corte di giustizia fra i differenti valori che venivano in gioco, sottolineando come (ripetendo quando già accaduto in occasione del caso [Melloni](#)⁴⁸ di fronte ad una minaccia per la uniforme applicazione del diritto) la Corte di Lussemburgo "va dritta" senza prestare la dovuta valutazione dei diritti e delle garanzie previste a livello locale⁴⁹. E' stato sottolineato come viene nella sostanza consacrata quale "base legale" per la tutela di interessi finanziari dell'Unione quanto stabilito dall'art. 325 TFUE⁵⁰, definito da alcuni come l'"asso di briscola", in quanto la storia del diritto penale europeo ci insegna che quando l'UE iscrive una vicenda alla tutela degli interessi finanziari è iperlegittimata, di gran lunga più che in ogni altro settore, a proporre strade nuove⁵¹.

Il controlimita è quindi individuato nel non porre al centro la persona umana e nel fare in modo che essa possa essere strumentalizzata in un giudizio penale⁵², in quanto il solo interesse rilevante per il diritto eurounitario finisce con essere quello finanziario, mentre nessun peso viene dato alla diversa natura degli altri interessi in gioco ed alla centralità dei diritti della persona umana⁵³.

8. *La questione di costituzionalità pendente davanti alla Corte costituzionale e le possibili soluzioni prospettate dalla dottrina.*

La dottrina che ha discusso il caso [Taricco](#) si è altresì espressa, in considerazione della pendenza della questione di costituzionalità, in ordine a possibili soluzioni, suggerendo quindi alla Corte costituzionale di orientarsi in un senso oppure in un altro.

Alcuni hanno ritenuto troppo "leggero" un invito alla Corte ad inserirsi nel "dialogo" con il Giudice di Lussemburgo⁵⁴, invitando senza mezzi termini la nostra Corte ad imbracciare finalmente lo strumento dei controlimiti; si rileva, in effetti, come la difesa degli elementi identitari del nostro ordinamento è proprio una competenza della Corte. Essa pertanto deve farlo senza lasciarsi intimorire dallo spauracchio della "guerra" o di altre catastrofi e tutelare il predominio assiologico della nostra Costituzione, così come ha fatto con riguardo alla CEDU in occasione della [sentenza n. 49 del 2015](#)⁵⁵.

⁴⁴ M. LUCIANI, *Il brusco risveglio* cit.

⁴⁵ V. MANES, *La "svolta" Taricco* cit.

⁴⁶ E. LUPO, *La primauté del diritto dell'Ue e l'ordinamento penale nazionale*, in *Dir. pen. contemporaneo*, 2016.

⁴⁷ C. SOTIS, *Il limite come contro limite* cit.

⁴⁸ Cfr., *retro*, testo e nota 18.

⁴⁹ G. REPETTO, *La Cassazione sul caso Taricco* cit.

⁵⁰ V. MANES, *La "svolta" Taricco* cit.

⁵¹ C. SOTIS, *Il limite come contro limite* cit.

⁵² C. SOTIS, *Il limite come contro limite* cit.

⁵³ M. LUCIANI, *Il brusco risveglio* cit., il quale rileva altresì come debba escludersi che il problema possa essere superato dal richiamo alla c.d. europeizzazione dei controlimiti, la quale realizzerebbe una sorta di contraddizione in termini, in quanto l'ordinamento nei cui confronti il limite è posto ne diverrebbe il gestore, mentre l'identità nazionale da rispettare è solamente quella che può essere dichiarata dallo stato.

⁵⁴ M. LUCIANI, *Il brusco risveglio* cit.

⁵⁵ Cfr., *retro*, nota 26.

Altri invece si sono orientati per una soluzione più morbida e compromissoria⁵⁶, suggerendo di giocare sugli effetti temporali e di applicare i principi della sentenza [Taricco](#) solo per i termini non scaduti⁵⁷ oppure sulla ambigua definizione di “disapplicazione” e “non applicazione”, allo scopo di riportare le affermazioni contenute nella [Taricco](#) in un quadro teorico compatibile con il nostro ordinamento, senza smentirle, ma in modo da dare un avvertimento alla Corte di giustizia⁵⁸.

Altri ancora hanno richiamato precedenti della Corte costituzionale per indurre la stessa a seguire una strada analoga, così con riguardo alla decisione che ha negato ingresso nel nostro ordinamento alla Convenzione internazionale sul limite alla giurisdizione nazionale in caso di richiesta di danni di guerra alla Germania⁵⁹ oppure a quella relativa alla necessità di dare seguito alla giurisprudenza europea, ma solo sulla base di una giurisprudenza consolidata ([caso Varvara](#)⁶⁰).

Anche da parte di quanti si sono espressi in senso fortemente critico nei confronti della sentenza [Taricco](#), non si è mancato di rilevare come, nella sostanza, la Corte di giustizia abbia ragione, definendo inaccettabile la disciplina nazionale vigente, tanto da proporre alla stessa Corte costituzionale di sollevare davanti a sé medesima la questione di costituzionalità per poi accoglierla⁶¹.

Da parte di altri è stato pure rilevato come, se è vero che una riforma della disciplina potrebbe essere fatta solo dal legislatore, è anche vero che l’attuale maggioranza politica non ha alcuna possibilità di farlo, per la presenza della *lobby* degli avvocati penalisti ben rappresentata in parlamento. Non si è mancato altresì di evidenziare che appare quanto meno stravagante considerare parte integrante della identità costituzionale il diritto dello Stato di violare i propri obblighi di tutela effettiva degli interessi finanziari dell’UE, garantendo la sistematica impunità degli autori di gravi frodi fiscali ovvero il diritto di quegli stessi evasori di calcolare in anticipo dopo quanto tempo sarà loro garantita l’impunità⁶².

Una delle particolarità di questa vicenda è dunque che, a differenza di quanto finora accaduto relativamente ad altri casi controversi coinvolgenti i controlimiti, la parte maggioritaria della dottrina è d’accordo nell’esprimere una valutazione negativa della sentenza della Corte di giustizia sul caso [Taricco](#).

Dove, come appena segnalato, le opinioni invece si dividono è circa la “soluzione” che la Corte Costituzionale dovrebbe dare alla vicenda: da un lato abbiamo coloro, come Luciani, che auspicano una sentenza di incostituzionalità a seguito di un’applicazione netta e chiara del principio dei controlimiti; dall’altro quella espressa da Bin e da Manes che propone una soluzione più vicina a quella scelta recentemente dalla Corte costituzionale tedesca e che preferirebbe non arrivare a una dichiarazione di incostituzionalità, ma decidere con una sentenza sostanzialmente di tipo interpretativo o anche processuale che mostri però con chiarezza la situazione di disagio per le nostre istituzioni; mentre un’ultima soluzione sarebbe quella di accettare pienamente la decisione della Corte di giustizia, come sostenuto in questo Convegno da Donati e seguito, da parte del TC, a proposito del ricordato caso [Melloni](#).

Sulla base di quanto finora osservato, con ogni probabilità la strada migliore appare essere quella in certo senso intermedia; possiamo infatti concordare con Luciani, il quale, riadattando un notissimo

⁵⁶ Suggerisce espressamente di non usare i controlimiti, ma di cercare soluzioni di compromesso, F. VIGANÒ, *Il caso Taricco davanti alla Corte* cit.

⁵⁷ G. REPETTO, *La Cassazione sul caso Taricco* cit. In senso analogo F. VIGANÒ, *Il caso Taricco davanti alla Corte* cit., il quale propone una netta distinzione a seconda che il termine di prescrizione sia o meno scaduto al momento della pronuncia della Corte di giustizia, per cui, nella logica del giudizio incidentale, la Corte costituzionale dovrebbe giungere ad una dichiarazione di inammissibilità per irrilevanza con riguardo agli imputati per i quali il termine sia scaduto alla data dell’8 settembre 2015.

⁵⁸ R. BIN, *Taricco, una sentenza sbagliata* cit.

⁵⁹ V. MANES, *La “svolta” Taricco* cit. Su [Corte cost. n. 238 del 2014](#), v. *retro*, testo e nota 16.

⁶⁰ G. REPETTO, *La Cassazione sul caso Taricco* cit. Su [Corte cost. n. 49 del 2015](#), v. *retro*, testo e nota 26.

⁶¹ R. BIN, *Taricco, una sentenza sbagliata* cit.

⁶² F. VIGANÒ, *Il caso Taricco davanti alla Corte* cit.

passo del Vangelo, sostiene che “non tutti i cammelli europei possono passare per la cruna dell’art. 11 della Cost.”⁶³.

Ritengo infatti che sia possibile arrivare ad una soluzione del conflitto attraverso una applicazione più morbida del principio dei controlimiti, aprendo un dialogo fra le Corti attraverso i meccanismi che il diritto nazionale e quello europeo pongono a disposizione dei giudici, in particolare di quelli costituzionali.

Lo stesso articolo 4.2 del Trattato sull’UE afferma la necessità che la UE rispetti “l’identità nazionale insita nella [loro] struttura fondamentale, politica e costituzionale” degli Stati membri, quasi legittimando la opposizione dei controlimiti nei casi in cui i principi fondamentali e le caratteristiche fondamentali dello Stato costituzionale si vedano compromessi.

Una soluzione potrebbe quindi passare attraverso il tentativo di instaurare questo dialogo con la finalità esclusiva di raggiungere il miglior risultato possibile per la tutela dei diritti fondamentali, senza entrare nella logica dello scontro fra una entità superiore e una subordinata. Probabilmente l’organo meglio posizionato per tutelare i valori costituzionali risulta essere la Corte costituzionale, la quale pare trovarsi nella migliore condizione per dialogare con il Giudice al quale è riconosciuta la funzione di garantire la uniforme interpretazione del diritto dell’Unione.

I giudici nazionali in particolare dovrebbero quindi essere guidati dall’obiettivo di vedere sempre realizzati e mai messi in dubbio quelli che sono definiti quali principi supremi del nostro ordinamento costituzionale, tentando, nei limiti del possibile, di evitare l’utilizzo dei “mezzi forti” che potrebbe determinare una chiusura del dialogo, ma utilizzando tutti gli strumenti disponibili, più morbidi e per questo forse anche più convincenti ed efficaci, allo scopo di stimolarlo (come le sentenze interpretative, la possibilità di intervenire sulla modulazione degli effetti delle decisioni, i moniti, i consigli e le raccomandazioni al legislatore e ai giudici ordinari, etc.).

⁶³ M. LUCIANI, *I controlimiti e l’eterogenesi dei fini* cit.

PARTE SECONDA

LIBRI E RECENSIONI

SEGNALAZIONE LIBRARIA**PASQUALE COSTANZO, ADRIANO GIOVANNELLI, LARA TRUCCO***Forum sul D.D.L. Costituzionale Renzi-Boschi. Dieci studiosi a confronto*

Torino, Giappichelli, 2015, pp. VI-242, ISBN 978-88-9210263-7

ALESSANDRO BARCA

Come enunciato nella presentazione, il volume edito da Giappichelli e curato da Pasquale Costanzo, Adriano Giovannelli e Lara Trucco, riflette i contributi al seminario di studi tenutosi il 3 dicembre 2015 presso l'Università di Genova sulle problematiche poste dalla revisione costituzionale in corso (cd. d.d.l. costituzionale "Renzi-Boschi").

Corredato da un'utile tabella comparativa tra il testo costituzionale attuale e quello che potrebbe scaturire dalla riforma, su cui – mette conto ricordarlo – si celebrerà nel prossimo autunno un referendum popolare (il terzo del genere nella storia della Repubblica dopo quelli del 2001 sulla revisione del Titolo V e del 2006 sulle modifiche alla Parte II della Costituzione: di approvazione il primo e di bocciatura del progetto il secondo).

Come si evince dai diversi saggi del volume, siamo in presenza dell'ultimo tentativo in ordine di tempo (se si contano anche i progetti non pervenuti alle letture definite da parte delle Camere, ci sono state non meno di una decina di iniziative di una certa consistenza, tra cui le più note sono quelle che hanno dato origine, peraltro senza esito, a partire dal 1983 a tre diverse Commissioni parlamentari miste tra deputati e senatori) di far compiere all'Italia il salto di qualità sul piano della forma di governo, atteso, si potrebbe dire, da subito dopo la Costituente.

Tale salto di qualità, verso cui spinge anche l'Unione europea e persino quell'entità particolare costituita dai "mercati", potrebbe prodursi come risultato di interventi plurimi e, per vero, abbastanza eterogenei, tra cui primeggia senz'altro il superamento del bicameralismo paritario attraverso la riconfigurazione strutturale e funzionale del Senato (tra gli altri punti del progetto, hanno attirato attenzione le innovazioni nella disciplina del decreto-legge e delle leggi di conversione, la panoplia di procedimenti legislativi previsti, il nuovo smalto riservato agli strumenti di partecipazione e un qualche riallineamento delle autonomie).

Se un rilievo è consentito fare è che la riforma non tocca per nulla il ruolo dell'Esecutivo, a cui fino ad epoche recenti si è anche addebitata una debolezza strutturale rispetto alle esperienze, ad es., della Gran Bretagna (Premierato), della Germania (Cancellierato) e della Francia (Semipresidenzialismo), che maggiormente si avvicinano alla nostra forma di governo. L'unica novità di rilievo è costituita dall'estromissione del Senato dal rapporto fiduciario, che dovrà intercorrere con la sola Camera dei deputati, peraltro unica rappresentanza politica che rimarrà eletta a suffragio universale diretto. Di qui la condivisibilità dell'importanza e della delicatezza sul piano del rendimento concreto del sistema politico non solo della revisione costituzionale in corso, ma anche della formula elettorale (che, com'è noto, ha già subito un controverso restyling con la legge n. 52 del 2015 dopo l'energico intervento della Corte costituzionale sul cd. *porcellum*).

Per cercare di comprendere questo quadro complesso e probabilmente decisivo per il futuro del nostro Paese, il volume che qui si presenta risulta d'indubbia utilità, oltre che di agevole lettura anche per i più refrattari alla materia. È per questo motivo che la Rivista ne effettua volentieri la segnalazione, esprimendo anche la soddisfazione per il fatto che il nostro Ateneo, ancora una volta, non ha mancato l'occasione per offrire un contributo critico, costruttivo e vivace all'approfondimento delle vicende istituzionali nazionali.

PASQUALE COSTANZO**Referendum costituzionale: uno sguardo d'insieme sulla riforma Renzi-Boschi****Gli Speciali della Giurisprudenza Italiana, Utet Giuridica, 2016, eBook, ISBN: 978-88-5981503-7**

Il significato di fondo della cd. riforma “Renzi-Boschi” può probabilmente cogliersi rimarcando, tra gli altri, l’effetto di virtuosa semplificazione del circuito politico-istituzionale che potrebbe derivare dallo sgravio organizzativo dello Stato (soppressione del CNEL e riconversione delle funzioni del Senato), dall’assottigliamento del numero dei parlamentari (calo rilevante dei senatori), dall’accelerazione e dall’ottimizzazione della produzione normativa (previsione di leggi solo monocamerale, introduzione della corsia preferenziale per il Governo “legislatore” e cessazione delle competenze legislative regionali di tipo concorrente).

Come già si evince da questa succinta elencazione siamo in presenza dell’ultimo tentativo in ordine di tempo (se si contano anche i progetti non pervenuti alle letture definite da parte delle Camere, ci sono state finora non meno di una decina di iniziative di una certa consistenza, tra cui le più note sono quelle che hanno dato origine, peraltro senza esito, a partire dal 1983 a tre diverse Commissioni parlamentari miste tra deputati e senatori) di far compiere all’Italia il salto di qualità sul piano della forma di governo, atteso, si potrebbe dire, da subito dopo la Costituente.

Dipenderà, però, come sempre, dalla “politica”, intesa soprattutto come impegno collettivo ed individuale, se il risultato sarà quello auspicato o, invece, un deprecabile impoverimento della partecipazione democratica.

In questo senso, la riforma si atteggia sostanzialmente a rinnovato patto costituzionale che gli italiani sono chiamati personalmente attraverso il voto referendario (il terzo del genere nella storia della Repubblica dopo quelli del 2001 sulla revisione del Titolo V e del 2006 sulle modifiche alla Parte II della Costituzione: di approvazione il primo e di bocciatura del progetto il secondo) a stipulare o a rigettare, scegliendo tra un passato arcinoto, diffusamente e variamente oggetto di recriminazione, ed un futuro che si esibisce come promettente, ma anche in certa misura imponderabile.

Per cercare di agevolare questa delicata scelta, i contributi contenuti nello Speciale intendono offrire uno sguardo d’insieme della revisione costituzionale avulso da fuorvianti considerazioni di politica contingente ed inteso solo a chiarire motivi ispiratori e possibili implicazioni istituzionali per il tempo a venire delle scelte compiute.

Le linee della ricerca ruotano conseguentemente intorno al cardine della revisione costituzionale, ossia alla trasformazione del sistema parlamentare per come è stato praticato dalla Costituente ad oggi. Direttamente od indirettamente convergono verso questo centro di interesse tutti i diversi saggi (strutturati peraltro in modo da ricomprendere al possibile integralmente i profili toccati dalla riforma) dedicati alla fine del bicameralismo paritario e alla fisionomia del nuovo Senato, al riassetto della produzione legislativa statale e regionale, nonché alla razionalizzazione del ricorso alla decretazione d’urgenza riflessa anche nell’introduzione della cd. corsia preferenziale per l’iniziativa del Governo, all’intento di promozione di una maggiore partecipazione politica fuori e dentro i canali istituzionali, ad un certo riassetto dei valori del regionalismo, alle conseguenti modifiche del funzionamento della giustizia costituzionale e, *last but not least*, alle ricadute della riforma sulla stessa forma di governo.

La ricerca non ignora ovviamente l’importanza sul piano del rendimento concreto del sistema politico non solo della revisione costituzionale in corso, ma anche della formula elettorale (che, com’è noto, ha già subito un controverso *restyling* con la legge n. 52 del 2015 dopo l’energico intervento della Corte costituzionale sul cd. *porcellum*). Di qui però anche la necessità di mantenere distinti, per quanto possibile, il piano della riforma destinato tendenzialmente a valere *multos per annos* e quello della legge elettorale, più idoneo a risentire anche imprevedibilmente degli umori della quotidiana dialettica politica e, proprio grazie alla riforma, a trovare finalmente un giudice certo della sua compatibilità con i principi di sistema nella Corte costituzionale.

Il lavoro è corredato da un’utile tabella comparativa, corredata di note esplicative, tra il testo costituzionale attuale e quello che potrebbe scaturire dalla riforma.

SEGNALAZIONE LIBRARIA**FRANCESCA BAILO****Capacità elettorale e Costituzione, Napoli, Jovene, 2015, p. 1-328****ISBN: 978-88-243-2394-9****LARA TRUCCO**

Il Libro di Francesca Bailo, dal titolo “Capacità elettorale e Costituzione”, intende affrontare, per l’appunto, l’istituto della capacità elettorale, “a tutto tondo”, ovverosia su entrambi i versanti dell’elettorato, offrendo spunti per un dibattito – quello, più generale, della legislazione elettorale di contorno – che oltre a non essere stato particolarmente coltivato in dottrina, pare non essere stato preso organicamente in carico neppure nelle opportune sedi parlamentare, malgrado siano difficilmente controvertibili le immediate ricadute che detta disciplina comporta sia sul “momento” elettorale, sia sull’indirizzo politico, e sia di tutta evidenza che la stessa rappresenti una chiave di lettura particolarmente stimolante non solo per comprendere appieno i meccanismi del circuito rappresentativo disegnato dal legislatore, ma anche per saggiare il livello di democraticità dell’ordinamento.

Il Libro, si apre con una disamina della nozione stessa di capacità elettorale, cercando di appurarne natura e autonomia rispetto ad altre capacità di diritto pubblico e di diritto privato, per poi volgere l’attenzione sugli elementi che maggiormente la caratterizzano e che condizionano la portata dei diritti di elettorato, sia attivo, sia passivo.

In particolare, sul versante delle condizioni di acquisto della capacità elettorale, dopo il riferimento ai requisiti richiesti in un contesto di suffragio ristretto, che, pur non incidendo più direttamente sulla titolarità e/o l’esercizio della capacità elettorale medesima, sembrano a tratti essere nuovamente evocati nell’attuale quadro costituzionale, l’analisi si concentra sul requisito della cittadinanza, cercando di verificarne la perdurante attualità in una dimensione giuridica sempre più globale. Per quanto riguarda, poi, il requisito dell’età si è tentato di cogliere, anche alla luce dei suggerimenti provenienti da una prospettiva comparata, sovranazionale e internazionale, possibili tendenze verso una riduzione delle tradizionali soglie anagrafiche. Quanto, poi, alle condizioni ostative alla capacità elettorale attiva si è indagato su quali svolgimenti legislativi abbia avuto il precetto di cui all’art. 48, comma 4, Cost., anche al fine di saggiare tendenze verso un ampliamento o, viceversa, una riduzione del diritto di elettorato attivo.

L’interdizione dai pubblici uffici, nell’economia del Volume, pare rappresentare poi un utile ponte di collegamento tra tali condizioni limitative e le fattispecie d’incandidabilità, anche se, come pure è stato evidenziato, non pochi sono i dubbi sul possibile esatto fondamento di quest’ultimo istituto nel quadro costituzionale; dubbi ancor più acuti, peraltro, dalla più recente novazione della disciplina operata con il d.lgs. 31 dicembre 2012, n. 235.

Se, poi un ampio *excursus* è stato dedicato alle cause di limitazione della capacità sul versante dell’elettorato passivo, analizzandosi non solo la giurisprudenza costituzionale che ha condotto a trasformare numerose cause d’ineleggibilità in cause d’incompatibilità ma anche le ipotesi di accertata mancata “bidirezionalità” nella disciplina del cumulo dei mandati, le condizioni di acquisto e di perdita della capacità elettorale, sia attiva, sia passiva, sono state, da ultimo, esplorate attraverso la disamina delle condizioni di “manutenzione” e di “tutela” della capacità elettorale. In questa prospettiva, sul versante della capacità elettorale attiva, si è particolarmente dato conto degli atti che definiscono il procedimento di iscrizione nelle liste elettorali, nonché dei rimedi, endoprocedimentali e processuali, che garantiscono l’effettivo esercizio del diritto di elettorato attivo mentre, sul versante dell’elettorato passivo, l’attenzione è stata portata sia sugli adempimenti richiesti per la candidatura da cui possa evincersi la sussistenza dei presupposti per il possesso della capacità elettorale attiva e passiva, sia sul livello di tutela di chi dispone del diritto di accesso alle cariche elettive.

A conclusione del lavoro, l'Autrice ha proposto alcune osservazioni di sintesi che paiono delineare alcuni interessanti "punti chiave" in ordine alle tendenze evolutive dell'elettorato per certi versi inaspettate.

Tra queste, spunti di particolare riflessione suscitano quelle che sono state definite come le tendenze "esclusive" (in quanto non già "inclusive") dell'elettorato, laddove, esemplarmente, si è registrato un ampliamento, seppur indiretto, delle limitazioni alla capacità elettorale attiva, per il tramite dell'estensione, sotto il profilo soggettivo, delle cause di applicazione delle misure di prevenzione. Ciò senza contare le denunciate difficoltà riscontrate dagli stessi uffici elettorali nel computare i termini a partire dai quali far decorrere l'incapacità elettorale attiva: difficoltà, queste, evidenti, forse ancor di più, per l'istituto dell'interdizione (perpetua o temporanea) dai pubblici uffici, come del resto rilevato in una circolare ministeriale del 4 maggio 1995, e ancor più aggravate, sul versante questa volta della capacità elettorale passiva, dal fatto che i presupposti sulla base dei quali scatta l'incandidabilità sono, in gran parte, uguali ai primi, dovendosi tener conto che il termine di applicazione di quest'ultima (che pure non può avere una durata inferiore ai sei anni) si calcola, per lo più, sulla base di quello stabilito per la prima, così che, per un dato segmento temporale, le stesse operano in concomitanza.

Del pari, un certo allarme desta il fatto che, come messo in luce nel Libro, il legislatore non pare garantire una perfetta coincidenza tra la titolarità e l'esercizio della capacità elettorale specie a motivo della necessaria inderogabilità dei termini con cui le operazioni preparatorie al momento elettorale devono essere scandite ma anche a ragione della possibilità per gli aspiranti candidati di presentare autocertificazioni attestanti la loro piena capacità elettorale passiva che, se consentono all'evidenza una semplificazione e una maggior celerità del procedimento, non esimono gli uffici preposti dal verificarne, comunque, in via preventiva, la veridicità. Problematicità, acutizzate, sul piano interno, con la possibilità di presentare candidature multiple a pressoché tutti i livelli di elezione sia pur con modulazioni differenti, e, sul piano sovranazionale, per il vincolo imposto dall'Unione europea in ordine all'esercizio unico dell'elettorato attivo e passivo per l'elezione dei membri spettanti ai singoli Stati membri al Parlamento europeo, laddove anche qui, nonostante le garanzie apprestate, sono state segnalate non poche criticità.

Problematicità, queste, a cui deve aggiungersi la non piena tutela della capacità elettorale passiva, almeno nella parte in cui il legislatore (anche costituzionale) si è arroccato sulla perdurante riserva esclusiva alla giurisprudenza parlamentare del giudizio sui titoli dei propri membri, laddove né la giurisprudenza parlamentare, né quella amministrativa e ordinaria, si è ritenuta competente a giudicare sugli atti preparatori al procedimento elettorale relativo alle candidature parlamentare.

Il Libro, per riprendere quanto anticipato all'inizio, sembra, dunque, costituire un'interessante occasione per riflettere sull'opportunità di addivenire ad una più ampia e organica riforma della legislazione elettorale di contorno non scevra dalle contraddizioni puntualmente messe in luce, nell'auspicio, condivisibilmente formulato dall'Autrice, di pervenirsi a una massima espansione dei diritti elettorali nel necessario rispetto della "parità di condizioni", ma anche per creare le fondamenta per un sistema elettorale che, se non proprio perfetto, possa almeno ritenersi democratico.

PARTE TERZA

CRONACHE

CRONACHE 2016

DALLA CORTE

07.12.16: Comunicato della Corte concernente la scelta della data dell'udienza per il sindacato sull'*Italicum

Il testo

06.12.16: Comunicato della Corte concernente la data dell'udienza per il sindacato sull'*Italicum

Il testo

Le ordinanze di rimessione

***25.11.16: Pubblicata dalla Corte la sinossi della sentenza n. 251 del 2016**

Sinossi della sentenza n. 214 del 2016 (linking a cura della redazione) ***

***08.11.16: Comunicato della Corte sul cognome del figlio**

Il testo

***05.10.16: Pubblicata dalla Corte la sinossi della sentenza n. 214 del 2016**

Sinossi della sentenza n. 214 del 2016 (linking a cura della redazione) ***

19.09.16: Rinvio a nuovo ruolo delle questioni relative all'*Italicum

Il testo del comunicato

***14.07.16: Pubblicata dalla Corte la sinossi della sentenza n. 187 del 2016**

Sinossi della sentenza n. 187 del 2016 (linking a cura della redazione) ***

***14.07.16: Pubblicata dalla Corte la sinossi della sentenza n. 174 del 2016**

Sinossi della sentenza n. 174 del 2016 (linking a cura della redazione) ***

***14.07.16: Pubblicata dalla Corte la sinossi della sentenza n. 173 del 2016**

Sinossi della sentenza n. 173 del 2016 (linking a cura della redazione) ***

***12.07.16: Comunicato della Corte a proposito dell'illegittimità dei rinnovi dei contratti a tempo determinato nella scuola**

Il testo

***05.07.16: Comunicato della Corte a proposito della questione delle cd. pensioni d'oro**

Il testo

***27.04.16: Precisazioni della Corte in merito all'ordinanza n. 91 del 2016**

Il testo

***24.03.16: Pubblicata dalla Corte la sinossi della ordinanza n. 149 del 2016**

Sinossi della sentenza n. 149 del 2016 (linking a cura della redazione)***

***20.05.16: Su RAI STORIA un documentario celebrativo**

Sessant'anni di storia della Consulta

***24.03.16: Pubblicata dalla Corte la sinossi della sentenza n. 84 del 2016**

Sinossi della sentenza n. 84 del 2016 (linking a cura della redazione)***

***12.04.16 Esternazione del Presidente della Corte Costituzionale sulla partecipazione al voto nel referendum cd. delle trivelle (dal Sole-24 Ore)**

“...credo si debba partecipare al voto: significa essere pienamente cittadini”

***24.03.16: Pubblicata dalla Corte la sinossi della sentenza n. 63 del 2016**

Sinossi della sentenza n. 63 del 2016 (linking a cura della redazione)***

***22.03.16: Comunicato della Corte costituzionale in merito all'inammissibilità delle q.lc. relative ai divieti di ricerca clinica e sperimentale sull'embrione non finalizzata alla tutela dello stesso e di revoca del consenso alla procreazione medicalmente assistita dopo l'avvenuta fecondazione dell'ovulo**

Il testo del comunicato

***10.03.16: Pubblicata dalla Corte a la sinossi della sentenza n. 52 del 2016 e nuova versione della sinossi della sentenza n. 17 del 2016.**

Sinossi n. 52 del 2016 (linking a cura della redazione)***

Sinossi n. 17 del 2016 (linking a cura della redazione)***

***09.03.16: Comunicati della Corte circa l'inammissibilità dei conflitti di attribuzione occasionati dalle richieste referendarie e delle questioni di l.c. concernenti illeciti in materia di abuso di mercato e di mancato versamento dell'IVA a fronte del principio del *ne bis in idem*, nonché l'infondatezza della questione relativa al trattamento sanzionatorio della coltivazione di piante di cannabis per uso personale**

I comunicati

*** 24.02.16: Eletto con 14 voti il nuovo Presidente della Corte costituzionale: è il giudice Paolo Grossi. Il giudice Giorgio Lattanzi è il vicepresidente Vicario**

Il comunicato

*** 24.02.16: Pubblicata dalla Corte la sinossi della sentenza n. 21 del 2016**

Sinossi (linking a cura della redazione)***

*** 24.02.16: La Corte costituzionale ha dichiarato inammissibile la questione di legittimità costituzionale relativa all'adozione da parte di coppia straniera dello stesso sesso (diversa dall'adozione internazionale)**

Il comunicato

*** 11.02.16: Si è dimesso da Presidente della Corte, per ragioni esclusivamente “di origine familiare”, Alessandro Criscuolo, che, peraltro, resterà componente del collegio sino alla scadenza del mandato di giudice**

Il comunicato

*** 08.02.16: La Corte costituzionale, a partire dalle sentenze n. 10 e n. 17 del 2016, mette in linea le “sinossi” di sue decisioni**

Sinossi (linking a cura della redazione)***

*** 21.01.16: La Corte costituzionale ha dichiarato ammissibile la richiesta di referendum avanzata in materia di ricerca, prospezione e trivellazioni marine dalle regioni Basilicata, Marche, Puglia, Sardegna, Abruzzo, Veneto, Calabria, Liguria, Campania e Molise**

Il comunicato

CRONACHE 2016

DALLE ISTITUZIONI

* 31.12.16 **“Essere comunità di vita significa condividere alcuni valori fondamentali. Questi vanno praticati e testimoniati. Anzitutto da chi ha la responsabilità di rappresentare il popolo, a ogni livello. Non vi sarà rafforzamento della nostra società senza uno sviluppo della coscienza civica e senza una rinnovata etica dei doveri”.**

Il messaggio augurale in TV di fine d’anno al Paese del Presidente della Repubblica

* 10.08.2016 **Affermazione del Capo dello Stato a proposito dell’esternazione dell’ambasciatore USA sul referendum costituzionale**

La sempre più stretta interconnessione mondiale non muta in nulla che “la sovranità sia sempre esclusivamente demandata agli elettori

* 14.09.2016 **Il discorso sullo “stato dell’Unione” del Presidente della Commissione europea.**

L’Unione europea non è minacciata dall’uscita della Gran Bretagna (testo prossimamente disponibile [QUI](#))

* 10.08.2016 **Via libera della Cassazione al referendum sulla revisione costituzionale Renzi-Boschi (art. 138 della Costituzione).**

Le ordinanze dell’Ufficio Centrale per il referendum 6 maggio 2016 (richiesta parlamentare di maggioranza e opposizione) e 8 agosto 2016 (richiesta popolare)

* 27.07.16 **Il discorso del Capo dello Stato alla cerimonia del Ventaglio**

“Nei momenti di crisi profonda e diffusa un grande Paese come il nostro ha il dovere di essere unito, per infondere fiducia e forza e per alimentare la speranza”

*22.07.16 **Sulla persecuzione di avvocati, docenti e magistrati in Turchia**

Il documento di giuristi alle istituzioni europee ed italiane

*28.06.16 **Intervista al Capo dello Stato sul cd. *brexit***

Il voto dell' elettorato, nazionale o di un altro Paese, va sempre rispettato, anche quando provoca rammarico e lo si ritiene un errore. Non si può tacere che quel voto cancella quasi mezzo secolo di storia britannica, quello della partecipazione alla Ue e ferisce la completezza dell' Unione. Sorprende che uno dei Paesi più aperti al futuro in tanti aspetti, finanziari, scientifici, culturali, abbia fatto una scelta che sembra proporsi di ripristinare condizioni del passato; un passato che non c' è più. Il mondo è cambiato: i problemi che presenta sono di natura globale e richiedono, quotidianamente, risposte sovranazionali

*06.05.16 **Corte Suprema di Cassazione - Ufficio Centrale per il Referendum**

Ordinanza di ammissione delle richieste parlamentari di referendum ex art. 138 Cost. ed "in particolare", di "legittimità del seguente quesito referendario": 'Approvate il testo della legge costituzionale concernente 'Disposizioni per il superamento del bicameralismo paritario, la riduzione del numero di parlamentari, il contenimento dei costi di funzionamento delle istituzioni, la soppressione del CNEL e la revisione del titolo V della parte II della Costituzione' approvato dal Parlamento e pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 88 del 15 aprile 2016?'

***28.04.16 Il discorso inaugurale del Capo dello Stato alla Scuola superiore per la Magistratura (2016)**

L'autonomia e l'indipendenza assicurate al giudice dalla Costituzione non rappresentano, difatti, una garanzia meramente formale, ma si consolidano con l'acquisizione di una accurata preparazione tecnico giuridica, nonché con la consapevolezza del ruolo e dell'etica della funzione del giudice, accompagnate da attenzione costante agli effetti della propria attività, quali che siano i diversi settori della giurisdizione in cui essa si svolge.

***12.04.16 La percezione pubblica della scarsa indipendenza della magistratura italiana secondo un documento della Commissione europea**

L'Italia al terzo posto prima di Bulgaria e Slovacchia (3.3.1. *Perceived judicial independence*)

*** 22.03.16 Dichiarazione sulla riforma in corso da parte di costituzionalisti e studiosi delle istituzioni**

“Gli studiosi che firmano questo testo, pur distanti per opinioni personali e politiche e consapevoli che alla fine si esprimeranno con un Sì o con un No, sono fermamente convinti che solo dal reciproco ascolto possano nascere soluzioni utili per la collettività”

*** 18.03.16 Il discorso del Capo dello Stato all'Università di Yaoundé**

“La tentazione di alzare muri, di erigere barriere di filo spinato, di rifugiarsi in un illusorio isolamento presente in parte nella stessa opinione pubblica europea, oltre che moralmente inaccettabile, è del tutto inefficace”

*** 18.02.16 La Relazione del Presidente della Corte dei conti per l'inaugurazione dell'anno giudiziario alla presenza del Capo dello Stato**

“Non possono (...) sottovalutarsi le difficoltà di realizzare pienamente il programma di spending review, a motivo degli ampi risparmi già conseguiti per le componenti più flessibili e per il permanere di un elevato grado di rigidità nella dinamica delle prestazioni sociali”

*** 11.02.16 “Dopo anni di dibattito, il Parlamento sta per approvare definitivamente un'importante riforma della Costituzione che trasforma il ruolo del Senato da seconda Camera politica - con le medesime attribuzioni della Camera dei Deputati - in Assemblea rappresentativa delle Regioni e dei poteri locali”**

Il discorso del Capo dello Stato alla Columbia University

*** 28.01.16 La prima relazione annuale del Primo Pres. Cass. G. Canzio: “Il Paese ha sete di giustizia, legalità, efficienza e efficacia della giurisdizione. Chiede che la legge venga applicata in modo uniforme e rapido e che tutti abbiano un uguale trattamento in casi simili o analoghi. Esprime, a ben vedere, il bisogno di una buona ‘nomofilachia’”**

La relazione sull'amministrazione della giustizia per il 2015

2016